

COLEÇÃO DIREITO E PROCESSO PENAL

COORDENADORES DA COLEÇÃO

BRUNA CAPPARELLI
LAURA ZUÑIGA RODRIGUEZ
NEREU JOSÉ GIACOMOLLI
PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
RENZO ORLANDI

ORGANIZADORAS DA OBRA

BRUNA CAPPARELLI
MARIANGELA LOPES

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE OS DIREITOS HUMANOS EM UMA PERSPECTIVA EUROPEIA

VOTOS DIVERGENTES E
CONCORRENTES (2014-2020)

PREFÁCIO

GILMAR MENDES

AUTORES

ADRIANA DI STEFANO | ANDREA SACCUCCI
ANDREA SITZIA | ANGELICA BONFANTI
ANNA MARIA MAUGERI | ANTONINO PULVIRENTI
ANTONIO GULLO | ANTONIO RUGGIERI
ARMANDO SPATARO | BRUNA CAPPARELLI | CARLO CURTI GIALDINO
CLAUDIA CANTONE | DAVIDE GALLIANI
DONATO CASTRONUOVO | ELENA VALENTINI
EMILIO SANTORO | FABIO FIORENTIN
FRANCESCO BATTAGLIA | FRANCESCO CARLO PALAZZO
FRANCESCA CURTI | FRANCESCA PELLEGRINO
FRANCO DE STEFANO | GIUSEPPE LOSAPPIO
GIUSEPPE MARTINICO | GRABRIELE DELLA MORTE
LINA PANELLA | LUCIA RISICATO
LUIGI FOFFANI | MARCELLA DISTEFANO
MARIANGELA LOPES | MAURO PALMA | ORESTE POLLICINO
ORNELLA FERACI | PAOLO PASSAGLIA
ROSARIA SICURELLA | SILVIA BUZZELLI
TANIA GROPPY | VALERIO ONIDA

VOLUME 2

tirant
lo blanch

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
OS DIREITOS HUMANOS EM UMA
PERSPECTIVA EUROPEIA
VOTOS DIVERGENTES E CONCORRENTES (2014-2020)

Volume 2



tirant
lo blanch

Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Assistente Editorial: Izabela Eid

Capa e diagramação: Analu Brettas

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

S828

Stefano, Adriana Di

Paulo Pinto de Albuquerque : os direitos humanos em uma perspectiva europeia : votos divergentes e concorrentes (2014-2020) : v.2 [livro eletrônico] / Adriana Di Stefano ... [et al.] ; prefácio Gilmar Ferreira Mendes; Bruna Capparelli, Mariangela Lopes (Org.); Bruna Capparelli Coordenadores da Coleção ... [et al]. - 1.ed. - São Paulo : Tirant lo Blanch, 2024. - (Coleção Direito e Processo Penal).
4.667Kb; livro digital

ISBN: 978-65-5908-779-2.

1. Direito penal. 2. Processo penal. 3. Julgamento. I. Título. II. Coleção.

CDU: 342.7(1-924)

Biblioteca Elisabete Cândida da Silva CRB-8/6778

DOI: 10.53071/BOO-2024-02-29-65E0DF0BA4192

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



**tirant
lo blanch**

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com
tirant.com/br - editorial.tirant.com/br/

COLEÇÃO DIREITO E PROCESSO PENAL

Coordenadores da Coleção

Bruna Capparelli
Laura Zúñiga Rodríguez
Nereu José Giacomolli
Paulo Pinto de Albuquerque
Renzo Orlandi

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE OS DIREITOS HUMANOS EM UMA PERSPECTIVA EUROPEIA

VOTOS DIVERGENTES E CONCORRENTES (2014-2020)

Volume 2

Organizadoras da obra

Bruna Capparelli
Mariângela Lopes

Prefácio

Gilmar Mendes

Autores

Adriana Di Stefano | Andrea Saccucci | Andrea Sitzia | Angelica Bonfanti | Anna Maria Maugeri | Antonino Pulvirenti
Antonio Gullo | Antonio Ruggieri | Armando Spataro | Bruna Capparelli | Carlo Curti Gialdino | Claudia Cantone
Davide Galliani | Donato Castronuovo | Elena Valentini | Emilio Santoro | Fabio Fiorentin | Francesco Battaglia
Francesco Carlo Palazzo | Francesca Curi | Francesca Pellegrino | Franco de Stefano | Giuseppe Losappio
Giuseppe Martinico | Gabriele Della Morte | Lina Panella | Lúcia Risicato | Luigi Foffani | Marcella Distefano
Mariângela Lopes | Mauro Palma | Oreste Pollicino | Ornella Feraci | Paolo Passaglia | Rosaria Sicurella
Silvia Buzzelli | Tania Groppi | Valerio Onida



SUMÁRIO

ÍNDICE DE AUTORES E TRADUTORES.....	10
Autores	10
Tradutores	11
PREFÁCIO	12
<i>Gilmar Ferreira Mendes</i>	
PREFÁCIO A EDIÇÃO ITALIANA.....	14
PREFÁCIO À EDIÇÃO ITALIANA.....	18
INTRODUÇÃO À EDIÇÃO BRASILEIRA.....	22
Introdução à edição brasileira da obra escrita em homenagem ao Juiz do TEDH Paulo Pinto de Albuquerque. Uma aproximação necessária da jurisprudência de Estrasburgo no Brasil	22
<i>Bruna Capparelli e Mariângela Lopes</i>	
INTRODUÇÃO À EDIÇÃO ITALIANA.....	37
O papel do dissenso e do consenso nas “opiniões separadas” nas sentenças e nos pareceres do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.....	37
<i>Andrea Saccucci</i>	
1. O regime das “opiniões separadas” e das “declarações de dissidência” no sistema da CEDH	37
2. Tipologias e funções das opiniões divergentes nas sentenças e nos pareceres da Corte europeia	43
3. O “pluralismo motivacional” como componente vital do dinamismo interpretativo da jurisprudência europeia.....	50
4. O dissenso “mudo” nas decisões de admissibilidade e de arquivamento do assunto....	56
5. O papel das opiniões dissidentes e concordantes na aplicação da CEDH por parte das jurisdições italianas.....	61
AS OPINIÕES DO JUIZ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE DE 2016 A 2020	71
<i>Claudia Cantone</i>	
ÍNDICE DAS OPINIÕES INDIVIDUAIS DO JUIZ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE 2016 A 2020.....	75
 <i>CAPÍTULO I</i>	
A TUTELA DA VIDA, DA SAÚDE E DA INTEGRIDADE PSICOFÍSICA	80
1. As questões de princípio.....	80
“Em direção obstinada e contrária”. Paulo Pinto de Albuquerque e a promessa (ainda não) cumprida da Convenção	80
<i>Oreste Pollicino</i>	

Saúde e integridade psicofísica como direitos fundamentais nas opiniões de Paulo Pinto de Albuquerque.....	83
<i>Lúcia Risicato</i>	
Uma sugestão: a construção jurisprudencial de um espaço constitucional europeu e o papel do <i>soft law</i>	90
<i>Emilio Santoro</i>	
As opiniões de Paulo Pinto de Albuquerque.....	96
1. Corte Europeia de Direitos Humanos – Seção IV – J. e outros c. Áustria – recurso n. 58216/12 – sentença de 17 de janeiro de 2017.....	96
Opinião concordante do Juiz Pinto de Albuquerque a que aderiu o juiz Tsotsoria	97
Primeira Parte (§§ 2-40).....	98
2. Corte Europeia de Direitos Humanos - Plenário - <i>Paradiso e Campenelli c. Itália</i> - processo n.º 25358/12 - julgamento de 24 de janeiro de 2017.....	132
Voto concorrente conjunto dos juízes De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov	133
3. Corte Europeia de Direitos Humanos - Seção IV - <i>Alexandru Enache c. Romênia</i> - processo n.º 16986/12 - julgamento de 3 de outubro de 2017.....	139
Voto conjunto parcialmente divergente dos juízes Pinto de Albuquerque e Bośniak	140
4. Corte Europeia de Direitos Humanos - Plenário - <i>Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal</i> - processo n.º 56080/13 - julgamento de 19 de dezembro de 2017.....	143
Voto parcialmente concorrente e parcialmente divergente do juiz Pinto de Albuquerque	143
IC. Conceituando uma abordagem pro persona para o direito aos cuidados de saúde sob a Convenção (§§ 60-72)	177
C. A aplicação de uma abordagem pro persona ao presente caso (§§ 73-91)	185
B. Uma abordagem baseada nos direitos humanos para o presente caso (§§ 82-89) .	190
C. Conclusão preliminar (§§ 90-91)	193
VI. Conclusão (§§ 92-94)	193
5. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - Grande Secção - <i>Fernandes de Oliveira</i>	194
Opinião parcialmente concorrente e parcialmente divergente do Juiz Pinto de Albuquerque que se juntou ao Juiz Harutyunyan	195
6. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - Secção IV - <i>Petukhov c. Ucrânia</i> (n. 2) - recurso n. 41216/13 - julgamento de 12 de março de 2019	224
Opinião parcialmente concorrente e parcialmente divergente do juiz Pinto de Albuquerque	224
7. Tribunal Europeu de Direitos Humanos - Seção IV - <i>Marius Alexandru e Marinela Stefan c. Romênia</i> - recurso no. 78643/11 - julgamento de 24 de março 2020.....	228
Opinião parcialmente divergente do Juiz Pinto de Albuquerque.....	229
C. conclusão.....	232
Comentários sobre as opiniões	232

Pelo direito à vida do paciente psiquiátrico: reflexões à margem de Fernandes de Oliveira c. Portugal	232
<i>Angelica Bonfanti</i>	
Um enfoque pró-pessoa no direito aos cuidados em casos de negligência médica	238
<i>Donato Castronuovo</i>	
Conclusões breves sobre um caso de exploração de trabalho e lacunas na legislação austríaca sobre tráfico de seres humanos	249
<i>Francesca Curi</i>	
Direito aos cuidados médicos e negligência médica no âmbito da estrutura dos hospitais públicos	256
<i>Franco de Stefano</i>	
A maternidade de substituição de natureza comercial entre direito e moral: direitos para a meta (moral), sólidos nos princípios (jurídicos).....	263
<i>Marcella Distefano</i>	
Aos confins da parentalidade: sobre a maternidade de substituição comercial sem laços genéticos entre pais intencionais e filhos.....	268
<i>Ornella Feraci</i>	
“Nunca mais”. As opiniões separadas em Lopes de Sousa Fernandes e Fernandes de Oliveira.....	277
<i>Davide Galliani</i>	
“Ex iniuria ius non oritur: maternidade de substituição e respeito às regras	280
<i>Paolo Passaglia</i>	
O trabalho e a dignidade humana: analisando o conceito de “trabalho forçado”	286
<i>Andrea Sitzia</i>	

CAPÍTULO II

CIDADANIA, IMIGRAÇÃO E ASILO	291
As questões de princípio.....	291
Migrações, direitos e fronteiras: algumas opiniões do juiz Pinto de Albuquerque sobre cidadania e proteção internacional	291
<i>Adriana Di Stefano</i>	
As reflexões de Paulo Pinto de Albuquerque.....	300
1. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - Seção IV - Ramadan contra Malta - Apelação n. 76136/12 - Decisão de 21 de junho de 2016.....	300
Opinião dissidente do juiz Paulo Pinto de Albuquerque	301
2. Corte Europeia de direitos humanos – Seção IV - Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta – recurso n. 25794/13 e n. 28151/13 – sentença de 22 de novembro de 2016	318
3. Corte europeia de direitos humanos – Seção IV – M. A, e outros c. Lituania – recurso n. 59793/17 – sentença de 11 de dezembro de 2018	340
Os comentários às opiniões.....	358
“Crimmigration”: da jurisprudência do TEDH aos “decretos de segurança”	358
<i>Luigi Foffani</i>	

A aplicação da CEDH nas zonas de fronteira: as medidas de repatriação imediata dos requerentes de asilo nas fronteiras terrestres.....	365
<i>Carlo Curti Gialdino e Francesco Battaglia</i>	
O difícil percurso do reconhecimento do direito de cidadania em Estrasburgo.....	373
<i>Lina Panella</i>	
Criminalização da migração e crise da solidariedade.....	379
<i>Francesca Pellegrino</i>	
De Paulo Pinto de Albuquerque, palavras claras: a segurança não vence os direitos dos imigrante	384
<i>Armando Spataro</i>	
Direitos de fronteira: o M.A. c. Lituânia e o parecer contrário do juiz Pinto de Albuquerque.....	392
<i>Elena Valentini</i>	

CAPÍTULO III

HUMANIDADE, LEGALIDADE E IRRETROATIVIDADE DAS SANÇÕES PENAIS	399
As questões de princípio.....	399
A garantia da dignidade humana e a execução da pena na vision de um juiz europeu ...	399
<i>Fabio Fiorentin</i>	
O papel da CEDH na promoção dos direitos fundamentais em matéria penal em meio a conquistas e resistências: o sistema de sanções	407
<i>Anna Maria Maugeri</i>	
Dignidade da pessoa e sanção penal: condições e limites de um ius punitindi de orientação convencional.....	434
<i>Rosaria Sicurella</i>	
As opiniões de Paulo Pinto de Albuquerque.....	447
1. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – Grande Câmara – Murray v. Países Baixos – recurso n.º 10511/10 – sentença de 26 de abril de 2016.....	447
2. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - Grande Seção - Muršić c. Croácia - recurso no. 7334/13 - Sentença de 20 de outubro de 2016.	466
3. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - Grande Secção - Hutchinson c. Reino Unido - recurso no. 57592/08 - sentença de 17 de janeiro de 2017	494
4. A Corte europeia de direitos do homem – Grande Câmara – G.I.E.M. S.r.l e outros c. Itália – recurso n. 1828/06 e outros 2 – sentença de 28 de junho de 2018	521
5. Corte Europeia de Direitos do Homem – Seção IV – Rola c. Slovenia – recurso n. 12096/14 e n. 39335/16 – sentença de 4 de junho de 2019	571
Comentários sobre as opiniões	575
Muito tempo (vazio) e pouco espaço na Europa carcerocêntrica.....	575
<i>Silvia Buzzelli</i>	
A humanidade restrita. Algumas considerações a partir da questão da superlotação carcerária como definida no caso Mursic c. Croazia.....	581
<i>Grabriele Della Morte</i>	

“Sentinela, quanto resta da noite?” Algumas observações sobre a missão de dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque a partir do caso Hutchinson c. Reino Unido	587
<i>Tania Groppi</i>	
Humanidade da pena: quimera ou meta possível.....	594
<i>Antonio Gullo</i>	
Resistência à classificação criminal de sanções reservadas a um círculo restrito de destinatários.....	602
<i>Giuseppe Losappio</i>	
A contribuição de Paulo Pinto de Albuquerque para a teoria constitucional contemporânea	618
<i>Giuseppe Martinico</i>	
Sobre as penas perpétuas: uma comparação geral sobre as relações entre a Corte dos direitos e a jurisprudência interna.....	623
<i>Valerio Onida</i>	
Quanto espaço para dizer humano.....	628
<i>Mauro Palma</i>	
A questão da prisão perpétua coloca uma pressão sobre o sistema ECHR.....	635
<i>Fran cesco Carlo Palazzo</i>	
No “buraco negro legal” do G.I.E.M. a eficácia da garantia passa a ser a substância do resultado	642
<i>Antonino Pulvirenti</i>	
Um ajuste fino adequado da relação entre a CEDH e a Constituição, em opinião de Pinto de Albuquerque no G.I.E.M. e outros c. Itália	657
<i>Antonio Ruggieri</i>	

ÍNDICE DE AUTORES E TRADUTORES

AUTORES

Andrea Saccucci – Prof. Associado Univ. Vanvitelli
Andrea Sitzia – Prof. Associado Univ. de Padova
Angelica Bonfanti – Prof. Associada Univ. de Milão
Anna Maria Maugeri – Prof. Catedrática Univ. de Catania
Armando Spataro – Ex magistrato e jurista
Antonio Gullo – Prof. Catedrático Univ. LUISS Guido Carli de Roma
Antonino Pulvirenti – Prof. Associado Univ. Lumsa
Antonio Ruggeri – Prof. Emérito Univ. de Messina
Bruna Capparelli – Prof. Associada IFRJ
Claudia Cantone – Advocacia geral do Estado
Davide Galliani – Prof. Associado Univ. de Milão
Donato Castronuovo – Prof. Catedrático Univ. de Ferrara
Elena Valentini – Prof. Associada Univ. de Bologna
Emilio Santoro – Prof. Catedrático Univ. de Florença
Fabio Fiorentin – Juiz na Itália da fase executiva da pena
Francesca Curi – Prof. Associada Univ. de Bologna
Francesca Pellegrino – Prof. Catedrática Univ. de Messina
Francesco Carlo Palazzo – Prof. Catedrático Univ. de Florença
Franco De Stefano – Juiz Conselheiro da Corte de Cassação italiana
Gabriele Della Morte – Prof. Catedrático Univ. Católica de Milão
Giuseppe Losappio – Prof. Associado Univ. Bari “Aldo Moro”
Giuseppe Martinico – Prof. Catedrático Escola Superior Sant’Anna
Lina Panella – Prof. Catedrática Univ. de Messina
Lucia Risicato – Prof. Catedrática Univ. de Messina
Luigi Foffani – Prof. Catedrático Univ. de Modena
Marcella Distefano – Prof. Associada Univ. de Messina
Mariângela Lopes – Prof. Associada Univ. Mackenzie
Mauro Palma – Presidente *European Penological Center* da Univ. Roma Tre

Oreste Pollicino – Prof. Catedrático Univ. Bocconi
Ornella Feraci – Prof. Associada Univ. de Siena
Paolo Passaglia – Prof. Catedrático Univ. de Pisa
Rosaria Sicurella – Prof. Catedrática Univ. Catania
Stefano Manacorda – Prof. Catedrático Univ. Campania “Luigi Vanvitelli”
Silvia Buzzelli – Prof. Associada Univ. Milano-Bicocca
Tania Groppi – Prof. Catedrática Univ. de Siena
Valerio Onida – *Ex* Presidente do Tribunal constitucional italiano

TRADUTORES

André Sampaio Rocha – Professor Doutor pela UNIT
Eduardo Cani – Professor de Direito e Processo Penal e Doutor pela PUCRS
Fauzi Hassan Choukr – Promotor de Justiça em São Paulo e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo
Guilherme Madeira Dezem – Professor Doutor do curso de graduação e pós graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie
Isael José Santana – Professor da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul e Coordenador do Centro de Ensino, Pesquisa, extensão e Direitos Humanos
Manuellita Hermes – Procuradora Federal e Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tor Vergata
Marcos Eugênio Vieira Melo – Professor da graduação e pós-graduação da Faculdade Raimundo Marinho em Maceió/AL (FRM)
Marina Eugênia Costa Ferreira – Doutoranda pela Universidade de Roma Tor Vergata
Nereu José Giacomolli – Coordenador do curso de pós graduação em Ciências Criminais pela PUCRS
Renato Maso Previde – Professor Doutor titular da Universidade Estadual de Minas Gerais em Direito Empresarial e Tributário
Thales Marros – Mestre pela PUCRS
Welton Roberto – Professor Doutor pela Universidade Federal de Alagoas

PREFÁCIO

Foi com alegria que aceitei o convite para prefaciá-la edição brasileira desta obra, que homenageia a trajetória do grande jurista **Paulo Pinto de Albuquerque** no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). Seus vários anos exercendo a judicatura na Corte nos trouxeram ensinamentos sobre relevantes tópicos que circundam a temática da proteção dos direitos humanos.

Membro honorário da Academia Brasileira de Direitos Humanos desde 2009, e do Instituto Brasileiro de Direito Internacional desde 2015, Paulo sempre se mostrou muito empenhado em abrir diálogo internacional para além das fronteiras europeias, o que é essencial na sociedade globalizada contemporânea. O homenageado, inclusive, foi um dos idealizadores dos primeiros acordos de cooperação entre a Corte Europeia e o Poder Judiciário brasileiro.

Entre os vários julgamentos que marcaram sua presença em Estrasburgo, considero oportuno lembrar o caso *de Souza Ribeiro v. França*¹. Isso porque o magistrado foi responsável por apresentar opinião concorrente, aderida pelo juiz Vučinić, consignando um padrão de comportamento dos Estados em relação à interposição de recursos contra decisões que impusessem remoções, deportações, expulsões ou outras medidas semelhantes.

Naquele caso, o requerente, brasileiro, residia com sua família na Guiana Francesa, ininterruptamente, desde os sete anos de idade. Após anos vivendo na região ultramarina da França, foi detido por não portar documentação apta a comprovar sua presença regular no país. No dia seguinte, foi deportado menos de uma hora após a interposição do recurso perante a Corte de Cayenne no qual pleiteava a suspensão imediata da ordem de deportação. Na análise do pedido recursal, esse mesmo tribunal declarou ausência de objeto, pois a deportação já havia ocorrido.

Encaminhado ao Brasil – país com o qual não tinha qualquer vínculo, exceto a nacionalidade –, viu-se obrigado a abandonar seu núcleo familiar e afetivo, sem nenhuma perspectiva de retorno.

O jovem então peticionou à Corte Europeia. Reivindicou o direito de ter acesso a um recurso efetivo contra a ordem em seu desfavor, uma vez que não houve tempo hábil para o julgamento antes da deportação, apontando afronta ao artigo 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) em conjunto com o artigo 13º (direito a um recurso efetivo) da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

1 TEDH, *De Souza Ribeiro c. França*. Queixa n. 22689/07. Acórdão de 13 de dezembro de 2012.

Em 2012, a Grande Câmara do TEDH condenou o Estado francês ao pagamento de três mil euros por danos não pecuniários e doze mil euros por despesas e custas processuais. Embora as violações tenham sido reconhecidas, o órgão julgador concluiu que não haveria necessidade de atribuição de efeito suspensivo a recurso contra a ordem de remoção interposto por estrangeiro com base no artigo 8º da Convenção.

Em seu brilhante voto, Pinto de Albuquerque divergiu do entendimento adotado, ao argumento de que “o recurso contra qualquer decisão de expulsão e congêneres deve ter efeito suspensivo automático, sempre que haja o perigo de verificação de um prejuízo irreversível para a vida familiar”².

Nessa perspectiva, sob o prisma do direito à vida, defendeu que a preservação do devido processo deve ser reconhecida como uma das garantias mínimas a qualquer migrante, independentemente de seu *status* migratório, o qual não pode servir de óbice para o exercício de seus direitos fundamentais. Essa visão vai ao encontro dos princípios que regem os direitos daqueles que, como bem assentado por Paulo, “vivem à margem da sociedade e não possuem nada senão o sonho de um pedaço de terra”.

Esse julgado é um dos inúmeros casos que demonstram os valores que sempre guiaram os votos do homenageado. Outros diversos exemplos são encontrados nesta obra, que conta com uma seleção de seus votos divergentes e concorrentes, analisados e enriquecidos por lições de renomados professores italianos, a partir de valiosos comentários sobre as discussões travadas na Corte Europeia.

Em bom momento, **Bruna Capparelli** e **Mariângela Lopes** idealizaram esta edição brasileira, que serve à comunidade científica de língua portuguesa como porta de acesso à jurisprudência de Estrasburgo. Trata-se, decerto, de uma aproximação necessária.

Neste livro, o leitor encontrará capítulos sobre os mais diversos assuntos, como a proteção da vida, saúde, integridade psicofísica, cidadania, imigração, asilo, humanidade, legalidade e irretroatividade das sanções penais, garantias de um julgamento justo, proteção dos direitos de propriedade, liberdade de movimento pessoal e execução de sentenças de tribunais europeus. A variedade de temas aqui encontrada revela o grande legado que Paulo Pinto de Albuquerque deixa para a academia jurídica internacional.

Desejo a todos proveitosa leitura.

GILMAR FERREIRA MENDES³

2 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Convenção Europeia dos Direitos Humanos: seleção de opiniões. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

3 Ministro do Supremo Tribunal Federal. Doutor em Direito pela Universidade de Münster, Alemanha. Professor de Direito Constitucional nos cursos de

PREFÁCIO A EDIÇÃO ITALIANA

Uma ilustre estudiosa, no prefácio à primeira coleção destinada ao público italiano, e traduzida na nossa língua, das opiniões concordantes e dissidentes pronunciadas por Paulo Pinto de Albuquerque nos anos iniciais do seu mandato como juiz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, expressou-se no sentido que ele “não é um juiz como todos os outros” por causa do seu “perceber a própria atribuição como uma verdadeira missão”, querendo ele que “a sua voz ... chegue ao cidadão”. Acrescentou a apresentadora que “algumas destas posições podem certamente ser controversas”, mas o que “vem à tona é a forma com que são apresentadas: o raciocínio científico-jurídico”, com conotações tais que permitam a plena informação do público seja dos especialistas seja dos leigos⁴.

Após quatro anos da coleção precedente, a publicação, mais uma vez em tradução italiana, das opiniões concordantes e dissidentes de Paulo Pinto de Albuquerque, depositadas na segunda e última parte do seu mandato como juiz em Estrasburgo, permite antes de tudo confirmar, também em relação a estas elaborações mais recentes do autor, a avaliação tão bem expressa há quase uma década. O juiz Pinto de Albuquerque deu-se efetivamente como “missão” aquela de falar ao público, e tal missão prosseguiu – e perseguiu com determinação – até hoje.

Conhecendo o professor Paulo Pinto de Albuquerque há alguns anos (ele é um excelente penalista e eu, por outro lado, dedicado ao cível, temos em comum, entre outras coisas, uma experiência na formação dos jovens magistrados), aceitei com prazer, enquanto trabalhava com ele como juiz em Estrasburgo, o convite para redigir este breve prefácio. O convite, na verdade, - além de me dar a oportunidade para celebrar o brilhante colega, que certamente o merece - me permite algumas observações, por assim dizer “específicas”, que, por assim dizer, em relação à obra do autor apenas um italiano pode fazer. Ele, português não apenas de nascimento e formação, mas também e sobretudo de abordagem jurídica, com muitas – porém – aberturas aos sistemas jurídicos mais distantes (o que me referirei melhor), manteve, verdadeiramente, nos anos uma relação constante com a academia, magistratura e advocacia italiana, seguramente com referências comuns àquelas do mundo cultural lusitano.

Um primeiro exemplo já esclarecerá. Me refiro ao primeiro dos meus dois filhos - que nestes dias se prepara para assumir as funções de magistrado – que,

⁴ BILANCIA, Paola. Prefazione. In: GALLIANI, Davide. (Ed.). **I diritti umani in una prospettiva europea** – Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015). Turim: G. Giappichelli Editore, 2016, p. XV-XVI.

no âmbito das provas para fins da seleção do concurso de alguns anos atrás, ele e um número relevante de outros aspirantes a magistrados, chamados a tratar de um “tema” escrito sobre o tópico da *judicial review* na Itália dos atos das *authorities*, tinha mencionado amplamente a opinião dissidente⁵ com a qual Paulo Pinto de Albuquerque tinha considerado que o controle jurisdicional exercitado pelos tribunais administrativos italianos, na medida em que não se estendem ao mérito e à possibilidade para o juiz de exprimir a própria avaliação técnica, não constitui uma “jurisdição plena” sobre os atos da autoridade independente, em violação às garantias consagradas no Artigo 6º, § 1º, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Aconteceu, de fato, no âmbito das aulas ministradas em pelo menos uma das “escolas” de preparação para o concurso, que a leitura da sentença da maioria do TEDH sobre o assunto tivesse interessado o público em igual medida a leitura da opinião dissidente; a criatividade dos jovens candidatos, igual àquela do juiz português em Estrasburgo, havia feito o resto...

Se, portanto, desafiando a moda corrente, jovens concurseiros na Itália tenham, talvez, colocado em risco o sucesso da própria prova, evidenciando uma crítica (não apenas à maioria no âmbito do TEDH, mas ao próprio sistema de tutela nacional), no lugar da mais fácil escolha de referir apenas à sentença “oficial” dos juízes de Estrasburgo, isto torna evidente “desde baixo” que Paulo Pinto de Albuquerque goza no país de alta consideração. Melhor exemplo da “ligação” entre o juiz português e a Itália, país não seu, não teria sabido encontrar a respeito do que este que me foi proporcionado em família!

Paulo Pinto de Albuquerque se deu como missão também aquela de “oficial de ligação” entre a Corte de Estrasburgo e as outras cortes regionais operantes no campo do direito humanitário (na África e nas Américas), bem como com as cortes – constitucionais e supremas – dos Estados não europeus. Ele é reconhecido por nossos colegas como um dos juízes que mais incentivaram as relações com as cortes superiores extra-europeias, através de profícuos intercâmbios, contatos e iniciativas comuns. A lista dos países distantes com os quais, pelo seu trâmite, o TEDH se relaciona proficuamente com o mundo seria longuíssima: com a certeza de mais omissões, recorro a Angola, o Brasil, a China, a Coreia do Sul, o Japão, a Jordânia, a Índia, Israel, o Moçambique e África do Sul.

Tendo falado da relação entre o autor e as cortes nacionais me permite, agora, formular um segundo exemplo da “ligação” entre o autor e a Itália. Embora não conste – para uma pesquisa sumária até hoje – alguma referência direta

5 Cf. Opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, **A. Menarini Diagnostics S.r.l. vs. Itália**, recurso 43509/08, j. em 27 set. 2011. Disponível em: [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=0_8_1_11&facetNode_4=1_2\(20110927\)&facetNode_3=1_2\(201109\)&facetNode_2=1_2\(2011\)&previousPage=mg_1_20&contentId=S-DU685653#](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=0_8_1_11&facetNode_4=1_2(20110927)&facetNode_3=1_2(201109)&facetNode_2=1_2(2011)&previousPage=mg_1_20&contentId=S-DU685653#). Acesso em: 23 nov. 2021.

às opiniões separadas do nosso autor nas sentenças da Corte Constitucional e naquelas das outras jurisdições superiores (e teria sido peculiar o contrário; uma referência, ao contrário, aparecendo em um recurso de uma região perante a Consulta⁶, enquanto três sentenças do Conselho de Estado repetem analogamente menções feitas pelas partes) na minha opinião, os juízes (e antes deles os advogados) italianos atentamente consideram o que ele escreve, ainda que eventualmente para (implicitamente) dissentir. Para isso, obviamente, contribuem livros como este que se apresenta. Paulo Pinto de Albuquerque, por sua parte, lê e, respeitosa e, mas resolutamente, muitas vezes, critica a produção judiciária italiana. O exemplo de que dizia pode ter como referência a Corte Constitucional italiana, com a qual o autor mantém um constante diálogo. A fim de recordar uma crítica em grande parte compartilhada (enquanto outras, como dito, podem não ser) se pode aqui mencionar quanto ao expresso na opinião parcialmente concordante e parcialmente dissidente no TEDH, **G.I.E.M. s.r.l. e outros c. Itália** [GC], 1828/06, 34163/07 e 19029/11, de 28 de junho de 2018: Paulo Pinto de Albuquerque, embora dando uma leitura a meu ver muito “otimista” (por exemplo, ao § 52) d “desenvolvimento” que – segundo ele – a sentença n. 49 de 2015 teria apresentado a respeito das sentenças gêmeas de 2007, sublinha uma passagem do texto da maioria (o § 252) da Grande Câmara, que, de outra forma, poderia ter passado despercebido, sobre a equivalência na natureza jurídica, vinculatividade e força interpretativa das sentenças do TEDH, independentemente da formação que as pronuncia. Ele explica o que o *self-restraint* judicial, ordinário, não consegue explicar. Afirma claramente que a passagem constitui “uma resposta direta à sentença n. 49/2015 da Corte Constitucional, bem como uma mensagem dirigida a todas as cortes supremas e constitucionais da Europa” (ibid., nota 96)⁷, posto que a sentença n. 49 dos juízes das leis⁸ havia afirmado que “apenas no caso em que se encontra em presença de um ‘direito consolidado’ ou de uma ‘sentença piloto’, o juiz italiano será vinculado a receber a norma individuada em Estrasburgo”, a depender dos casos, fazendo a norma mesma interpretativamente ou levantando incidente de constitucionalidade. Paulo Pinto de Albuquerque, de resto, também em muitos outros casos foi um defensor ferrenho da absoluta vinculatividade das sentenças do TEDH, de qualquer tipo, não sujeitas a escrutínio, nem mesmo em “raras ocasiões”⁹, pelo juiz nacional.

6 [N.T.] *Palazzo della Consulta* é o nome do palácio em Roma que sedia a *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*. Por vezes o nome do palácio é usado como metonímia em referência à Corte Constitucional.

7 Vide sobre o ponto: CIVININI, Maria Giuliana. Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. **Questione giustizia**, Roma, a. 4, n. 4, 2018, p. 108. Disponível em: https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/pdf/26/qg_2018-4.pdf. Acesso em: 23 nov. 2021.

8 [N.T.] No original *giudici delle leggi*, pois os juízes da Corte Constitucional têm competência para julgar a conformidade constitucional das leis.

9 Que em “raras ocasiões [...] é dada a possibilidade aos juízes nacionais de recusar a seguir a decisão de Estrasburgo” (tradução minha) é o conteúdo da sentença da Corte Suprema do Reino Unido no caso *R v Hornscliffe*, que Paulo Pinto de Albuquerque

Não é esta, dada a brevidade que deve conotar este prefácio, a sede para ocupar-se das tantas opiniões separadas, redigidas pelo nosso autor, também apenas nos mais recentes casos delicados relacionados à Itália (como, por exemplo, nos casos De Tommaso ou Paradiso e Campanelli); o volume que se apresenta permitirá a todos formar uma ideia pessoal. É, em vez disso, o caso de recordar que o juiz Pinto de Albuquerque desenvolveu também importantes papéis organizativos em Estrasburgo, tais quais de vice-presidente de seção e de presidente de um importante Grupo de trabalho interno que se ocupa do Regulamento do Tribunal. Em consonância com sua formação, cultural e profissional, de professor de direito penal e juiz penal no país de proveniência, constituiu perante o TEDH um grupo de atenção sobre o direito penal, em operação há mais de cinco anos. Testemunhos, estes, considerados unitariamente, da vinculação do juiz Pinto de Albuquerque ao Tribunal e do Tribunal a ele.

Mas voltemos, para concluir, à relação entre Paulo Pinto de Albuquerque e o nosso País, via Estrasburgo. Um “cruzamento” assim estreito entre Portugal, Itália e Estrasburgo me traz à memória um precedente, de natureza literária: se trata do episódio do notório romance do italiano Antonio Tabucchi, “Sostiene Pereira”, em que o protagonista português, Pereira, publicou no jornal “Lisboa” uma história de Alphonse Daudet, ambientado na Alsácia, nos arredores de Estrasburgo. O diretor do jornal repreende Pereira, pois a publicação – por razões que aqui não importam – “tem suscitado muitos descontentamentos nos ambientes que importam”¹⁰.

O paralelismo, *mutatis mutandis*, vem espontaneamente. Um risco, aquele de suscitar descontentamentos, que, por vezes, corre também quem faz do raciocínio o seu objetivo, e da difusão do raciocínio, conseqüentemente, a sua obrigação moral. Se, portanto, “descontentamentos” são possíveis na livre troca de “opiniões”, os leitores saberão apreciar, porém, os aspectos positivos do compartilhamento das lúcidas argumentações que Paulo Pinto de Albuquerque nos oferece com as páginas que seguem.

* * *

crítica na Opinião divergente no TEDH, **Hutchinson vs. Reino Unido** [GC], 57592/08, j. em 17 de janeiro de 2017, § 36 e ss.

10 TABUCCHI, Antonio. **Sostiene Pereira**: una testimonianza. 21. ed. Milão: La Feltrinelli, 2004, p. 168.

PREFÁCIO À EDIÇÃO ITALIANA

Quando me foi pedido para escrever esta brevíssima introdução, subitamente me interroguei sobre qual deveria ser o objeto. Deveria introduzir as opiniões concordantes que o juiz Pinto havia escrito durante a sua permanência na Corte, e reportadas neste livro? Ou deveria escrever do Paulo Pinto de Albuquerque como juiz no Tribunal Europeu de Direitos Humanos?

Tinha à disposição o índice do volume, que examinei com atenção, procurando voltar com a memória aos casos aos casos reportados. Alguns que conhecia bem, outros francamente não. E então eu li o que não recordava.

E se revelou suficiente para dar uma resposta ao quesito. Eu compreendi que o quesito era mal colocado, que o problema era o quesito mesmo, ao qual era impossível responder. Porque o juiz do Tribunal Paulo Pinto de Albuquerque é aquele que emerge do trabalho analítico de redação das sentenças e, em particular, das opiniões concordantes; e porque as opiniões concordantes não são outra coisa que a essência do juiz do Tribunal Paulo Pinto de Albuquerque. Os dois planos se confundiam perfeitamente.

É impossível introduzir uma gama de materiais tão diversa, e, sobretudo, rica de doutrina, sapiência, originalidade, ideias, horizontes inexplorados, abordagens novas e, por vezes, provocativas.

Paulo Pinto de Albuquerque nunca se poupou a explorar com uma perspectiva extraordinariamente analítica tantas temáticas, todas diversas umas das outras.

Individuar um fio condutor poderia, então, ser difícil. Ao contrário, é mais fácil do que parece à primeira vista. O fio condutor de Paulo Pinto de Albuquerque, a sua perspectiva que mete no centro de cada decisão o ser humano. É o fato que a tutela do ser humano tanto mais deve ser intensa, quanto mais ele a necessita. Os pobres, os oprimidos, os encarcerados, as pessoas vulneráveis em geral são a preocupação constante das decisões do juiz Pinto, que tem em mente estes também quando estes não são diretamente tocados pela decisão.

Conheci Paulo Pinto de Albuquerque uma vez chegando ao Tribunal; mas sentávamos em seções diversas e os momentos de contato eram, portanto, poucos. Um caro amigo italiano conhecia perfeitamente - e apreciava muito - as suas decisões, e me pediu para fazê-lo conhecer. Naquela ocasião estavam presentes também outros juristas atuantes na tutela dos direitos humanos, italianos. Foi a partir daquele momento que comecei a compreender o que escrevi acima, isto

é, que Paulo *é* as suas decisões, as suas decisões *são* Paulo. Então, no último ano, fizemos parte da mesma seção. Nesta função, mas também antes, eu tive a chance de compartilhar muitas vezes, e de não compartilhar outras vezes, a sua posição.

Todavia, esta proximidade me permitiu perceber que a posição e o modo com o qual ele enfrenta as questões inerentes e direitos humanos são absolutamente de *militantes*. Neste caso, o significado não deve assumir nenhuma conotação crítica, que seja ideológica, partidária ou extremista. É ideológica apenas na medida em que sugere uma interpretação evolutiva da Convenção de Roma sempre em favor do ser humano. É partidária apenas na medida em que, no limite do quanto consentido pelos instrumentos hermenêuticos, tem em consideração a desequilibrada relação de força entre o recorrente privado e o Estado. É extremista apenas na medida em que se demonstra pronta a cada possibilidade a fim de chegar a um respeito efetivo e concreto no terreno da disposição constitucional. Em francês se usa a expressão *droit-de-l'homme*; mas talvez não se adequa à posição e à obra de Paulo Pinto, e não apenas pela caracterização, por vezes, negativa a qual se associa. A atenção de Paulo Pinto é, de fato, centrada mais no titular do direito – na pessoa – do que no direito entendido no sentido meramente objetivo. E então para dar a melhor definição pode ser aquela do “juiz dos deixados para trás”.

Basta ler – entre outras – as opiniões separadas do Juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, **Fernandes de Oliveira c. Portugal** [GC], 78103/14, 31 de janeiro de 2019, **Petukhov c. Ucrânia**, 43374/02, 21 de outubro de 2010, **J. e outros c. Áustria**, 43374/02, 17 de janeiro de 2017, **Ilseher c. Alemanha** [GC], 10211/12 e 27505/14, 4 de dezembro de 2018, **Hutchinson c. Reino Unido** [GC], 57592/08, 17 de janeiro de 2017, **Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta**, 25794/13 e 28151/13, 22 de novembro de 2016, **M.A. e outros c. Lituânia**, 59793/17, 11 de dezembro de 2018, **Murray c. Holanda** [GC], 10511/10, 26 de abril de 2016, e **Muršić c. Croácia**, 7334/13, 20 de outubro de 2016, todos reportados neste volume em tradução italiana, para ter a confirmação da correção da definição.

Nestas poucas linhas gostaria, porém, de chamar atenção para uma opinião compartilhada com o juiz Dedov, no caso Baka (TEDH, **Baka c. Hungria** [GC], 20261/12, 23 de junho de 2016) que não está incluída nesta coletânea. Neste caso, o juiz Pinto se encontra com uma problemática de natureza mais puramente constitucional, e nos mostra uma atenção, profunda e analítica, para o detalhe e para o aprofundamento do sistema. A confirmação do fato que a militância boa da qual se falava é sempre acompanhada do uso sapiente dos instrumentos jurídicos, em todos os setores.

Andras Baka era o Presidente da Corte Suprema da Hungria, com um mandato que expirava em 2015. Enquanto tal, ocupava também o cargo de presidente do conselho nacional dos juízes húngaros; nesta sua segunda veste, tinha expressado algumas considerações críticas sobre as reformas atuais do governo no âmbito da justiça no ano 2011. As disposições transitórias da nova constituição húngara, que entrava em vigor em 1º de janeiro de 2012, haviam previsto que a Corte Suprema fosse substituída pela Kuria, com cessação imediata do mandato do presidente. Com uma sentença da Grande Câmara, a Corte reconheceu a violação do Artigo 6º, § 1º e 10º, da Convenção, respectivamente pela impossibilidade de contestar perante um juiz a prematura cassação do cargo de presidente da Corte Suprema, e porque esta última cessação foi determinada pelas opiniões expressas publicamente no exercício do papel profissional.

A opinião é aderente à decisão assumida pelo Tribunal. Paulo Pinto sustenta que “todavia, muitas coisas não foram ditas na sentença”, e que “tendo em considerando a importância crucial da causa para o Estado de Direito, a independência da justiça e a determinação da função do Tribunal quanto à conservação destes valores na Europa, é meu dever dizer *urbi et orbi* o que não foi dito”.

É, desde a minha perspectiva de *ex*-juiz nacional de mérito, particularmente interessante a questão ligada à autonomia e à independência da magistratura. A opinião de Paulo Pinto é um tipo de elogio ao valor da independência da magistratura, lida à luz do princípio do Estado de Direito, um e outro derivados também da Convenção de Roma.

Vem sublinhado o extraordinário passo adiante que - com aquela sentença - é realizado a nível de avaliação destes valores à luz da Convenção mesma. Ao recorrente é reconhecido pelo Tribunal um direito civil individual e, portanto, um *grief défendable* relativos à inamovibilidade enquanto juiz também perante o direito constitucional nacional, que não pode privar, *ex se*, o indivíduo do direito a um recurso jurisdicional, também quando a deterioração da própria posição individual é trazida à existência pela fonte do direito mais elevada. Mas vem sobretudo sublinhado que este reconhecimento chega através de uma interpretação do direito interno húngaro como incorporando as normas internacionais relativas à independência da magistratura, embora sendo essencialmente das normas contidas em fontes privadas de vinculatividade formal. Paulo Pinto nos explica que este procedimento interpretativo é “relevante” e “louvável”, e repousa na Convenção. Mas mete em claro, sobretudo, que onde o direito civil assim reconhecido prevalece sobre disposições constitucionais, o Tribunal acaba por reconhecer um efeito direto e super-constitucional à garantia de independência da magistratura. A Convenção acaba por constituir hoje o *jus commune* constitucional europeu, que permitirá ao Conselho de Europa apresentar um forte

argumento contra qualquer pretensão nacional contrária e agir em nível constitucional, independentemente da amplitude da maioria política.

Não cabe a mim explicar esta opinião, mas sugiro fortemente lê-la. Em um período em que a independência da magistratura, juntamente a outros fundamentos do Estado de Direito, é colocada sempre mais em discussão pela ação da maioria política muitas vezes ampla, em países grandes e pequenos, em democracias jovens e em democracias antiquíssimas, a lúcida análise contida na opinião poderá fornecer uma renovada visão sobre este problema.

A perspicácia e a atenção de Paulo Pinto se notam também pela atenção aos detalhes. A sua opinião, de fato, sublinha o fato que por trás da lei se escondia, na realidade, um provimento punitivo endereçado a uma pessoa específica (“*une loi ad hominem*”), decidida através de uma emenda apresentada mesmo antes do voto de encerramento.

INTRODUÇÃO À EDIÇÃO BRASILEIRA

INTRODUÇÃO À EDIÇÃO BRASILEIRA DA OBRA ESCRITA EM HOMENAGEM AO JUIZ DO TEDH PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE. UMA APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA DA JURISPRUDÊNCIA DE ESTRASBURGO NO BRASIL

BRUNA CAPPARELLI E MARIÂNGELA LOPES

Para celebrar a figura do Paulo Pinto de Albuquerque, seus colegas e amigos italianos quiseram comentar suas opiniões divergentes proferidas durante os anos em que foi juiz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Desde os doutrinadores mais renomados até aos mais jovens doutores e doutorandos, participaram desta obra todos aqueles que reconhecem na contribuição jurisprudencial de Paulo Pinto de Albuquerque uma importante característica de formação, crescimento e comparação cultural, tendo ele sempre operado com o rigor necessário em relação às numerosas questões relativas à esfera de proteção dos direitos humanos.

Nos últimos anos, tem havido uma crescente conscientização entre acadêmicos e profissionais sobre a importância da Convenção Europeia de Direitos Humanos e seus protocolos para a interpretação e aplicação de normas de direito substantivo e processual, bem como – antes mesmo – para a avaliação de sua legitimidade constitucional.

A jurisprudência italiana é frequentemente confrontada com os princípios elencados pela jurisprudência de Estrasburgo, usados como critérios interpretativos das normas nacionais; e pelo Tribunal Constitucional, a partir das famosas sentenças “gêmeas”¹¹ e da “revolução de outubro” de 2007, que consideram as disposições convencionais – na interpretação fornecida pelo “seu” juiz, o Tribunal de Estrasburgo – com o parâmetros interpostos de legitimidade constitucional das normas nacionais, por meio do “bloqueio” do artigo 117, parágrafo 1, da Constituição italiana, bem como na matéria de justiça criminal.

Longe, portanto, de ter significado apenas sob a perspectiva do direito internacional, a Convenção Europeia e a jurisprudência de Estrasburgo são hoje cada vez mais percebidas como parte integrante da lei que o juiz italiano (inclusive o criminal) é chamado a interpretar e aplicar diariamente em seu papel – como

11 V. sentenças Corte constitucional italiana n. 348 e 349 de 2007, disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it/azionePronuncia.do>>; último acesso em: 27 de julho de 2023.

foi repetido muitas vezes nos últimos anos – de “primeiro garantidor” dos direitos convencionais. Sob o ponto de vista do advogado, por outro lado, a perspectiva de um recurso a Estrasburgo permanece sempre como pano de fundo das possíveis opções defensivas para salvaguardar os direitos fundamentais, uma vez esgotados os recursos internos. No entanto, não podemos olvidar que a Convenção e sua interpretação podem hoje se revelar ferramentas valiosas durante os processos cíveis, penais e administrativos, para incitar a superação de práticas interpretativas consolidadas e/ou a formulação de questões de legitimidade constitucional.

A principal dificuldade com a qual o jurista italiano deve lidar com o “direito de Estrasburgo” está ligada, entretanto, à sua difícil acessibilidade. Por um lado, o jurista italiano geralmente sofre de um déficit em sua formação universitária, ligado à circunstância de que o direito internacional dos direitos humanos tradicionalmente constitui uma parte marginal no ensino institucional do direito internacional na Itália, embora a sua importância para a interpretação e aplicação do direito nacional.

Por outro lado, a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo – embora intensamente discutida por especialistas e agora objeto de muitas conferências e cursos de treinamento profissional – não é traduzida para o italiano; não é resumida em sumulas de maneira familiar ao jurista italiano; novamente tampouco é fácil de encontrar nos bancos de dados mais difundidos dos magistrados e advogados italianos.

O resultado é que, com muita frequência, as decisões da Corte Europeia são mal compreendidas, super interpretadas ou, de qualquer forma, invocadas de maneira aproximativa ou contraditória, gerando assim a impressão falaciosa, em muitos observadores, de que se trata de um direito puramente casuístico, desprovido de lógica interna. Daí a importância desta obra, que se mostra imprescindível para divulgar o conteúdo de decisões relevantes proferidas pelo eminente Juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos, Professor Paulo Pinto de Albuquerque.

Esta obra está dividida em seis capítulos (A proteção da vida, da saúde e da integridade psicofísica; Cidadania, imigração e asilo; Humanidade, legalidade e irretroatividade das sanções penais; As garantias de um julgamento justo; A proteção dos direitos de propriedade e da liberdade de movimento pessoal; Execução de sentenças de tribunais europeus), os quais foram abordados conjuntamente com as perspectivas do direito penal substantivo e processual penal, civil, administrativo e internacional, colhendo assim o precioso testemunho da abordagem metodológica e científica dos autores.

A ideia que nos guiou nesta edição brasileira – além a de homenagear a relevante contribuição do juiz Paulo Pinto de Albuquerque ao avanço do estudo da matéria – foi a de fornecer uma pequena participação para tornar a jurisprudência

dência de Estrasburgo um pouco mais familiar aos juristas da comunidade científica de língua portuguesa (em particular do Brasil), que são chamados à tarefa nada fácil, mas fascinante, de dar vida aos direitos convencionais nos respectivos ordenamentos nacionais.

O quadro jurídico de uma Europa formada por sistemas, estruturas e órgãos judiciais centralizados (e, no caso da União Europeia, até por um “espaço judiciário” comum), que operam também no domínio da justiça penal e que impõem restrições aos Estados-Membros, pertence certamente ao presente e concretiza-se em formas muito peculiares que não têm contrapartida nos modelos anteriores.

No entanto, se olharmos para trás, mesmo para um passado longínquo, podemos constatar que a história dos processos penais no continente europeu não se caracterizou por uma dimensão exclusivamente local. Ao contrário, essa foi marcada por uma alternância contínua — e, por vezes, por uma contraposição e, também, por um entrelaçamento — de particularismo e universalismo, de regionalização e de integração, de bloqueios (ou fechamentos, isolamentos) municipais e de dimensões supranacionais.

Numa primeira fase, que corresponde, a grosso modo, ao período que vai da Idade Média “tardia” ao Iluminismo, pode-se discernir os traços de um caminho comum, de um método judicial aplicado de forma bastante uniforme nos territórios da Europa continental, embora no contexto de um sistema considerável de fontes. Numa segunda fase, que corresponde à época das codificações e se prolonga até à segunda metade do século XX, o processo penal vive numa dimensão puramente estatal. Em uma terceira fase, que é a contemporânea, esta última dimensão combina-se cada vez mais com uma dimensão supranacional no quadro de uma integração europeia, já não apenas a nível económico e comercial, mas também a nível da justiça penal.

É possível identificar muitas analogias entre o sistema multinível que caracteriza a atual estrutura das fontes supranacionais e a sua combinação com as fontes nacionais no complexo percurso da integração europeia, e o pluralismo das fontes medievais, caracterizado pela presença unificadora de um *ius commune* com matriz justiniana, ladeada e complementada por um arquipélago de normas particulares, de *iura propria* — leis, estatutos, costumes, medidas de autoridades seculares e eclesiásticas, em que se reflectem os contrastes e os entrelaçamentos das fontes de produção das duas grandes instituições supranacionais da época: a Igreja e o Império — por um direito doutrinal (*auctoritas doctorum*) e, sobretudo,

por um robusto direito jurisprudencial, então, como agora, de importância central na economia do sistema¹².

No que diz respeito ao processo penal, apesar dessa conglomeração de fontes, uma substancial uniformidade de instrumentos e procedimentos foi fomentada sobretudo pelo processo inquisitório, que, a partir do século XIII, desenvolveu-se na esfera eclesiástica pelo processo canônico romano, logo estendendo-se às instituições seculares, e cujos princípios básicos, pode-se dizer, foram substancialmente aplicados com variações mínimas em toda a Europa continental durante muito tempo, até ao advento da Revolução Francesa¹³.

Por seu lado, essa espécie de grande entidade supranacional que era o Sacro Império Romano-Germânico também propiciou certas formas de harmonização normativa mediante duas intervenções específicas: a que foi aprovada em 1532 por Carlos V de Habsburgo, conhecida pelo nome de *Constitutio criminalis Carolina*, e a representada pelo Código dos Crimes e das Infracções Políticas Graves, promulgado por Francisco II de Habsburgo em 1803.

Ao atualizar e inovar os chamados *Libri terribiles* do Digesto de Justiniano, superados durante a Idade Média pelo particularismo das legislações municipais, a “Carolina” tinha como objetivo uniformizar a disciplina do direito e do processo penal nos territórios imperiais. Tratava-se de um projeto muito ambicioso, que se, na substância, coadunava-se com as opções de política criminal da época, inspiradas numa surda lógica inquisitorial, pretendia, no entanto, *unificar legislativamente, pela primeira vez e precisamente sob o signo da “matéria penal”, uma grande parte da Europa continental*, embora com a força de fonte primária apenas na nação germânica, e fonte suplementar em numerosos outros territórios europeus.

Quase três séculos mais tarde, embora num contexto muito diferente, no clarear da era das codificações, pouco antes de terminar definitivamente a experiência milenar do Império Romano Germânico, o Código de Crimes, por seu lado, propunha um novo, ainda que efêmero, projeto de legislação transnacional. Nessa vocação “universalista” – embora, repetimos, certamente não no seu conteúdo (que é, aliás, significativamente diferente) –, a “Carolina” e o Código de Crimes podem, de certo modo, ser considerados precedentes significativos da ideia de um espaço disciplinar e judicial europeu.

12 Cf., querendo, B. Capparelli, *Origini storiche del processo penale italiano ed il IV Consiglio lateranense*, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2017, p. 57-77.

13 Para um estudo completo sobre o tema, ver G. Chiodi; L. Garlati (a cura di), *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, Giappichelli, 2015.

O eclipse do Sacro Império Romano-Germânico coincide com o desenvolvimento das ideias iluministas; o pensamento de Montesquieu, Voltaire e Beccaria circula rapidamente na Europa e influencia muitas leis penais¹⁴. Herdeiros do direito natural, os iluministas pregavam uma ordem jurídica inspirada na pureza do estado de natureza. Isso, por um lado, levá-los-ia a elaborar essa concepção abstrata do direito que marca toda a modernidade jurídica e que está hoje sujeita a uma forte revisão crítica, mas, por outro lado, levá-los-ia também a *conceber espaços de liberdade humana face aos árbitros do poder*. Uma ideia em que não só se enraízam os germes do constitucionalismo moderno, mas com base na qual, pela primeira vez, começa-se a falar dos direitos inalienáveis do inquirido e fazem-se críticas frontais aos princípios inquisitoriais, no sentido de um novo universalismo penal, cujos primeiros frutos serão representados pelo progressivo abandono da prática da tortura judicial, emblema da época mais obscura do processo penal.

O momento de maior cesura com o passado será marcado pela Revolução Francesa. O período revolucionário é rico em experiências normativas que olham para o processo acusatório da *common law* da vizinha Inglaterra. Trata-se de um breve momento de descontinuidade.

Napoleão pôs-lhe termo definitivo com o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, inspirado num novo modelo de processo penal “misto”, que, embora propondo combinar as antigas instâncias inquisitoriais com as novas instâncias acusatórias, herança da Revolução, permitiria, na realidade, que as primeiras prevalecessem sobre as segundas, de acordo com o novo regime autoritário instaurado pelo Imperador, apresentando-se, assim, como uma versão edulcorada de um processo inquisitorial.

Através das campanhas napoleónicas, esse modelo seria exportado para uma grande parte da Europa continental. No entanto, as realidades nacionais, com as suas pulsões autónomas e movimentos de codificação, começaram a ganhar forma. Estes últimos são tributários da aspiração iluminista de racionalizar o direito, substituindo a fragmentação e a liquidez das fontes de origem medieval por uma disciplina unívoca, orgânica, sistemática e assente no pensamento lógico abstrato.

No entanto, marcam também a nacionalização do direito e, no que nos diz respeito, do direito processual penal. É certo que alguns desses códigos se inspiraram nos cânones do modelo napoleônico do processo misto (é o caso, por exemplo, não só da experiência francesa, mas também da italiana, da belga e da holandesa); mas não deixam de ser uma expressão peculiar da soberania das novas realidades estatais que se vão formando na Europa: *justiça penal e soberania*

14 Cf. ainda G. Chiodi; L. Garlati (a cura di), *Dialogando con Beccaria*, cit., p. 67 s.

do Estado tornam-se um par indissolúvel; na primeira na segunda encontra o seu momento de máxima expressão. Daí a relutância em conceber uma ingerência externa nessa esfera reservada e o ciúme dos Estados em defender as suas prerrogativas “soberanas” em matéria penal.

Uma experiência completamente diferente e distinta caracterizou, por outro lado, a Inglaterra, onde o direito não era produzido por um poder político centralizado, como acontecia com o direito nos países de *civil law*, mas era formado mediante um sistema jurídico complexo, o *common law*, composto de elaboração judicial, de história, de tradições. Um direito com uma forte marca casuística, com conotações específicas de equidade, que se manteve ao longo do tempo, a partir do final da Idade Média e sem interrupção ao longo da era moderna, sem que a Inglaterra tenha conhecido a experiência continental das codificações.

Nesse contexto, a criação de uma instituição como o júri (inicialmente apenas órgão de acusação, depois órgão de decisão) impediu que os germes do processo inquisitorial continental se enraizassem na ilha, com exceção da experiência muito limitada do julgamento perante a *Star Chamber*, e desempenhou, pelo contrário, um papel central no desenvolvimento de um processo penal de tipo acusatório, caracterizado pela oralidade, pela publicidade e por uma forte carga concorrencial entre os contendores, chamados a confrontar-se perante os jurados. Um processo para o qual o Iluminismo e o legislador da França revolucionária teriam olhado com admiração. Com a viragem proto-constitucional do século XVII, importantes documentos políticos e legislativos, como o writ of Habeas Corpus (1679) e a Bill of Rights (1689), vieram consagrar algumas garantias fundamentais no processo penal, como o direito à liberdade pessoal, a proteção contra a detenção arbitrária, o *due process of law*¹⁵, o direito a um julgamento rápido, a punição proporcional e razoável e o princípio *ne bis in idem*¹⁶.

A complexa trajetória da integração europeia marca a nova época que estamos a viver. Propõe uma nova multiplicação das fontes normativas com as infinitas intersecções e combinações que daí resultam. No entanto, as perspectivas mudam radicalmente.

15 Ver B. Capparelli; G. Illuminati, *O processo penal como “direito constitucional aplicado*, em F. D’Avila; D. L. Santos; *Direito Penal e política criminal*, 2016, p. 35-48.

16 Cf. N. Galantini, *Il Principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, Milano 1984 e L. Luparia, *La litispendenza internazionale: tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Milano 2012.

Um discurso sobre as fontes europeias que afetam a matéria do processo penal não pode ignorar a produção do Conselho da Europa, que tem também um forte impacto no próprio direito da União.

O Conselho da Europa foi fundado em 1949, no rescaldo da Segunda Guerra Mundial, como uma organização internacional com sede em Estrasburgo para proteger os princípios do Estado de direito, da liberdade política e dos direitos do Homem¹⁷. Aos dez Estados fundadores (Reino Unido, França, Bélgica, Luxemburgo, Países Baixos, Dinamarca, Irlanda, Itália, Noruega e Suécia) foram-se juntando gradualmente muitos outros ao longo do tempo, incluindo, após a queda do Muro de Berlim, os Estados do antigo bloco comunista e quase todas as antigas repúblicas soviéticas, até que atualmente existem 47.

O Conselho da Europa é um sistema de cooperação internacional com dois órgãos políticos em particular: o Comité de Ministros, composto pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros dos Estados-Membros, e a Assembleia Parlamentar, composta por representantes de cada Estado-Membro dos seus parlamentos nacionais, bem como pelo Secretário-Geral, que os assiste a ambos, além de outros órgãos, como o Comissário para os Direitos Humanos e o Comité para a Prevenção da Tortura, que também prosseguem os objetivos básicos do Conselho, supervisionando os Estados-Membros. Mas, acima de tudo, no que nos diz respeito, uma parte integrante desse sistema é a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), assinada em Roma em 4 de novembro de 1950, e os 16 protocolos que lhe foram acrescentados ao longo do tempo para regular aspectos específicos.

Uma característica importante do Conselho da Europa, que o diferencia da União Europeia, é o facto de não produzir normas às quais os Estados-Membros se devem conformar, mas “propor” convenções internacionais que, cada Estado, de acordo com o seu próprio critério, pode ratificar. Entre essas convenções, a CEDH é de longe a mais importante e conhecida, e todos os países membros do Conselho da Europa a ratificaram, tornando-se assim “Partes” da mesma. A Itália fê-lo com a lei de ratificação e execução n. 848 de 4 de agosto de 1955; a partir desse momento, *a Convenção passou a fazer parte do sistema jurídico italiano e, por conseguinte, para todos os efeitos, representa para a Itália (também) direito interno positivo*¹⁸.

17 Nesta direção, cf. B. Capparelli; G. Illuminati, *O processo penal como*, cit., p. 37 s.

18 Cf. A. BALSAMO-R.E. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo-R.E. Kostoris, Torino, 2008.

De importância absolutamente central é o facto de, na cena internacional, a CEDH ser o único caso em que a previsão de um catálogo de direitos – muitos dos quais se referem especificamente ao processo penal e, em particular, à posição do arguido - é acompanhada pela criação de um tribunal especial – o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, com sede em Estrasburgo – ao qual recorrem os indivíduos (cidadãos privados, organismos, grupos sociais) que se queixam de que o Estado em questão violou um dos direitos da Convenção (Artigo 34 da CEDH)¹⁹.

Em particular, o facto de os particulares poderem demandar um Estado (aliás, independentemente de serem seus nacionais) é outra particularidade absoluta da CEDH, que a distingue marcadamente de outras convenções internacionais, bem como do próprio sistema comunitário, no âmbito do qual – sobretudo quando estão em causa normas processuais penais – não há lugar ao recurso privado, como já dissemos.

Essa possibilidade de recurso por parte dos indivíduos que se considerem vítimas da violação de um direito da CEDH prende-se com o facto de o objetivo da Convenção ser o de assegurar que a proteção dos direitos fundamentais que proclama seja respeitada pelos Estados Partes nas suas diversas articulações, incluindo, em primeiro lugar, os poderes legislativo e judicial, no quadro dos seus sistemas jurídicos²⁰. A esse respeito, o sistema da CEDH difere do sistema da UE, em que o Tribunal de Justiça efetua um controlo interno, uma vez que diz respeito ao próprio sistema jurídico da UE.

A única exceção à obrigação prevista no Artigo 1 da CEDH de os Estados Partes reconhecerem “a qualquer pessoa sujeita à sua jurisdição os direitos e liberdades”²¹ garantidos pela Convenção está prevista no Artigo 15 da CEDH, numa dimensão de absoluta excecionalidade, para o caso de “guerra ou outro perigo público que ameace a vida da nação”. Nesse caso, “cada Alta Parte Contratante é autorizada a tomar medidas em derrogação das obrigações que lhe incumbem por força da Convenção”²², “na estrita medida em que a situação o exija e desde que não estejam em contradição com as outras obrigações que lhe incumbem por força do direito internacional”²³, mantendo sempre o Secretário-Geral do Conselho da Europa “plenamente informado” das medidas adoptadas, dos motivos que as justificam e da data em que cessarão.

19 V. R. E. Kistoris, *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, 2022.

20 Cf. S. Bartole e altri, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, Padova, 2001.

21 (tradução livre).

22 (tradução livre).

23 (tradução livre).

Para além do texto da Convenção, os Protocolos Adicionais fazem parte integrante da CEDH, um e outro também “tal como interpretados” pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. De facto, o Artigo 32 da CEDH atribuiu a esse órgão a função de intérprete “oficial” da Convenção. E o facto de o Tribunal Europeu garantir uma “uniformidade definitiva de aplicação” através da sua interpretação centralizada da CEDH, confere a esta última – como o nosso Tribunal Constitucional teve ocasião de sublinhar – uma “relevância [...] certamente diferente da generalidade dos acordos internacionais, cuja interpretação continua a ser da responsabilidade das partes contratantes”²⁴.

O Tribunal é composto por um número de juízes igual ao número de Estados Partes na Convenção (Altas Partes Contratantes) (Artigo 20 da CEDH), cada um dos quais representa o seu Estado e é eleito pela Assembleia Parlamentar (Artigo 22 da CEDH). O Tribunal é composto por um juiz singular, um comité, uma câmara e uma grande câmara. O juiz singular é o único responsável pelo exame da admissibilidade do recurso individual que, se não for aceite, deve conter uma fundamentação que (ver comunicado oficial de 1 de junho de 2017) deve ser comunicada ao recorrente. Os comités também podem examinar a admissibilidade do recurso, mas também podem decidir sobre o seu mérito, desde que o façam por unanimidade e que exista jurisprudência estabelecida do Tribunal (Artigo 28 da CEDH). Por último, se um recurso não for rejeitado pelo juiz singular ou examinado por um comité, a câmara é competente para decidir sobre a sua admissibilidade e o seu mérito (Artigo 29 da CEDH)²⁵. Por seu lado, a Grande Secção intervém, nomeadamente, quando uma secção rejeita um processo (Artigo 30 da CEDH), se o processo suscitar problemas graves de interpretação da CEDH, ou se for suscetível de conduzir a interpretações diferentes dos precedentes do Tribunal (Artigo 31 da CEDH)²⁶.

Como é notório, embora tenha a sua sede em Estrasburgo, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não faz parte da União Europeia. Também não deve ser confundido com o Tribunal de Justiça da União Europeia, com sede no Luxemburgo, que, por outro lado, é uma instituição efetiva da União Europeia, cuja competência é, aliás, de natureza totalmente diferente, tratando da aplicação

24 (tradução livre). Acórdão n. 349/2007.

25 Para uma reconstrução crítica ainda atual, cf. V. Manes, *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike giurídica, 2012.

26 Cf. S. Bartole e altri, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky, Padova, 2012.

do direito comunitário na interpretação e execução dos tratados fundadores da União.

O Tribunal de Estrasburgo é o juiz internacional, instituído pela Convenção Europeia, chamado a pronunciar-se sobre a violação específica da própria Convenção ocorrida num determinado facto processual (o chamado “juiz do caso concreto”). A violação individual verificada pode ser consequência tanto do comportamento das autoridades nacionais responsáveis pela ação penal como da incompatibilidade estrutural da legislação nacional com a Convenção, tal como interpretada pelo próprio Tribunal Europeu²⁷.

O Tribunal é composto, conforme dito acima, por tantos juizes quantos os Estados Partes na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, eleitos pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa entre os três candidatos propostos por cada Estado para um mandato de nove anos não renovável (o Protocolo n. 14 entrou em vigor em 1 de junho de 2010). Os juizes elegem entre si um Presidente e dois Vice-Presidentes, que cumprem mandatos de três anos e podem ser reeleitos.

O Tribunal está dividido em cinco secções, compostas tendo em conta o equilíbrio geográfico e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros. No seio de cada secção existem comités de três juizes por um período de doze meses, cuja missão é examinar preliminarmente as questões submetidas ao Tribunal.

Com a introdução do Protocolo n. 14, foi criado um “juiz único” no artigo 27, que pode declarar inadmissível um recurso ao abrigo do Artigo 34 da CEDH (recursos individuais) e retirá-lo do registo quando a decisão puder ser tomada sem mais exames; a decisão do juiz único é definitiva. A alteração introduzida por este artigo tem por objetivo simplificar os procedimentos (anteriormente, mesmo um recurso manifestamente infundado tinha de ser apresentado ao comité de três juizes, que era o único a poder decidir sobre a sua admissibilidade). Se o juiz singular decidir não rejeitar o recurso, envia-o ao Comité. Para além disso, existem secções dentro de cada secção, compostas por sete juizes, que resolvem normalmente os processos apresentados ao Tribunal. A Grande Secção, composta pelo Presidente do Tribunal, pelos Vice-Presidentes e por catorze outros juizes, num total de dezessete membros, examina os processos mais complexos.

Passando a ilustrar o funcionamento do Tribunal e do sistema de proteção dos direitos humanos em geral, as principais disposições de natureza processual figuram no Título II do texto da Convenção²⁸.

27 Ver V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, cit. p. 79 s.

28 Ver G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2009.

Atualmente, o procedimento pode começar com um recurso “individual”, “admissível”, de acordo com os requisitos dos Artigos 34 e 35 da CEDH, ou “interestatal”, de acordo com os parâmetros do Artigo 33 da CEDH.

O Artigo 13 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem fala de um “recurso efetivo”. A esse respeito, convém esclarecer que o termo “recurso” não deve ser entendido aqui como “recurso contra uma decisão judicial”, mas tem um significado mais geral, que visa descrever um procedimento através do qual uma pessoa pode dirigir-se a uma autoridade, designada para o efeito pela ordem, para se queixar da violação dos seus direitos e obter – se a violação for efetivamente verificada – um recurso. Enquanto a redação francesa da Convenção fala de “recours”, a redação inglesa utiliza o termo “remedy”, o que, por um lado, é mais amplo e não induz a considerar o “recourse” como uma instância posterior a uma primeira decisão e, por outro lado, sublinha muito bem a exigência de que, no caso de a autoridade a que se recorreu verificar a existência da violação, deve ser prevista uma solução adequada.

A jurisprudência é unânime em considerar que a noção de “recurso” não abrange os procedimentos em que não se faz valer um direito, mas se procura obter um favor discricionário das autoridades, como, por exemplo, nos atos de clemência, indulto ou perdão. Pode também dizer-se que o conceito de “recurso” abrange não só os recursos perante os tribunais, mas qualquer recurso que, nos termos do direito nacional, possa conduzir a uma decisão vinculativa para as autoridades estatais²⁹.

Analisemos brevemente os dois tipos de recurso em concreto. O direito de recurso do Estado previsto no Artigo 33 da CEDH representa historicamente a primeira afirmação de uma ordem pública de direitos humanos que une os diferentes sistemas jurídicos nacionais. Com efeito, um Estado que recorre a esse direito não actua para proteger os seus próprios direitos, mas para submeter uma questão relativa ao respeito da ordem pública europeia, acima referida, à apreciação dos órgãos da Convenção.

Por outro lado, com o direito de recurso individual, é reconhecido ao indivíduo um direito de ação preciso. Enquanto o recurso de Estado continua a ser um ato de natureza marcadamente política, devido às implicações que pode ter nas relações entre Estados, o recurso individual é o elemento essencial que assegura o funcionamento eficaz do sistema de proteção europeu, tendo em conta o objetivo para o qual foi criado: proteger os direitos humanos, desenvolvendo simultaneamente um direito europeu comum.

29 Tribunal Europeu, 30 de agosto de 1958, Lawless contra Irlanda.

No que se refere ao recurso individual, devem ser feitas alguns esclarecimentos. Só a pessoa que sustenta ter sido pessoalmente lesada pela alegada violação pode afirmar ser “vítima” da mesma. Não existe, portanto, a possibilidade de propor uma *actio popularis*.

O Protocolo n. 11 introduziu então a possibilidade de acesso imediato do indivíduo ao tribunal propriamente dito. É importante notar, contudo, que as condições de admissibilidade não se alteraram. Para além da condição de “esgotamento prévio das vias internas de recurso”³⁰, podem ser identificadas as seguintes condições: a observância do prazo de seis meses a contar da decisão interna definitiva; a inexistência de manifesta falta de fundamento do recurso; a inexistência de incompatibilidade *ratione materiae*, que ocorre quando o objeto do recurso não se enquadra nas matérias da competência do Tribunal, dentro dos limites definidos pela sua jurisprudência; a ausência de incompatibilidade *ratione personae*, que ocorre quando a ação é proposta contra um Estado que não ratificou a Convenção, ou que não é responsável pela situação denunciada, ou quando é proposta por uma pessoa diferente da vítima da alegada violação, ou em relação a uma situação abstrata, ou contra um particular; e a ausência de incompatibilidade *ratione temporis*, que ocorre quando a ação se refere a factos ocorridos antes da entrada em vigor da Convenção em relação ao Estado demandado. Além disso, o recurso não deve ser idêntico a outro precedente já decidido pelo Tribunal ou já submetido a outro organismo internacional que exerça funções judiciais ou de investigação e, também, não pode ser anônimo.

Sendo certo que *a interpretação do Tribunal Europeu é vinculativa em relação ao caso concreto decidido*, como decorre inequivocamente do Artigo 46 da CEDH, que obriga os Estados contratantes a respeitá-la “nos litígios em que sejam partes”, que efeito tem fora desse domínio? Esta questão é objeto de um vivo debate na Europa. Para abordá-la corretamente, convém fazer algumas precisões.

Em primeiro lugar, não se deve esquecer que o Tribunal Europeu das Comunidades Europeias se caracteriza por alguns aspectos peculiares que o distinguem do seu “primo” Tribunal de Justiça da União Europeia. Com efeito, não só se dirige a uma pluralidade de Estados e de sistemas jurídicos diferentes, com os quais mantém uma relação direta, sendo chamado a avaliar se os direitos convencionais foram respeitados no contexto específico de cada um deles³¹, tendo

30 (tradução livre).

31 Cf. G. De Francesco, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, em <www.legislazionepenale.eu>, 24.7.2015; último acesso: 25 de julho de 2023.

em conta as peculiaridades que cada um deles apresenta, mas sobretudo faz essa avaliação com referência a um caso judicial concreto.

Isso implica que o Tribunal Europeu não se apresenta, em princípio, como um juiz de leis, mas como um juiz de casos concretos que lhe são submetidos³². Por conseguinte, as suas decisões são o resultado da conjugação de enunciados de princípio e de ponderações ligadas às especificidades não só do sistema em causa, mas sobretudo do caso judicial concreto, o qual, além disso, avalia na sua “globalidade”, ou seja, tendo em conta todos os elementos em jogo. Configura em um tipo de julgamento casuístico-factual em que o critério do “prejuízo efetivo” sofrido pelo requerente adquire importância; de tal modo que a “desvantagem significativa” se torna hoje mesmo uma condição de admissibilidade de um recurso para o Tribunal Europeu na nova redação do Artigo 35 da CEDH, com a modificação que lhe foi dada pelo Protocolo n. 14.

O emblema dessa abordagem é, em particular, representado pelo julgamento da equidade processual (Artigo 6 da CEDH), onde, tendo em mente o objetivo de assegurar “garantias concretas e efetivas, e não teóricas e ilusórias”, de acordo com uma expressão recorrente na sua linguagem³³, o Tribunal, no seu trabalho de ponderação *in concreto*, atua também segundo uma lógica “compensatória”, podendo, por exemplo, considerar justo um julgamento mesmo na presença de violações processuais que considere terem sido “compensadas” por outras vantagens para o arguido, ou em face de particularidades específicas do caso e, pelo contrário, injusto um julgamento em que o arguido tenha sofrido um prejuízo concreto, mesmo na ausência de violações formais. Nesse aspeto, o Tribunal Europeu distingue-se claramente do Tribunal de Justiça, que, especialmente no caso de um reenvio prejudicial, é chamado a interpretar o direito da União em abstrato³⁴.

Um momento de importância fulcral na economia do direito europeu³⁵ e com particular referência ao tema do processo penal, diz respeito à proteção dos direitos fundamentais.

32 Cf. A. D'Aloia, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione* multilevel, em *DUE*, 2014, p. 1 s.

33 Tribunal Europeu 9.10.1979, *Sirey v. Irlanda*; Id, 7/7/2015, *Cestaro v. Itália*.

34 Para um aprofundamento., querendo, cf. B. Capparelli, *L'attuazione dell'ordine d'indagine europeo nell'ordinamento italiano*, em Laura Zúñiga Rodríguez; Julio Ballesteros Sánchez (org.), *Criminalidad organizada transnacional, una amenaza a los Estados democráticos - Universidad de Salamanca*, 2021, Tirant, p. 268 s.

35 Sobre este específico tema, Ver B. Capparelli, *Tutela dell'interesse finanziario europeo e processo penale interno*, em M. Romero Pradas (org.), *Integración europea y justicia penal: nuevos postulados, retos y desafíos de la cooperación judicial en la Unión Europea - Homenaje a la profesora Dra. Da Ma Isabel González Cano (Universidad de Sevilla)*, 2021, Tirant, p. 35 s.

Com efeito, tem-se defendido que o pluralismo das fontes europeias em matéria penal e a sua intersecção deve-se sobretudo a dois fatores: a internacionalização da regulação económica e a evolução dos direitos fundamentais. Por detrás desses dois polos de referência estão, por sua vez, as duas grandes ordens jurídicas transnacionais que coabitaram no continente europeu: a CEDH, que surgiu precisamente com o objetivo institucional de garantir a observância dos direitos fundamentais pelos Estados na sua esfera interna – obra que teve um dos seus fulcros precisamente no processo penal – e a União Europeia, que se agregou inicialmente em torno da regulação transnacional dos mercados, mas que depois foi progressivamente utilizando o direito penal e o processo penal como instrumentos de proteção dessa disciplina e os direitos fundamentais como limite e fundamento da sua atividade. Os direitos fundamentais tornam-se, nesta perspectiva, uma base comum entre a União e a CEDH no plano da justiça penal, inevitavelmente exposta à osmose e à contaminação mútua. Para a União, apresentam-se como um formidável instrumento de integração ao serem reconhecidos como princípios gerais do direito comunitário. O processo de “constitucionalização europeia” encontra neles o seu pilar fundador.

Os direitos fundamentais constituem, por conseguinte, um perfil indispensável para a análise do nosso objeto de estudo.

São muitas as fontes envolvidas nessa proteção. No contexto pós-Lisboa, trata-se:

- a) das ordens jurídicas nacionais e das Constituições nacionais;
- b) da CEDH;
- c) do direito primário da União: TUE (Artigo 6) e Carta de Nice;
- d) do direito derivado da União (Artigo 82, 2, alíneas b) e c), do TFUE);
- e) das disposições dos tratados internacionais (por exemplo, a Convenção de Palermo das Nações Unidas contra a criminalidade organizada, de 2000: Artigo 11, n. 3).

A esse quadro normativo, já de si muito variado, deve acrescentar-se o contributo – fundamental neste domínio, porque é o próprio motor da construção dos direitos fundamentais na Europa, mas que acrescenta também outros vastos espaços de complexidade – da jurisprudência. Desde logo, a do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça da União Europeia, mas também a dos tribunais nacionais e dos tribunais constitucionais nacionais.

A esse respeito, fala-se de uma proteção multinível dos direitos fundamentais, no sentido de que cada uma das componentes referidas visa proteger esses direitos, embora em âmbitos, formas e procedimentos diferentes e com resultados diferentes, quer do ponto de vista do lesado, quer do ponto de vista do sistema – ou dos sistemas – considerado. Trata-se de uma proteção multinível que tem conotações profundamente diferentes daquelas a que nos habituou a abordagem

tradicional, que vê na Constituição do Estado o único centro de irradiação da proteção dos direitos fundamentais.

A proteção multinível dos direitos fundamentais é, pois, o complexo de institutos de várias matrizes, normativas e jurisprudenciais, mediante os quais se articulam as várias competências e relações entre jurisdições nacionais e supranacionais, perante as quais é possível fazer valer a proteção dos direitos fundamentais.

É evidente que, nesse contexto, a entrada em vigor do Tratado de Lisboa e o reconhecimento da Carta de Nice como documento vinculativo para a proteção dos direitos fundamentais são fatores de importância central, tal como o passo ulterior representado pela adesão da União à CEDH pode ser central no caminho da integração constitucional europeia.

Ambos os aspectos têm um forte impacto potencial no processo penal, tanto do ponto de vista da aproximação das legislações nacionais, que não pode ignorar o respeito pelos direitos fundamentais, como do ponto de vista da cooperação judiciária, que está muito mais desenvolvida do que a harmonização, mas que durante muito tempo foi predominantemente repressiva, com lacunas consideráveis no domínio dos direitos fundamentais. O respeito pelos direitos fundamentais será também um ponto de referência indispensável para a atividade do Procurador Europeu³⁶.

Bologna-São Paulo, 21 de novembro de 2023

36 Cf. Artigos 5 e 41 do Regulamento 2017/1939/EU.

INTRODUÇÃO À EDIÇÃO ITALIANA

O PAPEL DO DISSENSO E DO CONSENSO NAS “OPINIÕES SEPARADAS” NAS SENTENÇAS E NOS PARECERES DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

ANDREA SACCUCCI

I. O REGIME DAS “OPINIÕES SEPARADAS” E DAS “DECLARAÇÕES DE DISSIDÊNCIA” NO SISTEMA DA CEDH

O instituto – de matriz tipicamente anglo-saxã – das “opiniões separadas”³⁷ dos juízes é, há muito, objeto de atenção por parte da doutrina também no contexto específico da justiça internacional³⁸, onde isso se manifestou de modo particularmente difuso a partir do início do século passado em correspondência com a multiplicação dos mecanismos institucionalizados de resolução judiciária das controvérsias internacionais.

De fato, a extragrande maioria dos instrumentos institutivos dos tribunais internacionais, sejam permanentes ou constituídos *ad hoc*, contemplam a faculdade para os juízes que lhe compõem de exprimir separadamente a própria opinião de mérito na *res judicanda*, seja no sentido deforme (dissidente) seja em sentido conforme (concordante) a respeito da decisão assumida colegiadamente e na relativa motivação³⁹.

37 Na literatura e na praxe, as “opiniões separadas” são comumente definidas também como “opiniões individuais”. Todavia, a expressão prevalentemente utilizada a nível normativo é aquela de “opiniões separadas”, e isso presumivelmente a fim de diluir sobre o plano terminológico a conotação “individualista” da posição expressa pelo juiz singular.

38 Entre os contributos mais relevantes se podem citar: DUMBAULD, Edward. Dissenting opinions in international adjudication. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 90, n. 8, 1942, p. 929 e ss.; SERENI, Angelo Piero. Les opinions individuelles et divergentes des juges des tribunaux internationaux. *Revue Générale de Droit International Public*, v. 68, n. 4, pp. 819-857, 1964, p. 854 e ss.; ANAND, Ram Prakash. The role of individual and dissenting opinions in international adjudication. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 14, n. 3, pp. 788-808, 1965, p. 805; COSTA, Jean-Paul. Les opinions séparées des juges: est-ce une bonne institution dans une juridiction internationale?. In: KATUOKA, Saulius. (Org.). *Law in the Changing Europe*. Liber Amicorum Pranas Kūris. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2008, p. 111 e ss.; MALENOVSKY, Jiří. Les opinions séparées et leurs répercussions sur l'indépendance du juge international. *Anuario Colombiano de Derecho Constitucional*, v. 3, pp. 27-70, 2010; RIGAUX, François. Opinions divergentes, opinions séparées et opinions convergentes: l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire. In: CLOSSET-MARCHAL, Gilberte; LEDOUX, Jean-Luc; PANIÉR, Christian; DROOGHENBROECK, Jean-François van; VERDUSSEN, Marc. *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 573-589.

39 A faculdade dos juízes de exprimir a própria opinião separada é prevista, por exemplo, no Artigo 57 do Estatuto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional; no Artigo 30, § 3º, do Estatuto do Tribunal Internacional do Direito do Mar; no Artigo 66, § 2º, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos; no Artigo 28, § 7º, do Protocolo institutivo da Corte africana dos direitos humanos e dos povos; no Artigo 48, § 4º, da Convenção do Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID); no Artigo 23, § 2º, do Estatuto do Tribunal Penal internacional para a antiga Iugoslávia; no Artigo 22 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda; no Artigo 83, § 4º, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Análoga faculdade é também geralmente prevista para as instâncias quase judiciária de proteção dos direitos humanos tais quais, por exemplo, o Comitê de Direitos Humanos instituído no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (cf. Artigo 103 do Regulamento de processo do Comitê de Direitos Humanos) e a Comissão Interamericana de Di-

A esta praxe generalizada – que alguns não deixaram de classificar como uma verdadeira norma consuetudinária de direito internacional⁴⁰ – não faz exceção nem mesmo a Convenção Europeia de Direitos Humanos (doravante “CEDH”), a qual estabelece que, onde a sentença do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não exprima “no todo ou em parte” a opinião unânime dos juízes, “cada juiz terá direito de juntar a exposição da sua opinião individual”⁴¹.

Tal previsão – originalmente contida, para o Tribunal Europeu, no Artigo 51, § 2º, da CEDH⁴² e, em seguida, transfundido no Artigo 45, § 2º, da CEDH, seguido das modificações aportadas no Protocolo n. 11⁴³ – reproduz quase literalmente aquela do Artigo 57 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (por sua vez idêntico ao art. 57 do Estatuto do Tribunal

Permanente de Justiça Internacional)⁴⁴.

A mesma previsão foi também incluída em ambos os Artigo 3, § 3º, do Protocolo n. 2 da CEDH de 1963, que conferiu ao Tribunal Europeu a competência de emitir pareceres consultivos a pedido do Comitê de Ministros (e posteriormente transfundidos para o artigo 49, § 2º, da CEDH, como resultado das

reitos Humanos (cf. Artigo 50, § 1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos). Entre os poucos exemplos de tribunais internacionais aos quais juízes não são autorizados a exprimir a própria opinião separada se podem citar o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal de Justiça da Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental.

- 40 Em particular, segundo Jiří Malenovsky (**Les opinions séparées**, p. 27 e ss. e especialmente nas p. 53-54), a praxe dos tribunais internacionais demonstraria a existência de uma regra (permissiva) de direito internacional geral que permitiria em cada caso a publicação de opiniões separadas dos juízes na ausência de uma previsão contrária (proibitiva) contida no tratado constitutivo da jurisdição internacional. Contra: SERENI, A. P. **Les opinions individuelles**, p. 844-845, segundo o qual, ao invés, o juiz internacional não desfrutaria de um “poder intrínseco” de apor uma opinião separada.
- 41 A tradução não oficial da CEDH para o italiano pelo Conselho da Europa e também aquela publicada no Diário Oficial [*Gazzetta Ufficiale*] em anexo à lei de autorização de ratificação utilizam, ambas, a expressão “opinião individual”. Na realidade, tanto a versão oficial em língua inglesa, quanto aquela em língua francesa, utilizam a expressão “opinião separada” (“*separate opinion*”, “*opinion séparée*”). Este é o resultado de uma escolha editorial precisa feita pelo Comitê de Peritos Governamentais que, no texto preliminar da Convenção aprovada em fevereiro de 1950, modificou para “opinião separada” a expressão “opinião individual” contida na proposta formulada pelo delegado da Grécia (cf. *Preliminary Draft Convention for the Maintenance and Further Realisation of Human Rights and Fundamental Freedoms*, de 15 de fevereiro de 1950, Documento A 833, **Travaux Préparatoires**, III, p. 236 ss., Artigo 37; **Appendix to the Report of the Committee of Experts on Human Rights: Draft Convention of Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**, 16 de março de 1950, Documento C/WP 1 (50) 15 appendix, CM/WP 1 (50) 14 revisado, A 925, **Travaux Préparatoires**, IV p. 50 ss., especialmente, p. 74, Artigo. 40 (44)).
- 42 Uma previsão análoga era prevista também para os membros da hoje extinta Comissão Europeia dos Direitos do Homem a qual, nos termos do Artigo 31, § 1º, da CEDH, nos termos vigentes antes da reforma do Protocolo n. 11, podiam exprimir a própria “opinião separada” nos relatórios que contivessem as decisões sobre o mérito dos recursos. Sobre a relativa prática, cf. TRECHSEL, Stefan. Article 31. In: PETTITI, Louis-Edmond DECAUX, Emmanuel; IMBERT, Pierre-Henri. (Dir.) **La convention européenne des droits de l’homme**: commentaire article par article. 2. ed. Bruxelas: Economica, 1999, p. 691 ss., Espec. pp. 694-695.
- 43 O Protocolo n. 11 transfundiu o prevergente art. 51 no novo Artigo 45, acrescentando a rubrica “Motivação das sentenças e das decisões”. No entanto, enquanto a disposição do § 2º relativa às opiniões separadas se manteve inalterada, a do § 1 relativa à motivação dos pronunciamentos do Tribunal sofreu uma alteração significativa, referindo-se hoje também às “decisões” e não mais apenas às “sentenças” do Tribunal. A falta de coordenação entre os dois parágrafos do Artigo 45 da CEDH, embora não pareça ser o resultado de uma escolha precisa dos redatores da reforma, teve o efeito de excluir a possibilidade de os juízes exprimirem a própria opinião separada nas decisões motivadas de inadmissibilidade. Sobre esse ponto se retornará *amplius* no item 4.
- 44 Sobre a evolução e a atual disciplina do regime das opiniões separadas nas sentenças da Corte Internacional de Justiça, ver, entre outros: HAMBRO, E. Dissenting and Individual Opinions in the International Court of Justice. **Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht e Völkerrecht**, v. 17, pp. 229-248, 1956/1957, p. 229 e seguintes; MANOUVEL, M. **Les Opinions séparées à la Cour Internationale - Um instrumento de contrôle du Droit international prétorien par les Etats**. Paris: L’Harmattan, 2005.

alterações feitas pelo Protocolo n. 11⁴⁵), quanto ao Artigo 4º, § 2º, do Protocolo n. 16 da CEDH de 2013, que atribuiu ao Tribunal Europeu uma nova competência para emitir pareceres consultivos relativos à interpretação da CEDH e dos seus Protocolos a pedido das mais altas jurisdições nacionais.

O Artigo 74, § 2º, do Regulamento de processo do Tribunal prevê que “qualquer juiz que tenha participado do exame de um caso por uma Câmara ou pela Grande Câmara tem o direito de juntar à sentença seja uma opinião separada, concordante ou dissidente a respeito de tal sentença, seja uma mera declaração de dissenso”. Análoga disposição é contida no Artigo 88, § 2º, do Regulamento para os pareceres consultivos emitidos nos termos do Artigo 47 da CEDH (e para as relativas decisões motivadas de inadmissibilidade) e no Artigo 94, § 8º, do Regulamento para os pareceres consultivos emitidos nos termos do Protocolo n. 16 (mas não também para as decisões motivadas de inadmissibilidade⁴⁶).

Tais previsões regulamentares não se limitam a esclarecer que a opinião separada dos juízes não deve necessariamente exprimir uma posição divergente daquela da maioria, podendo também confirmar no todo ou em parte, com diversa ou mais articulada motivação, a solução decisória colegiada (seja unânime ou maioritária)⁴⁷; mas contemplam também a possibilidade de o juiz formular uma “mera declaração de dissidência” sem fundamentação⁴⁸, que é alguma coisa ontologicamente diferente de uma “opinião separada” e que persegue unicamente

45 As disposições do Protocolo n. 2, que já constituíam parte integrante da CEDH a partir da data de entrada em vigor da mesma (21 de setembro de 1970), foram sucessivamente inseridas no texto da Convenção por meio do Protocolo n. 11 com efeitos a partir de 1 de Novembro de 1998 (ver artigos 47 a 49 da CEDH).

46 É difícil hipotetizar qual possa ter sido a razão que induziu o Tribunal a não prever expressamente a faculdade de juntar opiniões separadas às decisões de inadmissibilidade dos pedidos de pareceres consultivos adotados pelo Colégio de cinco juízes nos termos do Protocolo n. 16, embora havendo este último expressamente exigido, no Artigo 2, § 1º, a obrigação de motivar tais decisões. Sem prejuízo do que se verá dito a seguir relativamente à possibilidade de uma interpretação extensiva ou análoga das normas convencionais relativas às opiniões separadas, se deve, de qualquer modo, observar como a Grande Câmara, em sede de adoção do parecer, pode considerar que um ou mais quesitos não satisfazem os requisitos estabelecidos no Protocolo n. 16, não obstante a precedente decisão de admissibilidade assumida pelo Colégio de cinco juízes (neste sentido, cf. TEDH. **Parecer consultivo concernente ao uso da técnica da “legislação por referência” para a definição de um crime e os critérios aplicáveis para comparar a lei penal vigente no momento da comissão do crime e a lei penal modificada**, P16-2019-001, 10 de abril de 2019, § 47 e §§ 52-56). Em tal hipótese, os juízes poderão, portanto, juntar ao parecer uma opinião separada para exprimir o próprio dissenso ou consenso também a respeito da considerada inadmissibilidade dos quesitos, analogamente ao que se verifica já na praxe para as decisões de inadmissibilidade dos recursos individuais contidos na sentença (cf. item 4 *infra*).

47 Sobre as diversas tipologias de opiniões separadas e sobre a peculiar função das opiniões concordantes a respeito daquelas divergentes veja-se o item 2 *infra*.

48 Também esta previsão – já presente nas versões anteriores do Regulamento do Tribunal – parece ter sido inspirada naquela contida no Artigo 95, § 2º, do Regulamento do Tribunal Internacional de Justiça, no sentido de que “um juiz que deseje registrar a sua concordância ou dissidência sem apresentar suas razões pode fazer isso na forma de uma declaração”. Todavia, embora esta última disposição permita também a formulação de declarações de “mera concordância”, as normas regulamentares do Tribunal Europeu contemplam unicamente a declaração de “mero dissenso”. Na época do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, a possibilidade de formular um mero dissenso não estava originalmente prevista de maneira expressa, mas se foi, rapidamente, afirmada na prática, sendo assim, finalmente, recebida no Regulamento de processo. Tal escolha não foi, contudo, unanimemente partilhada. O juiz Sir Cecil Hurst, em particular, havia proposto a obrigar cada juiz divergente a motivar o próprio dissenso (cf. P.C.I.J., Ser. D, n. 2, II Addendum, 1926, p. 204, e III Addendum, 1936, p. 671), e o mesmo juiz Anzilotti havia expressado sua oposição à praxe de permitir declarações não motivadas de mera dissidência (*ibid.*, p. 325).

a função de tornar (re)conhecível *ab externo* o voto do juiz dissidente de outro modo destinado a permanecer “anônimo”⁴⁹.

Com base nas disposições convencionais e regulamentares acima mencionadas, os juízes do Tribunal europeu, portanto, gozam – como os seus homólogos do Corte Interamericana e do Tribunal Africano⁵⁰ – de uma ampla faculdade de exprimir a própria opinião motivada divergente ou concordantes ou de tornar público o próprio voto contrário seja no exercício das funções contenciosas em matéria de recursos individuais e interestatais nos termos dos Artigos. 33 e 34 da CEDH seja no exercício das suas funções consultivas nos termos do Artigo 47 da CEDH ou do Protocolo n. 16.

Tal faculdade não é, todavia, ilimitada.

Em primeiro lugar, uma vez que o Artigo 45, § 2º, da CEDH menciona literalmente apenas as “sentenças”, o Tribunal tem até hoje excluído a possibilidade de anexar opiniões separadas (ou declarações de mero dissenso) nas “decisões”, e isto é a todos aqueles provimentos jurisdicionais que definem “*in rito*” o relativo procedimento, declarando a inadmissibilidade do recurso ou arquivamento⁵¹ (por exemplo, para composição amigável da controvérsia ou por carência superveniente de interesse ou por resolução do subjacente problema sistémico)⁵². Esta limitação se funda exclusivamente sobre a natureza formal do provimento a prescindir do seu conteúdo decisório e da fase processual em que esse vem adotado, de modo que, por exemplo, as opiniões separadas podem ser expressas também

49 Também no sistema da CEDH (como acontece para as outras instâncias da justiça internacional), a sentença reporta somente os nomes dos juízes que fizeram parte do colégio judicante e – no caso de decisões não unânimes – o número de juízes que fizeram parte da maioria e da minoria (cf. Artigo 74, § 1º, “a” e “k”, do Regulamento do Tribunal), mas não os nomes dos juízes que votaram a favor ou contra a decisão da maioria, e isso precisamente com o objetivo de proteger a liberdade dos juízes singulares de decidirem se devem expressar publicamente o seu voto a favor ou contra por meio de uma opinião separada ou de uma declaração de discordância. No passado, a questão tinha sido discutida em sede de modificação do Regulamento de processo do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, quando os juízes Moore, Finlay e Anzillotti haviam proposto publicar na sentença os nomes de todos os juízes eventualmente divergentes, prescindindo da sua decisão de anexar uma opinião separada (cf. P.C.I.J., Ser. D, n. 2, Addendum, 1926, p. 272). Tal proposta não foi seguida porque prevaleceu a ideia de que os juízes teriam um “direito” e não uma “obrigação” de tornar conhecida a sua discordância, mas foi, no entanto, previsto incluir na decisão o número dos juízes constituintes da maioria (cf. DUMBAULD, Edward. **Dissenting Opinions in International Adjudication**, ob. cit., p. 944), regra então constantemente aplicada também pelo Tribunal Internacional de Justiça.

50 Cf., respectivamente, os Artigos. 65, § 2º, e 75, § 3º, do Regulamento de processo da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Artigos 70 e 86, § 1º, do Regulamento de processo do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos. Entre estudos mais recentes sobre a prática das duas Cortes regionais relativa as opiniões separadas, veja-se: RESENDE, Ranieri L. *Deliberation and Decision-Making Process in the Inter-American Court of Human Rights: Do Individual Opinions Matter?*. **Northwestern Journal of Human Rights**, v. 17, n. 1, pp. 25-50, 2019, p. 25 e ss.; ONDO, Téléphore. *Les opinions séparées des juges à la Cour africaine des droits de l’homme et des peuples*. **Revue trimestrielle des droits de l’homme**, v. 57, n. 104, pp. 941-964, 2015, p. 941 e ss.

51 [N.T.] No original, *disponendone la radiazione dal ruolo*. O Artigo 39, 3, da Convenção trata da “resolução amigável” e consequente arquivamento do assunto. Na versão oficial em italiano, a expressão empregada é “*cancella il ricorso dal ruolo mediante una decisione*” e, na versão oficial em francês, “*ne l’affaire du rôle par une décision*”. Ao longo do livro encontra-se diversas vezes a expressão *radiazione dal ruolo*.

52 Cf. SCHABAS, William A. **The European Convention on Human Rights: A Commentary**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 859 ss.

nas decisões em matéria de admissibilidade ou arquivamento dos recursos, desde que essas sejam contidas em uma “sentença” e não em uma “decisão”⁵³.

Em segundo lugar, há algumas sentenças do Tribunal aos quais não é permitida, explícita ou implicitamente, a juntada de opiniões separadas. Trata-se, notadamente, das sentenças (definitivas) de mérito adotadas pelos Comitês de três juízes nos termos do Artigo 28, § 1º, “b”, da CEDH sobre recursos que podem ser decididos com base em “jurisprudência bem consolidada” (o chamado “WECL” – *Well-Established Case-Law* introduzida pelo Protocolo n. 14) e das pronúncias sobre interpretação de uma sentença com fins executivos emitida pelo Tribunal a pedido do Comitê dos ministros com base no novo procedimento previsto no Artigo 46, § 3º, da CEDH (assim como modificado pelo Protocolo n. 14)⁵⁴.

Quanto ao primeiro caso, ainda que o Regulamento do Tribunal não vete expressamente opiniões separadas nas sentenças dos Comitês, a regra da unanimidade – imposta pelo Artigo 28º, § 1º, da CEDH – exclui *a priori* que um dos juízes componentes do colégio possa exprimir um dissenso próprio (motivado ou simples), visto que tal dissenso comportaria a automática transferência do caso para uma Câmara⁵⁵. Não é claro, todavia, se a regra do voto unânime preclui também a possibilidade de anexar uma opinião separada concordante. Embora na ausência de precedentes, consideramos que a regra geral consagrada no Artigo 45, § 2º, da CEDH não autoriza o Tribunal a vetar aos juízes singulares a expressão separada do próprio consenso a tal tipologia de sentença e que, de consequência, a previsão regulamentar que limita apenas às sentenças de Câmara ou da Grande Câmara a anexação de opiniões separadas não pode ser interpretada em sentido autenticamente preclusivo⁵⁶.

53 A prática do Tribunal permitiu, de fato, a formulação de opiniões separadas relativas às decisões em matéria de admissibilidade incorporadas na sentença de mérito (cf., por exemplo, a opinião separada conjunta dos juízes Raimondi, Nussberger, De Gaetano, Keller, Mahoney, Kjølborg e O’Leary no TEDH, **Moreira Ferreira vs. Portugal** (n. 2) [GC], 19867/12, 11 de julho de 2017; as opiniões separadas dos juízes Keller, Dedov e Serghides no TEDH, **Navalnyy vs. Rússia**, 101/15, 17 de outubro de 2017; as opiniões separadas do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, **De Tommaso vs. Itália** [CG], 43395/09, 23 de fevereiro de 2018, e **Murtazaliyeva vs. Rússia** [CG], 36658/05, 18 de dezembro de 2018; bem como a opinião separada do juiz Wojtyczek no TEDH, **Nait-Liman vs. Suíça** [CG], 51357/07, 15 de março de 2018). Além disso, seguindo as modificações aportadas pelo Protocolo n. 14, o artº. 29 da CEDH estabelece que a decisão sobre a admissibilidade do recurso seja, em regra, adotada conjuntamente ao mérito, de modo que – salvo casos excepcionais – tal decisão é quase sempre contida em uma sentença. Também o arquivamento pode ser disposto com uma sentença e não por uma decisão (cf., por todos, TEDH, **Burmych e outros vs. Ucrânia** [GC], 46852/13 e outros, 12 de outubro de 2017). Os aspectos críticos desta prática são discutidos abaixo no item 4.

54 Sobre as novidades introduzidas pelo Protocolo n. 14, se for permitido, remetemos a: SACCUCCI, A. L’entrata in vigore del Protocollo n. 14 e le nuove regole procedurali per la sua applicazione. **Diritti umani e diritto Internazionale**, v. 4, n. 2, pp. 319-343, 2010, p. 319 e ss.

55 Cf. Artigo 53, § 6º, do Regulamento do Tribunal.

56 Ao estabelecer o conteúdo das sentenças do Tribunal, o Artigo. 74, § 1º, do Regulamento se refere expressamente também às sentenças dos Comitês proferidas nos termos do Artigo 28 da CEDH. Todavia, como vimos, o Artigo 74, § 2º, do Regulamento atribui a faculdade de opinião separada aos juízes singulares que tenham participado no exame de um caso por parte de uma Câmara ou da Grande Câmara (com exclusão, então, dos casos levados ao exame de um Comitê).

No segundo caso, o Artigo 98 do Regulamento estabelece expressamente que os juízes não podem formular opiniões separadas sobre pronúncias interpretativas emitidas pelo Tribunal nos termos do Artigo 46, § 3º, da CEDH. Trata-se da única disposição regulamentar autenticamente proibitiva (tanto é que, para evitar fricções com o teor textual do Artigo 45, § 2º, da CEDH, essa não fala, neste caso, formalmente de “sentença” mas de “decisão” ou “*ruling*”), cuja *ratio* é, provavelmente, encontrada na necessidade de evitar a expressão, por parte de juízes singulares, de opiniões dissidentes que poderiam enfraquecer a autoridade interpretativa da pronúncia aos olhos do Comitê dos Ministros e do Estado interessado, deixando permanecer – embora com uma intensidade “minoritária” – aquelas “dúvidas” para desfazer as quais tal pronúncia foi solicitada⁵⁷.

Em terceiro lugar, a formulação de uma opinião divergente ou concordante é implicitamente excluída por todas aquelas decisões do Tribunal que, independentemente do seu conteúdo substancial ou meramente processual, são privadas de qualquer motivação, tais como, em particular, as decisões com as quais uma Câmara dispõe a remessa do caso à Grande Câmara nos termos do Artigo 30 da CEDH, as decisões do Colégio de cinco juízes da Grande Câmara relativas à admissibilidade de um pedido de remessa nos termos do Artigo 43 da CEDH, bem como as decisões (colegiadas) relativas à indicação de medidas cautelares nos termos do artigo 39 do Regulamento. Embora a total ausência de motivação de um provimento judiciário seja, *per se*, seriamente criticável, sobretudo quando esse seja idôneo a criar obrigações jurídicas para os destinatários, como no caso das medidas cautelares⁵⁸, além de ser de duvidosa a compatibilidade com a obrigação generalizada de motivação das “decisões”, consagrada no Artigo 45, § 1º CEDH⁵⁹, tal característica é evidentemente inconciliável com a expressão

57 Por outro lado, se deve também observar como uma tal exigência se deveria por, em princípio, também para os “pareceres” emitidos pelo Tribunal nos termos do Artigo 47 da CEDH ou do Protocolo n. 16, aos quais, todavia, a anexação de opiniões separadas é expressamente consentida, assim como para a sentença interpretativa emitida pelo Tribunal a requerimento das partes nos termos do Artigo 79 do Regulamento, as quais são sujeitas ao regime ordinário da sentença de Câmara conforme o Artigo 74 do Regulamento.

58 É muito significativo que os mesmos Estados contratantes tenham convidado o Tribunal Europeu “a considerar a apresentação de breves razões para suas decisões indicando medidas provisórias e decisões pelo seu Comitê de cinco juízes sobre recusa ou remessa de pedidos”. Cf. o Plano de ação anexo à Declaração de Bruxelas adotada em 27 de março de 2015 na Conferência de Alto Nível sobre “A atuação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a nossa responsabilidade partilhada”, § A.1 (d).

59 Vendo bem, a prática do Tribunal atenuou significativamente o alcance da inovação introduzida pelo Protocolo n. 11 com referência às próprias decisões de inadmissibilidade, que os redatores da reforma pretendiam inequivocamente sujeitar à obrigação de motivação, anteriormente prevista apenas para as sentenças. Como sabido, de fato, tal obrigação foi por muitos anos integralmente derrogada pelo Tribunal por decisões de inadmissibilidade adotadas por um Juiz único do Tribunal nos termos do Artigo 27º da CEDH (e, antes da reforma do Protocolo n. 14, para as adotadas por Comitês de três juízes), tendo o Regulamento estabelecido que essas poderiam ser objeto de uma mera comunicação informativa à parte corrente não indicando a exposição dos motivos da recusa. Somente a partir de 2019, aceitando o convite formulado pelos mesmos Estados contratantes, o Tribunal previu que as decisões de inadmissibilidade do Juiz único (bem aquelas dos Comitês para os quais o recurso seja eventualmente transmitido pelo Juiz único) devem conter uma “motivação sumária” (ver Artigo 52A do Regulamento), embora, na prática, isto se traduza mesmo em mera fórmula estereotipada que se limita a indicar o motivo de inadmissibilidade (por exemplo, a manifesta falta de fundamento das queixas) ou mesmo a afirmar genericamente que as condições de admissibilidade estabelecidas nos Artigos 34 e 35 da CEDH não foram respeitados. Restam, além disso, até hoje de todo privadas de motivações as decisões de inadmissibilidade adotadas pelo Presidente de Seção, em função de juiz único, no momento da comunicação do recurso ao Governo demandado para a abertura do contraditório sobre reclamações não

de qualquer opinião “motivada” de dissenso ou de consenso por parte dos juízes que tenham participado na deliberação (ainda que talvez fosse compatível com a mera indicação numérica dos votos contrários no caso de decisões por maioria).

2. TIPOLOGIAS E FUNÇÕES DAS OPINIÕES DIVERGENTES NAS SENTENÇAS E NOS PARECERES DA CORTE EUROPEIA

Os juízes do Tribunal Europeu – e, no passado, também os membros da Comissão Europeia – sempre fizeram uso largo da faculdade de formular uma opinião separada para expressar o seu dissenso ou mesmo consenso em relação à decisão tomada colegiadamente⁶⁰. Recentemente, pela primeira vez, tal faculdade foi também exercida (pelo juiz “nacional”) em relação ao segundo parecer consultivo emitido pelo Tribunal Europeu nos termos do Protocolo n. 16, a pedido do Tribunal Constitucional da Armênia, embora a fim de confirmar a solução interpretativa aceite por unanimidade pela Grande Câmara⁶¹.

Em linha geral, parece que, sobretudo a partir da entrada em vigor do Protocolo n. 11, a propensão dos juízes de formular opiniões separadas tem aumentado progressivamente em relação ao passado⁶² (graças também à obra particularmente prolífica de alguns juízes do Tribunal, primeiro de todos o juiz Pinto de Albuquerque a quem esta coletânea é dedicada) e que isso não é unicamente o efeito do aumento quantitativo do número de casos decididos pelo Tribunal ou da agudização das divergências dentro do Tribunal, mas antes de um desenvolvimento qualitativo das diversas funções que as opiniões separadas podem desempenhar de tempos em tempos.

consideradas manifestamente inadmissíveis, nada obstante a previsão da qual o Artigo 54, § 3º, do Regulamento (segundo a qual devem ser “sumariamente motivadas”).

- 60 Entre os contributos mais relevantes dedicados ao estudo das opiniões separadas no sistema da CEDH, vide: BRUNISMA, Fred J.; BLOIS, Mathijs de Blois. *Rules of Law from Estport to Wladiwostok: Separate Opinions in the European Court of Human Rights*. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 15, n. 2, pp. 175-186, 1997; WILDHABER, Luzius, *Opinions dissidentes et concordantes de juges individuels à la Cour européenne des droits de l'homme*. In: DUPUY, René-Jean. (Org.). *Droit et Justice: Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*. Paris: A. Pedone, 1999, p. 529 ss.; RIVIÈRE, Florence. *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*. Bruxelas: Bruylant, 2004; COSTA, Jean-Paul. *Les opinions séparées des juges*. ob. cit., p. 111 ss.; GARLICKI, Lech. *Note on Dissent in the European Court of Human Rights*. In: POST, Robert. (Ed.). *Global Constitutionalism: Constitutional Orders*. New Haven: Yale Law School, 2008, p. 1 ss.; WHITE, Robin C. A.; BOUSSIAKOU, Iris. *Separate opinions in the European Court of Human Rights*. *Human Rights Law Review*, v. 9, n. 1, pp. 37-60, 2009; Ziemele, Ineta. *Separate opinions at the European Court of Human Rights*. Volume 1 da coleção Riga Graduate School of Law Interdisciplinary Studies. Riga: Riga Graduate School of Law, 2017; KOVLER, Anatoly. *Opinions séparées des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et la création des “droits nouveaux”*. In: G. GONZALEZ, Gérard et al. (Ed.). *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre: Les droits de l'homme à la croisée des droits*. Paris: LexisNexis, 2018, p. 357; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; CARDAMONE, Daniela. *L'efficacia della dissenting opinion*. In: BUFFA, Francesco; CIVININI, Maria Giuliana. (Org.). *La Corte di Strasburgo: Gli Speciali della rivista “Questione Giustizia”*. Milão: Key, 2019, p. 148 ss.
- 61 Trata-se da opinião concordante do juiz *ad hoc* Sarvarian anexa ao Parecer consultivo concernente sobre o uso da técnica de legislação por referência, P16-2019-001, cit., do TEDH.
- 62 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto; CARDAMONE, Daniela. *L'efficacia della dissenting opinion*, cit., pp. 149-150, relata uma certa inversão de tendência no número de sentenças proferidas entre 2008 e 2018 que contém opiniões separadas. Todavia, tal dado numérico – que vem relacionado com a prevalência no Tribunal de cargos de maior autocontenção judicial (*judicial self-restraint*) – não parece realmente demonstrar uma menor propensão dos juizes para a formulação de opiniões separadas, a menos que se considere o relevante aumento quantitativo do número de sentenças proferidas no período em questão com relação ao passado.

Esse não constitui mais apenas o instrumento através do qual os juízes individuais tornam público (e, portanto, externamente cognoscível) seu voto contrário a respeito da solução decisória acolhida pela maioria, renunciando assim ao anonimato das deliberações⁶³, mas passaram a assumir, em medida sempre crescente, um papel de absoluta relevância na evolução da jurisprudência europeia, contribuindo para alimentar – tanto no plano convencional quanto no plano dos ordenamentos nacionais singulares – aquele “dinamismo interpretativo” que constitui um componente vital do sistema de proteção dos direitos humanos e do seu “instrumento vivente”. Um “dinamismo” que agora não se exaure na construção motivacional das decisões do Tribunal (cada vez mais caracterizadas por um estilo “por fórmulas”, bastante estereotipado), mas se nutre também das contribuições dos juízes individuais (sejam essas dirigidas a criticar ou, em vez disso, a confirmar decisão a que se vinculam, até no caso em que essa última seja adotada por unanimidade)⁶⁴, cuja onda sonora pode encontrar um eco na jurisprudência dos tribunais nacionais ativamente coenvolvidos no circuito interpretativo da CEDH⁶⁵.

A taxonomia das opiniões separadas que podem ser encontradas na prática judiciária do Tribunal é um tanto heterogênea e multiforme, de acordo com as finalidades diversas que essas perseguem e do modo como cada juiz interpreta seu próprio papel na instituição judiciária.

Para além das declarações de dissenso (que continuam a ser utilizadas, ainda que de forma conjunta, como mero instrumento de divulgação nominativa do voto contrário⁶⁶), podem ser identificadas as seguintes tipologias de opiniões

63 Tal função – que pode ser, por outro lado, desempenhada por uma declaração de “mero dissenso” – assumia uma particular (e não necessariamente positiva) relevância no período em que o mandato dos juízes era de seis anos com possibilidade de renovação (ou seja, anteriormente a modificação aportada pelo Protocolo n.14 que ampliou a duração do mandato para nove anos, tornando-o não renovável). Embora os estudos quantitativos sobre opiniões separadas no sistema da CEDH não tenham revelado um uso isolado de opiniões divergentes por “juízes nacionais” significativamente superior à média (cf. WHITE, Robin C. A.; BOUSSIAKOU, Iris. *Separate opinions in the European Court of Human Rights*, ob. cit., p. 49 e pp. 52-53, os quais constam, com surpresa, a relativa infrequência com que o juiz nacional é a única voz divergente), é evidente que a perspectiva de uma renovação do mandato poderia induzir o juiz nacional em exercício a “revelar” o seu voto contrário na esperança de obter a aprovação (ou, pelo menos, de não inimizar) o Governo do Estado que teria então de incluir o seu nome na lista de três candidatos a apresentar à Assembleia Parlamentar do Conselho Europeu. Não é por acaso que um “viés nacional” mais acentuado se registre, em vez disso, no uso das opiniões divergentes por juízes *ad hoc* (cf. BRUNISMA, Fred J.; BLOIS, Matthijs de Blois. *Rules of Law from Espoort to Wladiwostok*, ob. cit., p. 182- 183), que de fato alguns nem mesmo levam em consideração em suas análises qualitativas (cf. STIANSEN, Øyvind; VOETEN, Erik. *Backlash and Judicial Restraint: Evidence from the European Court of Human Rights*. *International Studies Quarterly*, v. 64, n. 4, pp. 770-784, 2020, p. 770 e ss., especialmente p. 775).

64 Não são, de fato, raros os casos de opiniões concordantes nas sentenças do Tribunal adotadas por unanimidade (cf., emblematicamente, as opiniões concordantes dos juízes Sajó e Pinto de Albuquerque no TEDH, **Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar vs. Malta**, 25794/13 e 28151/13, 22 de novembro de 2016, e as opiniões concordantes dos juízes Turković, O’Leary, Ravarani, Pastor Vilanova e Serghides no TEDH, **S.M. vs. Croácia** [GC], 60561/14, 25 de junho de 2020). E isso pode acontecer também para os pareceres consultivos emitidos pelo Tribunal nos termos do Protocolo n. 16, como demonstra o caso referido na nota 26.

65 A esse ponto se retornará *funditus* no item 5.

66 Para alguns exemplos recentes, veja-se as declarações de mero dissenso dos juízes Motoc e Paczolay ao TEDH, **Adam e outros vs. Romênia**, 81114/17 e outros, 13 de outubro de 2020, pelos juízes Yudkivska, Motoc e Paczolay para o TEDH, **Fernandes Pedroso vs. Portugal**, 59133/11, 12 de junho de 2018, pelo juiz Zupancic no TEDH, **Ramadan vs. Malta**, 76136, 21 de junho de 2016, e do juiz Dedov no TEDH, **Shioshvili e outros vs. Rússia**, 19356/07, 20 de dezembro de 2016. Em alguns

separadas: a) opiniões individuais dissidentes⁶⁷; b) opiniões individuais concordantes⁶⁸; c) opiniões individuais parcialmente dissidentes e parcialmente concordantes⁶⁹; d) opiniões conjuntas dissidentes (ou opiniões dissidentes individuais às quais outros juízes aderiram)⁷⁰; e) opiniões conjuntas concordantes (ou opiniões individuais concordantes às quais aderiram outros juízes)⁷¹; f) opiniões conjuntas parcialmente dissidentes e parcialmente concordantes (ou opiniões individuais parcialmente divergentes e parcialmente concordantes às quais aderiram outros juízes)⁷²; g) opiniões separadas, individuais ou coletivas, não qualificadas (que podem, também, mascarar uma posição de dissenso substancial por parte de um juiz que, em qualquer dos casos, tenha votado formalmente a favor da decisão)⁷³.

Nesse amplo espectro de variantes, as opiniões separadas apresentam formas redacionais e conteúdos extremamente diversificados. Ao lado das opiniões divergentes que poderíamos definir como “clássicas”, em que o juiz expõe – de modo mais ou menos articulado – as razões, de fato ou de direito, pelas quais, em sua opinião, o Tribunal deveria ter decidido a controvérsia de outra forma⁷⁴, há outras em que, ao invés, o juiz enfrenta questões interpretativas de princípio subjacentes à decisão do caso, oferecendo uma reconstrução alternativa do conteúdo material das normas convencionais fundada, geralmente, em uma avaliação diferente dos precedentes jurisprudenciais⁷⁵, mas às vezes também sobre a declarada necessidade de promover o “desenvolvimento progressivo” da proteção

casos, no entanto, a declaração de dissenso pode conter uma breve motivação, que a torna substancialmente equivalente a uma opinião separada divergente (cf., por exemplo, a declaração de dissenso do juiz Serghides ao TEDH, **Belova vs. Rússia**, 33955/08, 15 de setembro de 2020).

- 67 Cf., por exemplo, a opinião divergente do Juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, **Ramadan vs. Malta**, 21 de junho de 2016.
- 68 Cf., por exemplo, a opinião concordante do Juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, **Hirsi Jamaa e outros vs. Itália** [GC], 27765/09, 23 de fevereiro de 2012, e a opinião concordante do juiz Raimondi no TEDH, **Khlaifia e outros vs. Itália** [GC], 16483/12, 15 de dezembro de 2016.
- 69 Cf., por exemplo, a opinião parcialmente concordante e parcialmente divergente do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, **Varvara vs. Itália**, 17475/09, 29 de outubro de 2013.
- 70 Cf., por exemplo, a opinião divergente conjunta dos juízes Raimondi, Nußberger, De Gaetano, Keller, Mahoney, Kjølborg e O’Leary, a opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque à qual se juntaram os juízes Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović e Kúris, e a opinião divergente do Juiz Kúris, ao qual se juntaram os Juízes Sajó, Tsotsoria e Vehabović, todos no TEDH, **Moreira Ferreira vs. Portugal** (n. 2) [GC], 19867/12, 11 de julho de 2017.
- 71 Cf., por exemplo, a opinião conjunta concordante dos juízes Tulkens, Spielmann, Sicilianos e Keller, e a opinião conjunta concordante dos juízes Casadevall e López Guerra, no TEDH, **El-Masri vs. Antiga República Iugoslava da Macedônia** [GC], 39630/09, 13 de dezembro de 2012, e a opinião concordante do Juiz Pinto de Albuquerque à qual se juntaram os Juízes Hajiyev, Pejchal e Dedov no TEDH, **Al-Dulimi e Montana Management Inc. vs. Suíça** [GC], 5809/08, 21 de junho de 2016.
- 72 Cf., por exemplo, a opinião conjunta parcialmente divergente e parcialmente concordante dos juízes Sajó e Karakaş no TEDH, **Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido** [GC], 26766/05 e 22228/06, 15 de dezembro de 2011.
- 73 Cf., por exemplo, a opinião separada do juiz Sajó no TEDH, **Hutchinson vs. Reino Unido** [GC], 57592/08, 17 de janeiro de 2017.
- 74 Cf., por exemplo, a opinião parcialmente divergente do juiz Zagrebelsky no TEDH, **Giuliani e Gaggio vs. Itália** [GC], 23458/02, 25 de agosto de 2009, e a opinião parcialmente divergente dos juízes Raimondi e Lorenzen no TEDH, **Stefanetti e outros vs. Itália**, 21838/10, 15 de abril de 2014.
- 75 Cf., por exemplo, a opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque à qual se juntaram os juízes Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović e Kúris, no TEDH, **Moreira Ferreira vs. Portugal** (n. 2), ob. cit., relativamente à obrigação de reabertura dos procedimentos internos na execução de uma sentença do Tribunal Europeu.

convencional dos direitos humanos⁷⁶.

As opiniões divergentes pertencentes a esta segunda tipologia – que também podem ser redigidas conjuntamente por uma pluralidade de juízes ou individualmente por um único juiz e compartilhadas por outros juízes – são aquelas que, transcendendo as peculiaridades fáticas de um caso concreto singular, têm impacto maior sobre a jurisprudência do Tribunal e sobre a “vida” da CEDH, mesmo quando não se traduzem, mesmo depois de muitos anos, na posição da maioria⁷⁷. O *revirement*⁷⁸ jurisprudencial é, de fato, apenas um dos possíveis efeitos das opiniões divergentes⁷⁹, podendo essas, ao contrário, contribuir para a “consolidação” de certas orientações interpretativas particularmente controversas no interior do Tribunal. Isso ocorre, por exemplo, quando, em sede de reexame da questão, a Grande Câmara confirma a solução aceita pela maioria dos juízes da Câmara, rejeitando a alternativa decisória proposta pelos juízes minoritários dissidentes.

Um discurso análogo vale também para as opiniões concordantes, as quais – além de confirmar de maneira puramente “adesiva” as conclusões decisórias da sentença a qual aderem (mesmo que deliberada por unanimidade) – podem também oferecer uma justificação motivacional alternativa (nos limites da divergência de fundo) a respeito daquela recebida na sentença, que poderia então encontrar confirmação ou rejeição na jurisprudência sucessiva.

Tanto as opiniões divergentes quanto as opiniões concordantes podem, além do mais, afetar toda a decisão do Tribunal ou – mais frequentemente – certas questões específicas que são objeto da mesma (em termos de admissibilidade ou mérito), tanto para retornar, às vezes, a reconstrução das “tramas” decisórias majoritárias subjacentes às decisões individuais nelas contidas⁸⁰.

76 Para alguns exemplos significativos, veja-se a opinião divergente do juiz Lorenzen, à qual se juntaram os juízes Rozakis, Bonello, Štráznická, Birsan e Fischbach no TEDH, **Ferrazzini vs. Itália** [GC], 44759/98, 12 de julho de 2001, em matéria de aplicação do Artigo 6 da CEDH nos processos tributários, onde eles concluem no sentido de que “não existem argumentos convincentes para manter a presente jurisprudência”; as opiniões divergentes dos juízes Rozakis, Cafisch, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto, Vajčić, Ferrari Bravo e Loucaides no TEDH, **Al-Adsani vs. Reino Unido** [GC], 35763/97, 21 de novembro de 2001, em matéria de limites à imunidade dos Estados por violação de normas internacionais cogentes; e o opiniões divergentes do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, **Ramadan vs. Malta**, ob. cit., em matéria de direito à cidadania.

77 Por exemplo, a esperança expressa por muitos juízes acerca de uma modificação na jurisprudência em matéria de limites à imunidade dos Estados e de aplicação do Artigo. 6º da CEDH aos processos tributários não encontraram, até hoje, aceitação, tendo o Tribunal até agora confirmado a orientação majoritária expressa, respectivamente no caso Al-Adsani e no caso Ferrazzini, citados na nota anterior.

78 [N.T.] Expressão francesa que pode ser traduzida como reviravolta, mudança, alteração, inversão brusca etc.

79 Por exemplo, veja-se, no TEDH, **Guiso Gallisay vs. Itália** (justa satisfação) [GC], 58858/00, de 22 de dezembro de 2009, em que o Tribunal modificou a orientação anteriormente afirmada em **Carbonara e Ventura vs. Itália**, 24638/94, 30 de maio de 2000, e **Belvedere Alberghiera vs. Itália**, 31524/96, de 30 de maio de 2000, em matéria de critérios de cálculo do dano patrimonial em caso de expropriação ilegal, acolhendo as observações críticas formuladas na opinião divergente do juiz Tulkens anexa à sentença da Câmara em 21 de outubro 2008.

80 Emblemático a este respeito, o TEDH, **Moreira Ferreira vs. Portugal** (n. 2), ob. cit., que excluiu, por maioria de nove votos a oito, a violação do Artigo 6 da CEDH. Tal sentença foi acompanhada de opiniões divergentes individuais, conjuntas e adesivas por parte de quinze juízes (sic). Embora, de fato, alguns juízes (Raimondi, Nußberger, De Gaetano, Keller, Mahoney, Kjølbrot e O’Leary) tenham expressado a sua divergência quanto à decisão de admissibilidade da reclamação formulada pelo recorrente,

No que se refere aos diversos fins que – mesmo simultaneamente – as opiniões separadas podem perseguir em concreto, existe uma evidente diferença de fundo entre aquelas que exprimem uma posição divergente e aquelas que, ao contrário, exprimem uma posição de (pelo menos aparente) conformidade no que diz respeito à decisão colegiada.

A finalidade típica da opinião divergente é, sem dúvida, aquela de “dissociação” (mesmo que apenas parcial) da deliberação da maioria. Desse modo, não fica apenas “registrado” que tal deliberação não é compartilhada por todos os juízes (finalidade que cumpre também a mera declaração de dissidência), mas também são expostas, de maneira mais ou menos articulada, as razões de fato ou de direito que, na opinião do juiz da minoria, justificariam uma decisão diversa. E é nas modalidades dessa “exposição” que poderiam se aninhar ulteriores e diversas finalidades da opinião divergente.

Sem qualquer pretensão de exaustividade, limitamo-nos aqui a assinalar três.

Antes de tudo, o dissenso motivado pode ser, por vezes, abertamente dirigida a solicitar uma revisão crítica de determinadas orientações interpretativas formadas na jurisprudência pregressa do Tribunal, desenvolvendo assim uma típica função “promocional” do direito vivente que tende a destacar a evolução das “condições do dia atual” à luz das quais deve ser interpretada a Convenção⁸¹ ou a formação de um “consenso europeu” relativamente a determinadas questões⁸². Neste caso, portanto, o juiz da minoria não pretende tanto contestar a conformidade da decisão da maioria ao estado atual de desenvolvimento do direito convencional (como está “codificado” nos precedentes), mas visa antes promover o “desenvolvimento progressivo” na esperança de que esse possa realizar-se no futuro.

Em outros casos, ao invés, a opinião divergente pode desenvolver uma função mais primorosamente “crítica” do que a decisão assumida pela maioria com o pressuposto de que essa se funda em um erro de fato ou de direito, ou seja, em uma avaliação não correta dos fatos da causa à luz dos parâmetros convencionais

outros juízes (Pinto de Albuquerque, Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović, Kúris e Bošnjak) consideraram que houve, na espécie, uma violação do Artigo 6º da CEDH. Analogamente, cf. TEDH, **Khamtoukhu e Aksenchik vs. Rússia** [GC], 60367/08 e 961/11, 24 de janeiro de 2017, em relação à qual se contam quatro opiniões individuais concordantes dos juízes Sajó, Nußberger, Turković e Mits, uma opinião conjunta parcialmente divergente dos juízes Sicilianos, Mose, Lubarda, Mourou-Vikström e Kucsko-Stadlmayer, e uma opinião individual divergente do Juiz Pinto de Albuquerque.

81 Cf., por todos, TEDH, **Tyrer vs. Reino Unido**, 5856/72, 25 de abril de 1978, § 31.

82 Como a jurisprudência reafirmou muitas vezes, a amplitude da interpretação das normas convencionais e da margem de apreciação reconhecida aos Estados na limitação de certos direitos podem variar também de acordo com a existência ou não de “qualquer consenso e valores comuns emergentes das práticas dos Estados Partes da Convenção” (cf., por exemplo, TEDH, **Bayatyan vs. Armênia** [GC], 23459/03, 7 de julho de 2011, § 122), especialmente nos casos “envolvendo questões que estão sujeitas a constantes desenvolvimentos nos Estados membros do Conselho Europeu” (cf. **Naït-Liman vs. Suíça** [GC], 51357/07, 15 de março de 2018, § 175).

invocados (assim chamado erro de aplicação) ou em uma reconstrução errônea de tais parâmetros à luz da jurisprudência anterior do Tribunal (assim chamado erro de interpretação). Nessa hipótese, a opinião divergente – se anexada a uma sentença da Câmara – pode constituir o pressuposto de um pedido das partes de reexame do caso pela Grande Câmara, nos termos do Artigo 43 da CEDH⁸³ ou uma renúncia (*relinquishment*) por parte de uma Câmara em um caso análogo sucessivo⁸⁴, evidenciando a subsistência de “uma séria questão concernente à interpretação ou à aplicação” da Convenção ou de seus Protocolos.

Enfim, às vezes, a opinião divergente se propõe (não muito veladamente) a enfraquecer a carga persuasiva do precedente, oferecendo ao conhecimento público uma total “desconstrução” da deliberação majoritária com argumentações às vezes muito mais extensas do que, aos olhos dos futuros utilizadores de tal deliberado (em particular, juízes e advogados), poderia também parecer mais convincente ou que em qualquer caso poderia colocar em alerta de qualquer simplista referência a essa para a solução de casos análogos. Não é, doutro vértice, um mistério – e algumas opiniões divergentes do juiz Pinto de Albuquerque o atestam plasticamente – que a motivação das sentenças adotadas por maioria seja, de qualquer modo, produto de uma “seleção” da evolução jurisprudencial destinada a valorizar apenas aqueles precedentes que são resultam idôneos a sustentar a solução decisória escolhida; assim que as opiniões divergentes podem, em situações do gênero, completar o quadro jurídico de referência dando proeminência àqueles precedentes (potencialmente de sinal contrário), de outra forma destinados ao esquecimento jurisprudencial.

Houve, em vez disso, um longo debate no passado sobre a oportunidade de também com a expressão motivada do “consenso” na decisão judiciária. Embora tendo no final amplamente prevalecido a solução afirmativa, é claro que a função das opiniões concordantes (no todo ou em parte) não coincide, em sentido especularmente invertido, àquela das opiniões divergentes. Isso parece particularmente evidente no sistema da CEDH, onde o recurso a opiniões concordantes por parte dos juízes de Estrasburgo sempre foi bastante difundida.

83 É sabido, de outro lado, que a maior parte dos pedidos de reenvio na Grande Câmara aceitos pelo Colégio de cinco juízes concernem a sentenças de Câmara às quais foram anexadas uma ou mais opiniões divergentes, enquanto é, de alguma forma, improvável que pedidos do gênero sejam acolhidas quando a decisão da Câmara seja adotada por unanimidade (mas não impossível: cf., por exemplo, TEDH, *Murray vs. Holanda* [GC], 10511/10, 26 Abril de 2016, onde a sentença da Câmara havia sido adotada por unanimidade). Se, por um lado, a existência de opiniões divergentes não justifica por si só um reenvio para a Grande Câmara, “quando as opiniões divergentes são, do ponto de vista do Painel [da Grande Câmara], bem fundamentadas em questões principais da Convenção e/ou apontam inconsistências na jurisprudência”, isto pode constituir um fator “militante a favor da existência de um ou mais dos motivos para encaminhamento estabelecidos no Artigo 43, § 2º, da Convenção” (assim TEDH, *Practice Followed by the Panel of the Grand Chamber When Deciding on Requests for Referral in Accordance with Article 43 of the Convention*. Estrasburgo: Conselho Europeu, 2011, p. 6).

84 Por exemplo, a questão relativa à compatibilidade do confisco por loteamento abusivo em caso de absolvição por prescrição foi decidida por maioria por uma Câmara do TEDH em *Varvara vs. Itália*, 17475/09, 29 de outubro de 2013, com o parecer divergente do Juiz Pinto de Albuquerque, e foi sucessivamente remetida por uma outra Câmara à Grande Câmara nos termos do Artigo 30 da CEDH no âmbito do exame de três recursos diversos tendo por objeto a mesma questão (cf. TEDH, *G.I.E.M. S.r.l. e outros vs. Itália* [GC], 1828/06, 34163/07, 19029/11, 28 de junho de 2018).

Foi observado como, a respeito das opiniões divergentes, o impacto das opiniões concordantes no desenvolvimento da jurisprudência europeia é muito menos significativo, apresentando essas pouco interesse para os operadores práticos e para os próprios estudiosos, ao ponto de resultar – especialmente quando motivadas de modo sucinto – completamente supérfluas⁸⁵. Tal conclusão, embora em parte compartilhada, não parece meter adequadamente “em foco” as diversas finalidades que uma opinião concordante, individual ou conjunta, pode em concreto perseguir.

Para além da mera finalidade de divulgação nominativa do voto favorável (a que são imputáveis as opiniões concordantes redigidas de forma extremamente sintética, dada a falta de previsão regulamentar da “declaração de consentimento”), a expressão de um motivado consenso à decisão colegiada pode perseguir pelo menos outras três diversas finalidades.

Antes de tudo, essa pode desenvolver uma função “integradora” da motivação que apoia a deliberação colegiada, trazendo à luz argumentos e elementos que não tenham encontrado “voz” no interior da sentença ou do parecer, por exemplo porque não são compartilhados por todos os juízes que votaram a favor de uma certa solução decisória. Deste ponto de vista, a opinião concordante pode ser útil para especificar o alcance do precedente singular e para esclarecer as implicações de caráter geral, promovendo uma sucessiva expansão também a respeito de casos⁸⁶ não exatamente idênticos⁸⁷ ou, pelo contrário, uma leitura restritiva⁸⁸. Em alguns casos, essa pode chegar ao ponto de constituir uma verdadeira “alternativa motivacional” do juiz individual, que – embora mantendo firmes as conclusões

85 Cf. BRUNISMA, Fred J.; BLOIS, Matthijs de Blois. **Rules of Law from Estport to Wladiwostok**, ob. cit., p. 186, segundo os quais “[o] status legal menor de opiniões divergentes em comparação com o julgamento pela maioria impediu os advogados se tornarem plenamente conscientes de seu potencial de legitimação. As camadas praticantes simplesmente não estão interessadas, mas mesmo na escrita acadêmica opiniões separadas não são apreciadas: elas parecem depreciar a autoridade do julgamento da maioria”. Embora não concordando totalmente com tal afirmação, WHITE, Robin C. A.; BOUSSIAKOU, Iris. **Separate opinions in the European Court of Human Rights**, ob. cit., p. 54-55, no entanto, acreditam que “[e]nquanto o advogado (ou acadêmico) busca por argumentos para apoiar uma mudança na abordagem do Tribunal de Estrasburgo para uma questão particular é provável que se arraste através de relevantes opiniões divergentes, essa pesquisa é quase certamente menos provável a se estender para opiniões concordantes”.

86 [N.T.] No original: *fattispecie*, palavra usada na linguagem jurídica para designar as circunstâncias que possuem relevância jurídica, podendo ser traduzida como hipótese de incidência da norma, como preceito normativo ou, especificamente no direito penal, como tipicidade (*fattispecie oggettiva* e *fattispecie soggettiva*) ou tipo legal (*fattispecie legale*). Em sentido comum, designa algum caso particular do qual se trata: FATTISPECIE. In: TRECCANI. Roma: Treccani, 2021. Disponível em: <https://www.treccani.it/vocabolario/fattispecie>. Acesso em: 21 dezembro 2021.

87 Veja-se, por exemplo, a opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, **Hirsi Jamaa e outros vs. Itália**, ob. cit., segundo a qual as conclusões da sentença em matéria de aplicação das disposições convencionais à rejeição de migrantes no alto mar se aplicariam a todas as formas de controle extraterritorial da imigração e das fronteiras pelos Estados contratantes “independentemente de qual pessoal é usado para realizar as operações e o local onde ocorrem”, “incluindo a negação de entrada em águas territoriais, negação de visto, negação de embarque prévio ou fornecimento de fundos, equipamento ou pessoal para operações de controle de imigração realizadas por outros Estados ou organizações em nome da Parte Contratante”.

88 Assim, por exemplo, a opinião concordante do juiz Rozakis, a qual aderiram os juízes Bratza, Caffisch e Vajić, no TEDH, **Comingersoll S.A. vs. Portugal** [GC], 35382/97, 6 de abril de 2000, onde esses não compartilham o enfoque segundo o qual a reparação pecuniária do dano não patrimonial acordado pelo Tribunal seria dirigido a compensar, entre outras coisas, a ansiedade e o aborrecimentos sofridos pelos membros dos órgãos de governo da sociedade. Como se verá (cf. item 5), tal opinião foi utilizada também pela Corte de Cassação italiana em apoio a uma leitura restritiva dos pressupostos da reparação equitativa do dano não patrimonial por excessiva duração dos processos em favor das empresas.

de mérito – propõe, na realidade, um caminho lógico-argumentativo, no todo ou em parte, diverso, ocultando, assim, uma posição de substancial dissenso a respeito das razões postas pelos outros juízes como fundamento da decisão⁸⁹.

Em segundo lugar, a opinião concordante – especialmente em forma conjunta – pode ser utilizada a fim de “contrabalançar” no plano motivacional as eventuais opiniões divergentes dos juízes da minoria a fim de enfraquecer a capacidade de meter em discussão – mesmo no futuro – a decisão da maioria. Não é, com efeito, raro que, sobretudo onde se trata de questões particularmente controversas examinadas pela Grande Câmara, façam de contraponto uma ou mais opiniões concordantes⁹⁰.

Em terceiro lugar, a opinião concordante pode, por vezes, exercer uma função “justificatória” da mudança de posição do juiz a respeito de uma determinada questão, mudança que pode também ocorrer na passagem do caso da Câmara para a Grande Câmara⁹¹. Neste modo, ao juiz é oferecida a possibilidade de expor de modo transparente as razões que o induziram a retornar sobre os próprios passos, talvez também graças ao confronto colegiado com as posições dos demais juízes, afastando assim a suspeita de condicionamentos externos ou de escolhas decisórias não adequadamente ponderadas.

Como foi observado⁹², as opiniões concordantes são, portanto, um instrumento de “geometria variável” que, completamente, pode favorecer a formação do consenso no interior do Tribunal, dando “voz” às posições de juízes individuais que concordam, talvez por motivações diversas, para formar a decisão colegiada.

3. O “PLURALISMO MOTIVACIONAL” COMO COMPONENTE VITAL DO DINAMISMO INTERPRETATIVO DA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Algumas pesquisas examinaram analiticamente – seja do ponto de vista quantitativo seja do ponto de vista qualitativo – o uso por parte dos juízes de Estrasburgo da variada tipologia de opiniões separadas descrita acima, tentando

89 Cf., por exemplo, a opinião concordante conjunta dos juízes Yudkivska, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek, Dedov, Motoc, Poláčková e Hüseyinov no TEDH, **Ilgar Mammadov vs. Azerbaijan** (Artigo 46 § 4) [GC], 15172/13, 29 de maio de 2019.

90 Veja-se, por exemplo, TEDH, **Odièvre vs. França** [GC], 42326/98, 13 de fevereiro de 2003, onde à opinião divergente conjunta dos juízes Wildhaber, Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens e Pellonpää se contrapõem as opiniões concordantes (individuais ou conjuntas) dos juízes Rozakis, Greve, Ress e Kūris; e **Paradiso e Campanelli vs. Itália** [GC], 25358/12, 24 de janeiro de 2017, onde à opinião divergente conjunta dos juízes Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens e Grozev se contrapõem as opiniões concordantes (individuais ou conjuntas) dos juízes Raimondi, De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov.

91 Cf., por exemplo, a opinião concordante do juiz Raimondi na Grande Câmara no caso **Klahifia e outros vs. Itália**, ob. cit., na qual ele expõe as razões que o induziram – em sede de reexame do caso – a considerar insubsistentes tais violações denunciadas pelos recorrentes, modificando a própria posição a respeito daquela precedentemente expressa no julgamento desenvolvido perante a Câmara.

92 Cf. RIVIÈRE, Florence. **Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l’homme**, ob. cit., p. 110. Cf. também ONDO, Téléphore. **Les Opinions séparées**, ob. cit., p. 951-952, o qual sublinha como, através da opinião concordante, o juiz “pode igualmente precisar ou esclarecer, nuançar, discutir uma parte da sentença, se distanciar da abordagem do Tribunal e da motivação da maior, não pode ser favorável ao tratamento judiciário de uma requisição, propor um outro fundamento à decisão”.

reconstruir as linhas de tendência também a respeito das progressivas transformações do Tribunal e das características subjetivas de seus membros⁹³.

Esses estudos geralmente demonstraram como a propensão dos juízes a redigir opiniões separadas e o conteúdo dessas estão estreitamente ligados à percepção individual que esses têm do papel do Tribunal, à sua formação cultural e profissional específica, bem como à natureza das questões individuais submetidas ao crivo deles, antes que a uma prejudicial adesão deste ou daquele juiz a posições interpretativas majoritariamente progressistas inspiradas no “ativismo judicial” ou majoritariamente conservadoras inspiradas na “autocontenção judicial”⁹⁴.

A praxe judiciária mais recente em matéria de opiniões separadas parece confirmar a validade dessa conclusão, ainda que seja inegável a coexistência, no interior do Tribunal, de uma pluralidade de “almas” que refletem concepções mais ou menos expansivas da tutela dos direitos humanos e que se combinam entre si de várias formas, conduzindo a soluções hermenêuticas e a abordagens decisórias algumas vezes de todo inesperadas, outras vezes quase garantidas. Em outras palavras, parece evidente – e as opiniões separadas constituem o papel de tornassol⁹⁵ – que existem, no interior do Tribunal, alguns juízes de índole mais distintamente libertária e, portanto, mais frequentemente favoráveis às posições dos recorrentes e outros que, em vez disso, mantêm atitudes de maior cautela e, portanto, mais frequentemente favoráveis às posições dos Governos réus⁹⁶.

Longe de propor qualquer contraposição maniqueísta entre juízes *violadores e não violadores* ou – para usar o binômio tão recorrente nas opiniões separadas de Pinto de Albuquerque – entre juízes “*pro persona*” e juízes “*pro auctoritate*”, seria da mesma forma artificial, na opinião de quem escreve, ignorar esse dado da realidade, que, além disso, é típico de qualquer instituição judiciária e que, no fundo, ajuda a compreender como se vêm formando determinadas orientações jurisprudenciais (às vezes também casualmente com base na combinação de

93 Veja-se, em particular, os estudos de BRUNISMA, Fred J.; BLOIS, Marthijs de Blois. **Rules of Law from Estport to Wlad-ivostok**, ob. cit., de WHITE, Robin C. A.; BOUSSIAKOU, Iris. **Separate opinions in the European Court of Human Rights**, ob. cit., bem como o mais recente de STIANSEN, Øyvind; VOETEN, Erik. **Backlash and Judicial Restraint**, ob. cit.

94 Para uma análise dos dois conceitos também em relação ao uso de opiniões separadas, veja-se MAHONEY, Paul. **Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two sides of the same coin**. *Human Rights Law Journal*, v. 11, n. 1-2, p. 57-88, 1990, e mais recentemente STIANSEN, Øyvind; VOETEN, Erik. **Backlash and Judicial Restraint**, ob. cit. De acordo com MERRILLS, John G.. **The Development of International Law by the European Court of Human Rights**. 2. ed. Manchester: Manchester University Press, 1993, p. 233, “[d]esde que a Corte, com vários graus de ênfase, tenha geralmente adotado geralmente adotou uma abordagem ativista em relação à Convenção, algumas das mais claras declarações de ideologia podem ser encontradas em julgamentos dissidentes articulando o para contenção”.

95 [N.T.] Papel de tornassol é usado para testar a acidez ou alcalinidade de um líquido ou gás. A metáfora é empregada aqui para designar que as opiniões separadas servem como teste, pois provam o argumento.

96 Alguns autores tem observado como, sobretudo de 2005 em diante, os Governos teriam começado a nomear juízes mais propensos a conceder aos Estados uma ampla margem de apreciação antes que juízes favoráveis a uma maior expansão da tutela dos direitos fundamentais (assim, em particular, VOETEN, Erik. **The politics of international judicial appointments: evidence from the European Court of Human Rights**. *International Organization*, v. 61, n. 4, pp. 669-701, October 2007, e STIANSEN, Øyvind; VOETEN, Erik. **Backlash and Judicial Restraint**, ob. cit., p. 782 e ss.).

maiorias) e como essas podem evoluir no tempo com o mudar das sensibilidades representadas no interior dos vários colégios judicantes.

Por outro lado, se pode ressaltar, sobretudo na sequência da redução do fator condicionante vinculado à perspectiva de uma renovação do mandato⁹⁷, a expressão motivada do dissenso ou consenso do juiz individual não seja mais destinada a desenvolver um papel meramente “externo” à instituição judiciária (funcional, isto é, para tornar publicamente cognoscível a sua posição a respeito de uma certa questão), mas se dirige em medida sempre crescente também “no interior” dela mesma, alimentando o confronto dialético entre as opiniões diversas (que não se exaurem, assim, no voto favorável ou contrário, expresso no sigilo das deliberações) e deixando “em herança” ao patrimônio jurisprudencial europeu uma voz “alternativa” que, no futuro, poderá se tornar aquela “majoritária” ou, em qualquer caso, solicitar uma revisão crítica de determinadas escolhas interpretativas.

Através das próprias opiniões separadas os juízes oferecem, antes de tudo, aos colegas deles uma contribuição (escrita) de reflexão ulterior a respeito daquela que emergiu no “conclave” das deliberações (orais), que pode estimular uma revisão crítica das posições individuais e, eventualmente, no futuro desencadear verdadeiras e próprias *revirements* jurisprudenciais, sobretudo quando o dissenso motivado provenha (de forma conjunta ou separada) de uma pluralidade de juízes.

Como foi corretamente observado, as opiniões separadas dos juízes do Tribunal europeu têm, assim, assumido um papel simbólico na criação de um “diálogo” europeu em matéria de direitos humanos, sendo as vozes deles um componente qualificante da “voz institucional” do Tribunal⁹⁸. Isso é tanto mais verdadeiro quando consideramos o peso que, no sistema judiciário convencional, assume a “voz” interna da Chancelaria, que é institucionalmente encarregada da tarefa de auxiliar os juízes no desempenho das funções deles⁹⁹, e o conseqüente risco que os impulsos evolutivos na interpretação da CEDH como “instrumento vivente” sejam “resfriadas” por uma prosaica referência às fórmulas jurispuden-

97 Cf. nota 27 *supra*.

98 Assim, por exemplo, WHITE, Robin C. A.; BOUSSIAKOU, Iris. **Separate opinions in the European Court of Human Rights**, ob. cit., p. 60.

99 Sobre a relevância das funções desenvolvidas por juristas da Chancelaria, especialmente em sede de valoração preliminar da admissibilidade dos recursos, veja-se *amplius* SACCUCCI, A.. **L'entrata in vigore del Protocollo n. 14**, ob. cit., p. 322-324. Tais funções foram reforçadas pelo Protocolo n. 14, o qual não apenas expressamente aboliu a figura dos “referendários” (originalmente prevista no Artigo 25 da CEDH e nunca implementada na praxe), mas além disso instituiu a figura dos assim chamados “relatores não judiciários” (cf. Artigo 24, § 2º, da CEDH), os quais “assistem” os juízes individuais no exercício das funções de filtragem dos recursos nos termos do Artigo 27 da CEDH.

ciais tradicionais (*tralatizie*)¹⁰⁰ das quais a estrutura administrativa do Tribunal é “guardiã suprema”.

Como é sabido, de fato, a redação das decisões do Tribunal não está sob “direta e exclusiva” disponibilidade dos juízes, sendo o fruto de um trabalho preparatório e de revisão desenvolvido em larga medida pelas articulações internas da Chancelaria (da qual fazem parte juristas, jurisconsultos, assistentes, revisores linguísticos)¹⁰¹, as quais tendem a preservar a coerência e a uniformidade (também redacional) da jurisprudência. Em um tal contexto, portanto, as opiniões separadas – redigidas na forma reputada mais oportuna e com uma linguagem não necessariamente “alinhada” com aquela “oficial” do Tribunal – constituam talvez a máxima expressão do poder de *jus dicere* dos juízes através da qual podem motivar “livremente” o próprio convencimento e praticar até o fundo a própria “independência” (também das estruturas internas do Tribunal).

Não é, por outro lado, um acaso que a propensão dos juízes de Estrasburgo a redigir opiniões separadas não mostra algum sinal de enfraquecimento, nada obstante os ritmos acelerados de trabalho impostos pela enorme quantidade de tarefas pendentes, mas antes parece registrar uma ulterior e gradual expansão, quase a querer deixar um “traço histórico” (às vezes com verdadeiros e próprios panfletos riquíssimos de citações jurisprudenciais e doutriniais) do próprio contributo pessoal às decisões do Tribunal.

Esse fenômeno, por outro lado, não se pode julgar – completamente – de modo negativo, sobretudo considerando a crescente tendência do Tribunal europeu de ocupar-se com questões de princípio tendo um impacto notável sobre as estruturas políticas, jurídicas e sociais dos ordenamentos internos e a assumir um papel que já muitos não hesitam em definir como “quase-constitucional”¹⁰²

100 [N.T.] Plural de *tralatizio*, termo usado por historiadores designar tradição ou transmissão de um autor ou geração a outro/a, bem como, em sentido literal, como crença, opinião etc. Vide: TRALATIZIO. In: TRECCANI. Roma: Treccani, 2021. Disponível em: <https://www.treccani.it/vocabolario/tralatizio>. Acesso em: 19 nov. 2021.

101 Valem, a este respeito, as palavras do ex-Chanceler do Tribunal Europeu, que observou o quanto segue: “os juízes são chamados a tratar, na qualidade de relatores, de recursos que não se relacionam necessariamente a sistemas jurídicos por eles conhecidos. Frequentemente, esses não são nem mesmo capazes de compreender, em todo ou em parte, os autos a eles confiados. Tais juízes, então, tratam recursos que tocam a variados sistemas jurídicos. Segue-se que o juiz, para fazer frente aos seus compromissos, deve fazer apelo a vários juristas da Chancelaria que têm conhecimentos específicos, seja de natureza linguística ou jurídica” (cf. SALVIA, Michele de. Artigo 25. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido. (Ed.). **Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali**. Pádua: CEDAM, 2001, p. 497 e ss., especialmente p. 499-500).

102 Cf., em particular, ALKEMA, Elvert Albert. The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court. In: MAHONEY, Paul; MATSCHER, Franz; PETZOLD, Herbert; WILDHABER, Luzius. (Eds.). *Protecting Human Rights: the european perspective: studies in memory of Rolv Ryssdal*. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 41 e ss; WILDHABER, Luzius. Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme?. *Revue universelle des droits de l'homme*, v. 14, n. 1, pp. 1-5, 2002 (também publicado em inglês no **Human Rights Law Journal**, v. 23, pp. 161-165, 2002); GREER, Steven. **The European Convention on Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, especialmente p. 173, segundo o qual o Tribunal Europeu “já é o ‘Tribunal Constitucional para a Europa’ no sentido de que esse é o tribunal judicial com autoridade final no único sistema constitucional pan-europeu existente”; HARMSEN, Robert. The European Court of Human Rights as a ‘Constitutional Court’: Definitional Debates and the Dynamics of Reform. In: Morison, John; McEvoy, Kieran; Anthony Gordon. (Eds.). **Judges, Transition, and Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 33 e ss.; STONE SWEET, Alec. Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne

ou – como o define o próprio Tribunal – de instrumento¹⁰³ “constitucional” da ordem pública europeia¹⁰⁴.

Mesmo que ainda não se possa dizer de todo superadas as tradicionais objeções (provenientes sobretudo de juristas continentais) que se levantam no risco de comprometer a autoridade da sentença ou a independência do juiz¹⁰⁵, o “pluralismo motivacional” que dá vida às opiniões separadas é agora cada vez mais considerado como um fator que, ao contrário, contribui para reforçar ambos esses valores, seja a nível internacional seja a nível nacional¹⁰⁶, favorecendo o desenvolvimento dos padrões de tutela dos direitos humanos fundado na persuasão da argumentação jurídica e na transparência dos processos decisórios mais do que na força impositiva intrínseca do provimento jurisdicional.

Por um lado, de fato, pecaria de excessivo formalismo quem pretendesse assinalar ao juiz dos direitos humanos (ou talvez a todo juiz) uma função de

des droits de l’homme; cinquante ans après son installation, la Cour européenne des droits de l’homme conçue comme une cour constitutionnelle. **Revue trimestrielle des droits de l’homme**, n. 80, pp. 923-940, 2009, o qual também se expressa em sentido favorável à plena atração do Tribunal Europeu entre os tribunais constitucionais.

- 103 [N.T.] No original *presidio*, termo que pode designar local ou complexo de proteção, ou, no sentido figurado, guardião, protetor etc. Vide: PRESIDIO. In: TRECCANI. Roma: Treccani, 2021. Disponível em: <https://www.treccani.it/vocabolario/presidio>. Acesso em: 19 nov. 2021. Optou-se por traduzir por instrumento, mantendo a versão inglesa da expressão: “*constitutional instrument of European public order*”.
- 104 A ideia da Convenção europeia como um “instrumento constitucional de ordem pública europeia” foi concebida já nos primeiros anos de funcionamento do sistema (cf. TEDH, **Áustria c. Itália** [dec.], 788/60, 11 de janeiro de 1961 In: DIRECTORATE of Human Rights Council of Europe. **Yearbook of the European Convention on Human Rights**. Estrasburgo: Springer, 1962, p. 140) e, depois, encontrou amplo reconhecimento na jurisprudência do Tribunal (cf., *ex multis*, TEDH, **Loizidou c. Turquia** [GC], 15318/89, 23 de março de 1995, § 75; **Bósforo Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi vs. Irlanda** [GC], 45036/98, 30 de junho de 2005, § 156; **Avotínš c. Letônia** [GC], 17502/07, 23 de maio de 2016, § 112), a qual, entre outras coisas, sublinhou como “o Tribunal tem o papel privilegiado de adotar julgamentos públicos que estabelecem as normas em matéria de direitos humanos aplicáveis em toda a Europa” (cf., por exemplo, TEDH, **Goncharova e outros c. Rússia**, 23113/08 e outros, 15 de outubro de 2009, § 22).
- 105 Segundo alguns autores, as opiniões separadas representariam um “fenômeno de deformação processual” (assim ROUSSEAU, Charles. *Crise de la justice internationale?*, In: DUTOIT, Bernard; GRISSEL, Etienne, (Eds.). **Mélanges Georges Perrin: Recueil de travaux offerts à M. Georges Perrin**. Lausanne: Diffusion Payot, 1984, p. 259-265, especialmente a p. 263) que se põe em aberto contraste com o princípio do sigilo das deliberações (LÉCUYER, Yannick. *Le secret du délibéré, les views dissidentes et la transparence*. **Revue trimestrielle des droits de l’homme**, n. 57, pp. 197-223, 2004, especialmente p. 198) e que meteria em perigo a legitimidade e a credibilidade da instituição judiciária, causando uma profunda desafeição dos “justiciáveis” nos confrontos da jurisdição (cf. DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Allain. **Droit international public**. Paris: LGDJ, 2009, p. 438, e ROUSSEAU, Charles. *Crise de la justice internationale*, ob. cit., p. 274). Segundo ROSENNE, Shabtai. **The Perplexities of Modern International Law: general course on public international law**. Boston e Londres: The Hague, 2004, p. 135, se, por um lado, as opiniões separadas servirem “como uma garantia de que as contendas da parte ‘perdedora’ foram consideradas” o que “aumenta a autoridade da decisão e torna mais fácil para a parte vencida aceitar a decisão”, por outro lado, seu uso excessivo “pode fraturar a declaração judicial e enfraquecer sua posição como enunciado da lei”. Para um exame dos principais argumentos a favor e contra a publicação de opiniões separadas no quadro da justiça nacional, veja-se, em particular, CASSSESE, Sabino. *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissidente*. **Quaderni costituzionali**, a. XXIV, n. 4, pp. 973-983, 2009.
- 106 É hoje prevalente a ideia que, pelo menos no contexto da justiça internacional, o mecanismo das opiniões separadas permite preservar a integridade e a independência moral dos juizes e liberdade de expressão deles (sobre o assunto veja-se, em particular, MALENOVSKY, Jiří. **Les opinions séparées et leurs répercussions sur l’indépendance du juge international**, ob. cit., p. 27 e ss.), para melhorar a qualidade das sentenças e a força persuasiva delas e para reforçar a transparência e o diálogo entre as jurisdições (cf. RIVIÈRE, Florence. **Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l’homme**, ob. cit., *passim*, e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. *Plaidoyer for the European Court of Human Rights*. **European Human Rights Law Review**, a. 2018, n. 2, 2018, p. 119-133, especialmente p. 131). Nesse sentido, cf. também ONDO, Téléphore. **Les Opinions séparées**, ob. cit., p. 946 e 963, segundo o qual as opiniões separadas contribuem, em última análise, para reforçar a credibilidade e a legitimidade do controle assegurado pelo Tribunal e a fúndia dos “justiciáveis” na jurisdição, além de constituir uma manifestação contundente da independência e da imparcialidade dos juizes. Uma posição análoga é expressa também no estudo realizado pela Direção-Geral das Políticas Internas do Parlamento Europeu em 2012: RAFFAELLI, Rosa. **Pareri dissenzienti nelle Corti supreme degli Stati membri** (PE 462.470). Bruxelas: Parlamento Europeu, 2012, 12-16.

mera aplicação “administrativística” de regras pré-estabelecidas, ignorando o fundamental papel de “elaboração” do direito funcional à sua aplicação prática ao caso concreto¹⁰⁷, sobretudo no contexto de um sistema normativo, como aquele da Convenção, formulado por princípios gerais e não por preceitos definidos. A autoridade de uma decisão jurisdicional – que talvez toca temas particularmente sensíveis da vida social a respeito dos quais se registra uma acentuada divergência de pontos de vista – não se pesa apenas com a contagem dos votos favoráveis e contrários, mas depende também de sua capacidade de confrontar-se criticamente e abertamente com as “vozes diversas”. As opiniões separadas asseguram que tal confronto possa sempre se desenvolver de modo transparente no plano da argumentação jurídica (e, portanto, sempre dentro do perímetro da “elaboração do direito”), em vez de ser deixado à mercê das reações epidérmicas dos corpos sociais e dos seus representantes políticos, que poderiam, em última análise, recusar-se a reconhecer *tout court* a autoridade da sentença¹⁰⁸.

Por outro lado, a independência do juiz que seja legitimado a exprimir abertamente o próprio dissenso ou o próprio consenso sobre questões de princípio e, principalmente, garantida a respeito do que seria se o seu convencimento restasse condenado ao silêncio do sigilo das deliberações, para, então, ser talvez incompreendido ou deliberadamente instrumentalizado, em um sentido ou outro, por quem seja chamado a executar a decisão da maioria¹⁰⁹.

Certo, o amplo recurso às opiniões separadas pode afetar a (alegada) graticidade de algumas orientações interpretativas do Tribunal, metendo em crise o conceito de “jurisprudência consolidada” (com tudo o que daí decorre, especialmente no plano da atuação interna da Convenção) e legitimando posições “alternativas” que poderiam conduzir também a um retrocesso nos níveis de tutela dos direitos humanos (assim como às vezes se verificou). Mas é ainda preferível que tudo isso aconteça “à luz do dia” em um diálogo aberto (em que sejam admitidas

107 Veja-se a respeito as ainda atuais de DUMBAULD, Edward. **Dissenting opinions in international adjudication**, ob. cit., p. 929-934, sobre o papel da função judiciária e sobre as diversas concepções dessa função prevalentes nos sistemas de *common law* e *civil law*. Em conclusão, segundo o autor, “a tarefa de um tribunal é efetuar a aplicação da lei (*Rechtsverwirklichung*) em casos individuais, averiguando o que a lei é com respeito aos pontos em questão e agindo de acordo com a concessão ou negação da reparação requerida”.

108 Basta pensar nas veementes reações registradas no Reino Unido após o TEDH, **Hirst c. Reino Unido** (n. 2) [GC], 74025/01, 6 de outubro de 2005, que havia estatuído a contrariedade à CEDH da proibição de exercício do direito de voto por parte dos detidos, reações que levaram o Governo britânico até o ponto de ameaçar a fuga do sistema convencional.

109 Como significativamente observado pelo próprio Tribunal internacional de justiça, “[a] exibição do voto afirmativo ou negativo de um juiz pode induzir conjecturas errôneas que seu direito estatutário de anexar uma opinião pode permitir a ele comunicar ou dissipar. Disseminar as decisões do Tribunal sem as opiniões anexas daria, portanto, origem a compreensões equivocadas que afetam os juízes individuais” (cf. NAÇÕES Unidas. Assembleia Geral. **Doc. A/41/591/Add.1**, 5 de dezembro de 1986, Annex II, § 8. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N86/292/33/img/N8629233.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 nov. 2021.).

para participar também as jurisdições nacionais) fundado no argumento antes que no binômio “favorável ou contrário”¹¹⁰.

4. O DISSENSO “MUDO” NAS DECISÕES DE ADMISSIBILIDADE E DE ARQUIVAMENTO DO ASSUNTO

O quanto se disse acima relativamente à contribuição fundamental oferecida pelas opiniões separadas à evolução dinâmica do sistema convencional induz a desenvolver qualquer consideração crítica sobre a praxe atual do Tribunal de não permitir alguma expressão individual de motivado dissenso nas decisões de inadmissibilidade e de arquivamento adotadas por uma Câmara ou pela própria Grande Câmara.

A esse respeito, impende imediatamente assinalar que dita praxe – seguida no passado também pela Comissão europeia – não parece poder se dizer juridicamente “imposta” pela simples formulação textual do art. Artigo 45, § 2º, da CEDH. E isso enquanto, de um lado, os trabalhos preparatórios do Protocolo n. 11 não permitem afirmar que a falta de referência às “decisões” nessa última disposição – nada obstante a expressa inclusão dessas no Artigo 45, § 1º, da CEDH relativo à obrigação de motivação – foi deliberadamente pretendido pelos compiladores como limitando da faculdade dos juízes de exprimir as próprias opiniões separadas¹¹¹; e, do outro, a existência de uma regra geral permissiva quanto à formulação de opiniões separadas permitiria de qualquer forma uma interpretação extensiva do Artigo 45, § 2º, da CEDH, não podendo derivar da expressa menção das “sentenças” apenas uma implícita prescrição excepcional para as “decisões”.

Em outras palavras, se a regra geral aplicável permite de qualquer forma a anexação de opiniões separadas mesmo na ausência de expressas previsões convencionais ou regulamentares (ou além dessas), como atesta a praxe de alguns tribunais internacionais¹¹² e como geralmente se acredita hoje na dou-

110 Segundo ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; Cardamone, Daniela. **L'efficacia della dissenting opinion**, ob. cit., p. 152, “[p]róprio porque o direito convencional está em contínua evolução e se constitui pouco a pouco, no diálogo entre as partes e os juízes e entre os juízes mesmos, a visibilidade deste procedimento deliberativo contribui não apenas para a melhor compreensão da decisão tomada, mas também para o desenvolvimento da jurisprudência e para a transparência do Tribunal”.

111 A esse respeito, veja-se também a opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, **Garbuz c. Ucrânia**, 72681/10, 19 de fevereiro de 2019, segundo a qual “[a] omissão no artigo 45, § 2º, da Convenção de uma referência para as decisões é um mero acidente histórico, devido à competência original dos respectivos órgãos da Convenção, onde a admissibilidade era essencialmente uma matéria para a Comissão”.

112 Assim, por exemplo, no passado, o Tribunal permanente de justiça internacional havia admitido opiniões separadas também nas ordenanças e nos pareceres, embora a relativa disposição estatutária previsse expressamente a anexabilidade apenas nas sentenças (cf., a este respeito, DUMBAULD, Edward. **Dissenting Opinions in International Adjudication**, ob. cit., p. 943, o qual reporta também a posição sustentada por Anzillotti segundo o qual o Artigo 57 do Estatuto deveria estender-se analogicamente aos pareceres). Ainda hoje, o Artigo 57 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça prevê expressamente as opiniões separadas apenas para as sentenças, mas o Tribunal estendeu em via regulamentar o âmbito de aplicação também para ordenanças (cf. Artigo 95, § 2º, do Regulamento) e aos pareceres (cf. Artigo 107, § 3º, do Regulamento). Em tempos mais recentes, se pode também citar a praxe do Tribunal Penal Internacional o qual tem admitido a formulação de opiniões separadas também em sentenças de primeiro grau, não obstante o Artigo 83, § 4º, do Estatuto do Tribunal prevê expressamente uma tal

trina¹¹³, a eventual previsão expressa de tal faculdade não pode ser interpretada como limitativa do âmbito de aplicação da regra geral na ausência de disposições claramente proibitivas, também de nível regulamentar. E no caso do Tribunal europeu, nem o Artigo 45, § 2º, da CEDH, nem o Regulamento vetam expressamente a anexação de opiniões separadas nas “decisões”, diversamente de quando acontece para as decisões de interpretação emitidas nos termos do Artigo 46, § 3º, da CEDH¹¹⁴.

Mas mesmo querendo acreditar que tal faculdade deva ser autorizada pelo instrumento institutivo da jurisdição (e possa exercitar-se somente nos limites por esse permitidos), há razões de ordem sistemática mais que convincentes para sustentar que o Artigo 45, § 2º, da CEDH possa aplicar-se em via analógica também nas decisões motivadas do Tribunal que definem “*in rito*” o procedimento.

Antes de tudo, posto que a faculdade para o juiz individual de formular uma opinião separada é estreitamente conexa à motivação do provimento jurisdicional, não há, deste ponto de vista, nenhum elemento distintivo entre as sentenças e as decisões de inadmissibilidade ou arquivamento do assunto que justifica uma disciplina diferenciada, tanto mais depois da previsão expressa, por obra do Protocolo n. 11, da obrigação de motivar também as decisões¹¹⁵.

Em segundo lugar, também do ponto de vista do conteúdo decisório, não se pode dizer que a diversa finalidade de acerto que cumprem as “decisões” e as “sentenças” do Tribunal justifique a limitação das opiniões separadas a essas últimas. Basta, a tal respeito, observar como também as decisões comportam, elas mesmas, uma extensa cognição do mérito da controvérsia e podem incidir significativamente sobre a interpretação e sobre a aplicação da CEDH e dos seus Protocolos, marcando, em uma direção ou na outra, a evolução da jurisprudência¹¹⁶.

Pense-se, por exemplo, nas decisões de inadmissibilidade que definem questões atinentes à compatibilidade do recurso com as disposições convencionais (e que podem ampliar ou reduzir o âmbito de aplicação *ratione materiae*, *ratione*

possibilidade somente em relação às sentenças da Câmara de Apelação (cf., a este respeito, RAMSEIER, Alexandra; SCALIA, Damien. Quand la dissidence devient jugement: retour sur les Opinions séparées en droit international penal. **Champ pénal**, n. 19, 2020).

113 Cf. a nota 4 *supra*.

114 Cfr. Artigo 98 do Regulamento do Tribunal.

115 Cf. notas 7 e 23 *supra*. Naturalmente, a equiparação não vale para as decisões de inadmissibilidade ou de arquivamento adotadas por uma Comissão de três juízes nos termos do Artigo 28, § 1º, “a”, da CEDH, visto que essas podem ser adotadas somente por unanimidade.

116 Como observa o juiz Pinto de Albuquerque na sua opinião separada no TEDH, **Garbuz c. Ucrânia**, ob. cit., “[é] simplesmente sem sentido que juízes não possam expressar suas visões individuais sobre questões dessa magnitude em decisões concernentes à queixas apresentados sob os artigos 33 e 35 da Convenção”. A crítica do autor à praxe do Tribunal é ulteriormente desenvolvida em ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. **Plaidoyer for the European Court of Human Rights**, ob. cit. p. 130 e ss.

personae, razione loci ou *ratione temporis*)¹¹⁷ ou que se pronunciam sobre a falta de exaurimento dos remédios internos e sobre relativas exceções (talvez na sequência de uma avaliação aprofundada da efetividade dos remédios internos preexistentes ou supervenientes, nos termos do Artigo 13 da CEDH)¹¹⁸ ou que aplicam o novo critério de prejuízo pouco importante introduzido pelo Protocolo n. 14¹¹⁹. Mas pense-se, além disso, nas decisões de arquivamento do recurso para a resolução interventiva do subjacente problema sistêmico¹²⁰ ou por ausência de razões que justifiquem a continuação do exame do recurso¹²¹ ou por declaração unilateral¹²², as quais pressupõem avaliações muito delicadas e mesmo controversas a fim de “respeito dos direitos humanos definidos pela Convenção e pelos Protocolos” o que poderia exigir, em qualquer caso, uma decisão de mérito.

Em terceiro lugar, se deve observar como o próprio Tribunal europeu havia já implicitamente admitido a possibilidade de estender analogamente, em via de regulamentar, o alcance das disposições convencionais que autorizam a formulação de opiniões separadas, quando essas têm previsão, no Artigo 88, § 3º, do Regulamento, que as opiniões separadas possam ser anexadas tanto aos pareceres emitidos nos termos do Artigo 47 da CEDH, quanto às decisões motivadas de esclarecimento da inadmissibilidade do pedido de parecer, embora o Artigo 49, § 2º, da CEDH proveja textualmente as opiniões separadas apenas para os pareceres¹²³.

Enfim, como já foi apontado, a formulação de opiniões separadas é de qualquer forma já permitida na prática quando as decisões no ponto de admissibilidade¹²⁴ ou de eventual arquivamento esteja contida na sentença¹²⁵, com a conse-

117 Basta citar, a esse respeito, algumas decisões “históricas” (mas nem sempre unânimes) de inadmissibilidade que marcaram profundamente a evolução da jurisprudência europeia como TEDH, **Banković e outros c. Bélgica e outros** [GC], 52207/99, 12 de dezembro de 2001, relativa à aplicação *ratione loci*; **Bherami e Bherami c. França e Saramati c. França, Alemanha e Noruega** [GC] (dec.), 71412/01 e 78166/01, 2 de maio de 2007, e **Senator Lines GmbH c. Áustria e outros** [GC] (dec.), 56672/00, 10 de março de 2004, relativa ao pedido de aplicação *ratione personae*; bem como, por último **M.N. e outros c. Bélgica** [GC] (dec.), 3599/18, 5 de maio de 2020, sobre a aplicação *ratione materiae*.

118 Cf., por exemplo, TEDH, **Mifsud c. França** (dez.), 57220/00, 11 de setembro de 2020, e **Gherghina c. Romênia** [GC] (dec.), 42219/07, 9 de julho de 2015, ambas adotadas por maioria.

119 Cf., por exemplo, TEDH, **Ionescu c. Romênia** (dec.), 36659/04, 1 de junho de 2010, adotada por maioria. Não é por acaso que, justo para evitar o risco de um desenvolvimento jurisprudencial “oculto” sobre a interpretação da nova condição de admissibilidade, o Artigo 20, § 2º, do Protocolo nº 14 havia previsto a regra transitória pela qual, no curso dos dois anos sucessivos à sua entrada em vigor, tal condição poderia ser aplicada apenas pelas Câmaras e pela Grande Câmara (e, portanto, com decisão motivada).

120 Cf., por exemplo, TEDH, **Anastasov e outros vs. Eslovênia** (dez.), 65020/13, 18 de outubro de 2016.

121 Cf. TEDH, **Hussun e outros c. Itália**, 10171/05 e outros, 19 de janeiro de 2010, onde o Tribunal considerou que a perda superveniente de contatos entre os defensores e os recorrentes após sua expulsão para a Líbia não justificaria o prosseguimento do exame do caso, ordenando, consequentemente, o arquivamento dos assuntos nos termos do Artigo 37, § 1º, c), da CEDH.

122 Cf., por exemplo, TEDH, **Alijagić c. Bósnia e Herzegovina**, 52203/11, 19 de maio de 2015, adotada por maioria.

123 Conforme já se observou (nota 16), uma análoga extensão não estava, por outro lado, prevista expressamente, no Artigo 94 do Regulamento, para as decisões de inadmissibilidade de um pedido de parecer nos termos do Protocolo n.16, embora tais decisões também devam ser motivadas.

124 Cf. nota 17 *supra*.

125 Cf. TEDH, **Burmych e outros c. Ucrânia**, ob. cit., onde o arquivamento disposto pela maioria da Grande Câmara foi vigorosamente contestada por sete juizes, os quais anexaram à sentença as próprias opiniões divergentes.

quência – um tanto absurda – que a faculdade por um juiz de exprimir o próprio dissenso ou consenso motivado na admissibilidade de um recurso ou na subsistência dos pressupostos para seu arquivamento acaba por depender da forma do provimento em que é incorporada a relativa decisão e do êxito da relativa resolução. Assim, por exemplo, se as reclamações¹²⁶ levantadas em um recurso forem todas consideradas inadmissíveis (mesmo que por uma estreita maioria), a relativa decisão pertinente será contida em uma “decisão” em que não será permitido incluir opiniões separadas (não obstante a natureza particularmente controversa das questões tratadas), enquanto se também somente uma reclamação do recurso for considerada admissível, as decisões sobre a admissibilidade de tal reclamação e sobre a inadmissibilidade das outras reclamações ficarão contidas em “sentença” (atendendo à regra do exame conjunto do Artigo 29 da CEDH) e neles os juízes poderão livremente formular opiniões divergentes ou concordantes.

A esse respeito, deve-se, por outro lado, acrescentar como a escolha da forma do provimento (decisão ou sentença) é, em larga medida, discricionária e depende de uma série de fatores internos ao Tribunal (como a proposta elaborada pelos juristas da Chancelaria encarregados da instrução do caso, as decisões do Presidente da Seção e do juiz relator, a combinação das maiorias no interior dos colegiados judicantes individuais), que podem conduzir a um ou ao outro resultado e que não são vinculados a precisas regras processuais (por exemplo, a realização ou não do contraditório escrito e eventualmente também oral¹²⁷).

Ora, a escolha – aparentemente neutra – da veste formal (decisão ou sentença) da deliberação não unânime em termos de admissibilidade ou arquivamento produz, na realidade, consequências muito relevantes no plano substancial, podendo em última análise incidir naquele dinamismo interpretativo que se reputa constituir um componente vital do sistema convencional e na capacidade desse último de se transformar e se renovar no tempo.

Não somente, de fato, não é permitido a juízes da minoria a formulação de opiniões separadas nas decisões de inadmissibilidade ou arquivamento, mas

126 [N.T.] As reclamações podem ser feitas por dois instrumentos formais: queixa interestadual, prevista no Artigo 33 da Convenção, ou petição individual, nos termos do Artigo 34 da Convenção.

127 Não está excluído, de fato, que, mesmo após a troca dos memoriais escritos entre as partes e talvez a celebração de uma audiência pública para discussão, o Tribunal (*rectius*: a maioria do colegiado judicante) adote, em qualquer caso, uma “decisão” em vez de uma “sentença” de arquivamento, também na composição da Grande Câmara (cf., por exemplo, TEDH, **Berlusconi c. Itália** [GC] (dec.), 58428/13, 27 de novembro de 2018, e, no oposto, **Burmych e outros c. Ucrânia**, ob. cit., ambos adotados por maioria) ou uma “decisão” de inadmissibilidade por manifesta falta de fundamento em vez de uma “sentença” de não violação, eventualmente com contextual declaratória de inadmissibilidade das outras reclamações (cf., por exemplo, TEDH, **Harkins c. Reino Unido** [GC] (dec.), 71537/14, 15 de junho de 2017, §§ 58-68, também essa adotada por maioria). A isso se soma que tais questões de incompatibilidade do recurso com as disposições convencionais podem ser tratados seja como questões de inadmissibilidade em sentido estrito (e, portanto, acertadas com uma “decisão”) seja como questões pertinentes à jurisdição do Tribunal (e, portanto, acertadas com uma “sentença”), como demonstrou emblematicamente o TEDH, **Blečić e outros c. Croácia** [GC], 59532/00, 8 de março de 2006, especialmente § 67, relativo à incompatibilidade *ratione temporis*, e **Maaoui c. França** [GC], 39652/98, 5 de outubro de 2000, e **Ferrazzini c. Itália**, ob. cit., relativa à incompatibilidade *ratione materiae*, à qual foram, de fato, anexadas várias opiniões divergentes.

ditas decisões – se adotadas por uma Câmara – não são impugnáveis perante o Tribunal Pleno, nos termos do Artigo 43 da CEDH e – diversamente das sentenças – não reportam nem mesmo o número dos juízes do favoráveis ou contrários, mas somente a indicação, no dispositivo, da adoção “por maioria” ou “por unanimidade”¹²⁸.

Em essência, a decisão – a respeito da sentença – deixa tácita qualquer expressão motivada de dissenso e até oculta a intensidade (em termos numéricos) do dissenso mesmo, tornando, além do mais, inquestionáveis as conclusões alcançadas pela maioria. O que, por um lado, impede de estabelecer qual seja o exato valor a atribuir ao precedente e quais podem ser as chances de uma sucessiva determinação diversa do Tribunal em questões de importância fundamental (como, por exemplo, aquelas concernentes ao âmbito de aplicação material e territorial da CEDH); e, por outro lado, determina uma evidente assimetria no desenvolvimento dinâmico da elaboração jurisprudencial, favorecendo uma revisão crítica das isoladas decisões de admissibilidade incorporadas em uma sentença, que podem, entre outras coisas, ser reformada (em sentido desfavorável) por parte da Grande Câmara, também à luz das eventuais opiniões divergentes anexadas à sentença da Câmara objeto do reenvio¹²⁹.

Por efeito desse sistema, se tem o sério risco que algumas tendências evolutivas do “direito convencional” tenham dificuldades ou, em qualquer caso, demorem a afirmar-se na jurisprudência, e isso especialmente considerando a relevância atribuída às decisões de inadmissibilidade com fins de filtro preliminar desenvolvido pelo juiz singular (com o auxílio determinante da Chancelaria do Tribunal) e que poderia sufocar no nascimento qualquer *revirement* interpretativo enquanto a questão não chegue ao escrutínio de um juiz do Tribunal (e, antes ainda, de um jurista da Chancelaria) disposto a questionar o precedente negativo¹³⁰.

128 Cf. SCHABAS, William A. **The European Convention**, ob. cit., p. 859. Isso acontece – bastante curiosamente – mesmo quando a decisão de inadmissibilidade está contida no interior de uma sentença (Cf., por exemplo, TEDH, *Moreira Ferreira c. Portugal* (n. 2), ob. cit., § 1 do dispositivo).

129 Assim, por exemplo, enquanto uma decisão que excluísse por maioria (talvez 4 a 3) a aplicabilidade *ratione materiae* de uma disposição convencional seria definitiva e poderia ser utilizada como precedente para declarar inadmissíveis (talvez mesmo de plano) sucessivos recursos de conteúdo análogo, uma sentença que, ao contrário, afirmasse por maioria (sempre 4 a 3) a aplicabilidade *ratione materiae* da mesma disposição convencional seria impugnável pelas partes perante a Grande Câmara, talvez com base nas argumentações contidas nas opiniões separadas anexadas à sentença da Câmara, e poderia, enfim, levar a maioria da Grande Câmara a declarar o recurso inadmissível.

130 Pense-se, por exemplo, nas evoluções jurisprudenciais de absoluta relevância como aquela relativa à retroatividade da lei penal mais favorável, consagrada pelo TEDH, **Scoppola c. Itália** (n. 2) [GC], 10249/03, 17 de setembro de 2009. Considerando que a progressiva jurisprudência do Tribunal havia constantemente excluído que o Artigo 7 da CEDH garantisse também o direito à retroatividade *in mitius* (cf. TEDH, **Le Petit c. Reino Unido** (dec.), 35574/97; 5 de dezembro de 2000, e **Zaprianov c. Bulgária** (dec.), 41171/98, 6 de março de 2003), é legítimo imaginar que, até a comunicação do caso Scoppola, muitos outros recursos tendo por objeto tal questão foram declarados inadmissíveis de plano por um juiz único nos termos do Artigo 27 da CEDH, com base em uma proposta dos relatores não judiciários conforme aos precedentes negativos, e que, de consequência, tal importante avanço de tutela havia “lutado” para emergir na jurisprudência do Tribunal (embora sendo por muito tempo maturado aquele consenso a nível internacional que o teria então induzido a uma mudança de posição).

Em conclusão, acreditamos que aos juízes individuais deveria ser permitido fazer ouvir sua “voz” pessoal (dissidente ou concordante) também a respeito das decisões de inadmissibilidade e arquivamento (especialmente se assumidas por maioria¹³¹) de forma a deixar “traços” – antes de tudo no interior do próprio Tribunal – das razões jurídicas que poderiam justificar no futuro uma mudança de direção, assegurando um desenvolvimento da jurisprudência mais equilibrado, tempestivo e transparente.

5. O PAPEL DAS OPINIÕES DISSIDENTES E CONCORDANTES NA APLICAÇÃO DA CEDH POR PARTE DAS JURISDIÇÕES ITALIANAS

Nos últimos anos, as opiniões separadas dos juízes de Estrasburgo (especialmente aquelas divergentes) começaram a receber alguma atenção também em sede de aplicação das normas convencionais por parte das jurisdições nacionais. Cresce, de fato, o número das decisões (sobretudo da Corte de Cassação e da Corte Constitucional) que, de modo mais ou menos pertinente, fazem expressa menção de tais pontos de vista na reconstrução do escopo e dos valores das orientações interpretativas do Tribunal europeu.

Entre os primeiros casos dignos de nota em que as opiniões separadas foram levadas em consideração na jurisprudência nacional, se pode citar uma série de decisões da Primeira Seção Cível da Corte de Cassação, relativas ao reconhecimento, a favor das sociedades comerciais, de equitativa reparação por irrazoável duração do processo, nos termos da Lei n. 89, de 24 de março de 2001 (assim chamada Lei Pinto)¹³². Chamada para verificar se a jurisprudência do Tribunal europeu exigia a concessão, em qualquer caso, para as sociedades comerciais de uma reparação pecuniária pelos danos não patrimoniais decorrentes da irrazoável duração do processo e se, portanto, a Lei Pinto deveria ser interpretada de modo convencionalmente conforme no sentido de considerar *in re ipsa* tal dano, a prescindir de qualquer ônus de alegação e prova, a Suprema Corte corretamente assumiu como o ponto de partida de suas considerações a sentença no caso Comingersoll S.A., com a qual o Tribunal do europeu, na composição da Grande Câmara, havia reconhecido que também as sociedades comerciais poderiam sofrer danos não patrimoniais por efeito da excessiva duração dos processos¹³³.

131 Em tal hipótese, seria também oportuno que a decisão de reportar o número de votos favoráveis e contrários, analogamente ao que já está previsto para as sentenças do Artigo 74 do Regulamento do Tribunal.

132 Cf., em particular, Corte de Cassação, Área Civil, Primeira Seção, 30 de setembro de 2004, n. 19647.

133 Cf. TEDH, **Comingersoll S.A. c. Portugal** [GC], 35382/97, 4 de abril de 2000, §§ 31-37, onde em particular se considerou que a efetividade do direito garantido pelo Artigo 6, § 1º, da CEDH implica o poder do Tribunal de conceder mesmo às empresas comerciais uma justa satisfação por danos não patrimoniais, tendo em conta, em particular, “da reputação da companhia, incerteza no planejamento de decisões, disrupção na gestão da companhia (para a qual não há método preciso de cálculo das consequências) e, por último, ainda que em menor grau, a ansiedade e inconveniência causadas aos membros da equipe de gestão”.

Todavia, ao reconstruir o exato escopo de tal frase (e da sucessiva jurisprudência que havia confirmado as conclusões), os juízes de legitimidade não deixaram de observar como essa “foi assumida por unanimidade, mas com as declarações separadas de quatro dos dezessete membros da Grande Câmara (ou do presidente e de três juízes), os quais não negaram que também às pessoas jurídicas compita o reconhecimento de um dano não patrimonial, mas afirmaram que esse deve fundar-se sobre aspectos peculiares próprios do sujeito considerado (por exemplo, a sua reputação), sobre os quais havia incidido a ação ou omissão lesiva”¹³⁴. Segundo a Suprema Corte, a distinção fixada pelos quatro juízes teria comportado uma limitação objetiva do prejuízo não patrimonial reparável pela lesão de “incerteza”, “perturbações”, “angústias” e “aborrecimentos” enfrentados não pela entidade como tal, mas diretamente pelo administrador e pelos sócios.

Com base em tais premissas e na observação de que a obrigação de interpretar a Lei Pinto de modo conforme à CEDH tal como essa vive na jurisprudência operaria “na medida do possível”, a Suprema Corte não somente afirmou que os danos não patrimoniais reportados pelas sociedades deviam sempre ser alegados e provados, ainda que mediante presunções simples ou recurso a fatos notórios; mas além disso excluiu a subsistência de qualquer perfil de contraste entre a Lei Pinto e a Convenção relativamente à efetividade do remédio reparatório nos termos do Artigo 13 da CEDH¹³⁵.

Nesta circunstância, portanto, as opiniões concordantes de alguns juízes na sentença unânime da Grande Câmara no caso *Comingersoll S.A.*, ofereceram aos juízes nacionais um importante ponto de partida para delimitar o escopo e as implicações de uma orientação interpretativa consolidada na jurisprudência de Estrasburgo (em tema de ressarcibilidade do dano não patrimonial sofrido por uma pessoa jurídica) para fins de aplicação de normas internas de adaptação em via ao Artigo 6, § 1º, e Artigo 13 da CEDH¹³⁶.

134 Assim, literalmente, Corte de Cassação, Área Civil, Primeira Seção, 30 de setembro de 2004, n. 19647.

135 Cf. *ibidem*, onde a Suprema Corte reitera que “o dano não patrimonial sofrido pela sociedade de pessoas, como aquele sofrido por pessoas jurídicas, compreendendo efeitos lesivos que prescindem da personalidade psicológica, os quais são, ao invés, necessariamente ligados a sujeitos de direito providos de ‘fiscidade’, deve ser alegado e provado, segundo o que normalmente acontece em matéria de liquidação nos termos do Artigo 2.059 do CC, mesmo que sua própria natureza o torne plausível, quer o accertamento através de presunções simples ou mediante recurso ao notário e às noções de experiência comum, quer a liquidação equitativa de acordo com o Artigo 1.226 do CC (disposição, esta, a que se refere o Artigo 2.056 do CC, que, por sua vez, remete ao Artigo 2 da Lei n. 89 de 2001), a qual resultará admissível, conforme os princípios gerais, com a condição de que estejam anexadas que sejam adotados os elementos constitutivos e as circunstâncias de fato ou aquelas notórias das quais se deduz, ainda que em via presuntiva, a existência do dano alegado”.

136 Como é sabido, a Lei n. 89/2001 assumiu expressamente como pressuposto do direito à equitativa reparação a violação do direito à razoável duração do processo sancionado pelo Artigo 6, § 1º, da CEDH, objetivando assim implementar tal disposição convencional no ordenamento interno segundo o significado que lhe é atribuído pela jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo. Além disso, a instituição de um remédio reparatório *ad hoc* para os danos decorrentes da excessiva duração dos processos constitui uma medida de implementação do direito para um remédio interno efetivo consagrado no Artigo 13 da CEDH, conforme reconhecido pelo TEDH, *Nuvoli c. Itália*, 41424/98, 16 de maio de 2002, §§ 26-37.

Mas as opiniões separadas dos juizes de Estrasburgo têm certamente recebido renovada e mais atenta consideração na jurisprudência nacional seguindo as famosas célebres sentenças “gêmeas” da Corte Constitucional n. 348 e n. 349 de 2007¹³⁷ e sobretudo na sequência da controversa sentença da mesma Corte n. 49 de 2015¹³⁸.

Merecem, antes de tudo, ser assinaladas duas decisões – substancialmente coincidentes – do Tribunal Administrativo Regional para a Lombardia, com as quais foram acolhidos os recursos propostos contra provimentos administrativos que haviam negado a inscrição para transferência aos anos sucessivos¹³⁹ ao primeiro, nos cursos de láurea¹⁴⁰ com número limitado de vagas de medicina e cirurgia¹⁴¹. Em sustentação às próprias conclusões acerca da necessidade de uma interpretação “aberta” da normativa nacional reguladora do acesso às faculdades com “número limitado” de vagas, o juiz administrativo fez referência também à sentença proferida pelo TEDH no caso **Tarantino e outros c. Itália**, que havia excluído – por maioria – a incompatibilidade de uma tal normativa com o direito à educação garantido pelo Artigo 2 do Protocolo n. 1 para a CEDH¹⁴².

Segundo o Tribunal Administrativo Regional, de fato, “uma leitura aberta da normativa é coerente com a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos formada justamente em relação à Lei n. 264/1999 e aos cursos de láurea em medicina e cirurgia” no caso **Tarantino**, considerando que a previsão do número limitado foi considerada compatível com o Artigo 2 do Protocolo n.

137 Cf. Corte Constitucional, 24 de outubro de 2007, n. 348 e n.º 349. Como se sabe, com tais sentenças se estabeleceu, pela primeira vez, que as normas convencionais, assim como interpretadas pelo Tribunal de Estrasburgo enquanto seu juiz “natural”, integram o parâmetro de constitucionalidade do qual o Artigo 117, *comma* 1, da Constituição, impondo a obrigação de interpretação convencionalmente conforme e, no caso de conflito insanável, a caducidade por inconstitucionalidade da lei interna, sempre que seja previamente verificada a compatibilidade das normas convencionais com as normas da Constituição. Parece supérfluo nesta sede citar a literatura hoje exterminada a esse respeito, uma recapitulação da qual se pode ler em TESAURO, Giuseppe. *Costituzione e norme esterne. Il Diritto Dell’Unione Europea*, Milão, v. 2, n. 2, pp. 195-229, 2009; e PEDRAZZI, Marco. *La CEDU nell’ordinamento italiano*. In: CALIGIURI, Andrea; CATALDI, Giuseppe; NAPOLETANO, Nicola. (Ed.). **La tutela dei diritti umani in Europa**. Pádua: CEDAM, 2010, p. 595 e ss.

138 Cf. Corte Constitucional, 26 de março de 2015, n. 49, com a qual essa declarou inadmissível a questão de legitimidade constitucional do Artigo 44, *comma* 2, do Decreto do Presidente da República n. 380, de 6 de junho de 2001, levantado (também) em referência ao Artigo 117, *comma* 1, da Constituição em relação ao Artigo 7 da CEDH, como interpretado no TEDH, **Varvara c. Itália**, 17475/09, 29 de outubro de 2013, §§ 58-73, sobre questão de aplicação da medida de confisco para loteamento abusivo no caso de absolvição por prescrição do crime. Entre os tantos comentários sobre tal decisão, vejam-se, em particular, RUGGERI, Antonio. *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno. Diritto penale contemporaneo*, a. VI, n. 2, pp. 325-332, 2015; VIGANÒ, Francesco. *La Consulta e la tela di Penelope. Diritto penale contemporaneo*, a. VI, n. 2, pp. 333-343, 2015; MANES, Vittorio. *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza. Diritto penale contemporaneo*, a. VI, pp. 1-28, 13 de abril de 2015; ZAGREBELSKY, Vladimiro. *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, Artigo 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione. Osservatorio Costituzionale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti*, maio de 2015, p. 1-10; CONTI, Roberto. *La Cedu assediata? (Osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015). Consulta Online*, a. XXI, n. 2, pp. 181-193, 2015.

139 [N.T.] Transferência aos anos sucessivos é o equivalente à transferência externa brasileira, do curso de Medicina de uma IES para o curso de Medicina de outra IES.

140 [N.T.] Equivalente à graduação.

141 Cf. Tribunal Administrativo Regional para a Lombardia – Seção I (Brescia), 31 de julho de 2013, nº 724 e 26 de novembro de 2014, n. 1297.

142 Cf. TEDH, **Tarantino e outros c. Itália**, 25851/09, 29284/09, 64090/09, 2 de abril de 2013, §§ 43-61.

1 enquanto destinada a garantir os objetivos razoáveis de colocar em relação a oferta de serviços universitários com a disponibilidade financeira do país inteiramente considerado, evitando que o acesso aos graus mais elevados da formação seja determinado unicamente pelo rendimento individual, e para prevenir o risco de desemprego futuro, com os respectivos custos sociais. Para que a definição da legislação nacional, considerada conforme à disciplina convencional, não impunha, de fato, a rejeição de uma demanda de transferência como aquela formulada pelos recorrentes, considerando somente as vagas da cota programada que ficaram vacantes e não colocando, portanto, em perigo os objetivos públicos perseguidos por meio do sistema de número limitado.

Ao motivar a sua posição sobre a jurisprudência do TEDH, o juiz administrativo não deixou de sublinhar, por boas duas vezes, como a sentença do TEDH no caso *Tarantino* não tinha sido adotada por unanimidade, havendo um dos juízes do colegiado expressado o próprio dissenso¹⁴³. Neste caso, portanto, as “dúvidas” expressas na opinião do juiz divergente foram evocadas a fim de sublinhar a necessidade de uma leitura “restritiva” do precedente **Tarantino** e para evitar que esta pudesse ter um efeito “regressivo” na interpretação da normativa nacional.

Em essência, a opinião divergente tem aqui jogado – ainda que de modo indireto – um papel “expansivo” na implementação a nível interno dos direitos convencionalmente garantidos, induzindo o juiz nacional a refutar – corretamente – qualquer simplista conclusão fundada na considerada compatibilidade do “número limitado” com o Artigo 2 do Protocolo n. 1, em conformidade com a cláusula geral de salvaguarda prevista no Artigo 53 da CEDH, por força do qual nenhuma disposição convencional “pode ser interpretada de modo a limitar ou prejudicar os direitos humanos e as liberdades fundamentais que possam ser reconhecidos com base nas leis de cada Parte contratante”.

Na mesma linha em que se coloca uma decisão da Corte de Cassação, de 2014, com a qual foi reconhecido o direito para os filhos nascidos de “parto anônimo” de acessar os dados relativos à mãe após a morte desta, com base em uma leitura “expansiva” dos princípios extraídos da jurisprudência de Estrasburgo¹⁴⁴. Em particular, a Suprema Corte excluiu que as conclusões alcançadas pela Grande Câmara do Tribunal europeu no processo **Odièvre c. França**, no mérito da compatibilidade da legislação francesa com o Artigo 8 da CEDH¹⁴⁵, pudessem

143 O juízo da Câmara foi expressado por maioria (6 a 1) em relação à reclamação principal dos recorrentes relacionada à previsão do número limitado para acesso às faculdades de medicina e cirurgia, com voto contrário do juiz Pinto de Albuquerque que formulou uma opinião parcialmente divergente; enquanto foi unânime para quanto diz respeito à ulterior reclamação levantada por um dos candidatos, que se queixou de ter sido constringido a fazer novamente o teste de admissão na sequência do cancelamento do curso de láurea por afastamento prolongado.

144 Cf. Corte de Cassação, Área Civil, Primeira Seção, 21 de julho de 2016, n. 15024.

145 Cf. TEDH, **Odièvre c. França** [GC], 42326/98, 13 de fevereiro de 2003, onde o Tribunal considerou compatível com os artigos 8 e 14 da CEDH o mecanismo previsto na legislação francesa que reforçava as possibilidades para a mulher revogar sua

ser adotadas como justificação de uma interpretação da normativa italiana que impedisse o acesso aos dados da mãe anônima para além do limite da vida, valorizando, pelo contrário, os critérios de equilíbrio com base nos quais o próprio Tribunal europeu havia, em vez disso, constatado uma violação do Artigo 8 da CEDH no caso **Godelli vs. Itália**¹⁴⁶ e que foram, então, rejeitadas, em termos ainda mais estritos, pela Corte Constitucional na sentença n. 278 de 2013¹⁴⁷.

No cumprimento desta operação hermenêutica, os juízes da legitimidade não deixaram de sublinhar como a sentença no caso **Odièvre** constituiu “um precedente sofrido porque foi pronunciado no êxito de um difícil equilíbrio entre tradições jurídicas e muito diversas posições de princípio, como é eloquentemente representado na opinião divergente dos juízes Wildhaber, Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens e Pellonpaä”. Depois de ter relatado sinteticamente o conteúdo da opinião divergente conjunta, a Suprema Corte expressou assim o seu pensamento: “Se esta posição não encontrou o consenso da maioria essa parece, todavia, relevante porque traz à luz como ao instituto do parto anônimo foi reconhecida legitimidade na sentença Odièvre também em perpetuar uma posição de disparidade entre os interesses em conflito, tornando para certos aspectos imprópria a referência à teoria e técnica do equilíbrio entre direitos fundamentais, habitualmente utilizada na jurisprudência de Estrasburgo”¹⁴⁸.

E com base nessa premissa, levou, então, em consideração a sentença da Corte Constitucional n. 278 de 2013 para vir assim a afirmar que “sem sombra de dúvida, (...) a nossa Corte Constitucional delineou em termos ainda mais rigorosos e sistemáticos do que o Tribunal Europeu a condição de legitimidade do instituto em questão sob a condição da potencial e ao mesmo tempo sempre atual reversibilidade do segredo” e a considerar, conseqüentemente, impossível estender além do limite de vida da mãe o prazo previsto no Decreto Legislativo n. 196/2003 para ostensibilidade dos dados que a tornam identificável¹⁴⁹.

decisão de anonimato, também mediante a instituição de um organismo ad hoc em grau de gerir a reversibilidade do segredo e de tornar efetiva a interpellabilidade da mãe a pedido do filho para remover o segredo. Tal sentença foi, todavia, adotada por maioria com o voto contrário de sete juízes da Grande Câmara (entre os quais o Presidente do Tribunal), que anexaram uma (articulada) opinião divergente conjunta, que fazem o contraponto das opiniões concordantes de outros quatro juízes.

146 Cf. TEDH, **Godelli c. Itália**, 33783/09, 25 de setembro de 2012, onde o Tribunal considerou que a preclusão absoluta de “reversibilidade do segredo” sobre a identidade da mãe prevista pela legislação italiana não permitia a realização de um justo equilíbrio entre os contrapostos interesses em jogo, excedendo assim a margem de apreciação reconhecida às autoridades estatais. Tal sentença foi adotada por maioria com o único voto contrário do juiz Sajó, que anexou uma própria (brevíssima) opinião divergente.

147 Cf. Corte Constitucional, 18 de novembro de 2013, n. 278, com a qual – também com base na sentença **Godelli c. Itália** – foi declarada a ilegitimidade constitucional, em contraste com os artigos 2 e 3 da Constituição, do Artigo 28, *comma* 7, da Lei n. 184, de 4 de maio de 1983, como substituído do Artigo 177, *comma* 2, do Decreto Legislativo n. 196, de 30 de junho de 2003, na parte em que não previa – através de um procedimento, estabelecido por lei, que assegura a máxima confidencialidade – a possibilidade para o de juiz interpellar a mãe – que havia declarado não querer ser nomeada nos termos do Artigo 30, *comma* 1, do Decreto do Presidente da República n. 396, de 3 de novembro de 2000, – a pedido do filho, a fim de uma eventual revogação de tal declaração. Assim fazendo, os juízes do Conselho substancialmente reconsideraram as conclusões que foram recebidas da Corte Constitucional, n. 425, de 16 de novembro de 2005.

148 Cf. Corte de Cassação, Área Civil, Primeira Seção, 21 de julho de 2016, n. 15024.

149 Cf. *ibidem*.

Também neste caso, portanto, o dissenso expresso pelos juízes da minoria do Tribunal de Estrasburgo foi valorizado a sustentar uma interpretação da normativa nacional considerada idônea para realizar uma mais ampla tutela dos direitos convencionais (também constitucionalmente garantidos) a respeito da solução acolhida pela maioria da Grande Câmara no caso **Odièvre**.

Em todas as outras direções se movem, ao invés, uma série de sucessivas decisões sobre o tema do confisco por loteamento abusivo no caso de absolvição por prescrição do relativo crime. Em tal contexto, seja a Corte de Cassação seja a Corte Constitucional recordaram as opiniões divergentes a fim de meter seriamente em dúvida a natureza consolidada dos princípios interpretativos expressos pelo Tribunal europeu no caso **Varvara c. Itália**¹⁵⁰ e de “reduzir” o âmbito de aplicação das garantias convencionais a nível interno (particularmente, aquelas derivadas do princípio da legalidade das sanções penais enunciado no Artigo 7 da CEDH).

Deu início às “danças” a Corte de Cassação, a qual, ao considerar relevante e não manifestamente infundada a questão da legitimidade constitucional do Artigo 44, *comma* 2, do Decreto do Presidente da República n. 380 de 2011 à luz das declarações contidas na sentença **Varvara** (excludentes da aplicabilidade do confisco nela previsto no caso de declaração de prescrição do crime mesmo se a responsabilidade penal fosse acertada em todos os seus elementos), abertamente contestou a compatibilidade de tal orientação interpretativa com vários princípios da Carta Constitucional, segundo o dispositivo dos “contra-limites” mesmos, desenvolvidos pelo Conselho a partir das sentenças gêmeas de 2007¹⁵¹. Na ordenança de remessa, os juízes de legitimidade observaram, entre outras coisas, como a sentença **Varvara** assinala sem dúvida uma ulterior etapa na “interpretação evolucionária” do Artigo 7 da CEDH e, em particular, um relançamento do processo de “convencionalização” do princípio de culpabilidade, observando, porém, como dita evolução não foi unanimemente compartilhada pelo colegiado judicante do Tribunal europeu, no interior do qual se registrava o dissenso do juiz Pinto de Albuquerque “que havia formulado uma articulada opinião divergente”.

Entrou, portanto, em cena a Corte Constitucional a qual, na sentença n. 49 de 2015, considerou que o juiz comum está vinculado à compartilhar a interpretação das disposições convencionais acolhidas pela jurisprudência do Tribunal Europeu somente no caso em que essa seja expressiva de uma “orientação consolidada” e sempre que não se trate de uma “sentença piloto” em sentido estrito, negando que a incompatibilidade com o Artigo 7 da CEDH de um provimento

150 Cf. TEDH, **Varvara c. Itália**, 17475/09, 29 de outubro de 2013.

151 Cf. Corte de Cassação, Terceira Seção, 30 de abril de 2014 n° 20636.

de confisco adotado na ausência de uma sentença penal de condenação, afirmada na sentença **Varvara**, refletisse uma “orientação consolidada da jurisprudência europeia” (tanto mais que a mesma questão já havia sido levada ao crivo da Grande Câmara em alguns casos sucessivos) e vinculasse, portanto, os juízes remetentes a atribuir às disposições convencionais o significado que, ao invés, haviam extraído¹⁵².

Ao assumir esta posição, que gira em torno da controversa noção de “jurisprudência consolidada”¹⁵³, a Corte Constitucional indicou vários índices que deveriam guiar o juiz comum no seu percurso de discernimento do caráter inovador ou não da orientação interpretativa considerada, entre a qual “a recorrência de opiniões divergentes, especialmente se alimentadas por robustas deduções”. E precisou que, quando todos ou alguns desses índices se manifestam, não haveria alguma razão que obrigasse o juiz comum a compartilhar a linha interpretativa adotada pelo Tribunal europeu para decidir uma peculiar controvérsia, sempre que não se trate de uma “sentença piloto em sentido estrito”.

Esta posição de princípio foi então reafirmada na jurisprudência constitucional sucessiva – embora nem sempre de modo igualmente pontual¹⁵⁴ – mas sobretudo encontrou amplo eco na jurisprudência de legitimidade, a qual não deixou, em vários casos, de sublinhar a potencial relevância das opiniões divergentes, a fim de qualificar uma determinada orientação jurisprudencial do Tribunal Europeu como “direito consolidado” ou, em qualquer caso, para delimitar o alcance¹⁵⁵. E isso mesmo depois do esclarecimento (na verdade, bastante “pálida”) contida na sentença da Grande Câmara no caso G.I.E.M. S.r.l. e outros, segundo

152 Cf. Corte Constitucional, 26 de março de 2015, nº 49, §§ 7º e 7.1 do **considerado em direito**.

153 Para uma crítica forte e compartilhável dessa noção, ver, em particular, ZAGREBELSKY, Vladimir. **Corte cost.**, ob. cit., especialmente p. 5 e ss., e a opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, **G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália** [GC], 1828/06, 34163/07, 19029/11, 28 de junho 2018, §§ 43-56.

154 Além da Corte Constitucional, 24 de junho de 2015, n. 187, na qual reafirma que a sentença **Varvara** “não constitui expressão de uma jurisprudência consolidada do Tribunal de Estrasburgo”, uma referência ao caráter “consolidado” da jurisprudência europeia se encontra, por exemplo, na Corte Constitucional de 8 de julho de 2015, n. 184, com relação à interpretação do Artigo 6, § 1º, da CEDH em matéria de *die a quo* do período a computar para fins de determinação da duração completa de um processo penal; na Corte Constitucional, 13 de janeiro de 2016, n. 36, no que diz respeito à interpretação do Artigo 6, § 1º, da CEDH em matéria de duração do procedimento de reparação equitativa do dano por atraso acumulado em outro processo; na Corte Constitucional, 8 de março de 2016, n. 102, no que diz respeito à interpretação do Artigo 4 do Protocolo n. 7 em matéria de sanções da CONSOB [N.T. *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*, autoridade nacional italiana responsável pela regulação do mercado imobiliário e da bolsa de valores]; na Corte Constitucional, 31 de março de 2016, n. 200, com relação à interpretação da noção de “decisão definitiva” para fins de aplicação do Artigo 4 do Protocolo n. 7; e na Corte Constitucional, 24 de janeiro de 2018, n. 43, com relação à evolução da jurisprudência europeia em tema de aplicação do *ne bis in idem* na sequência de TEDH, **A e B c. Noruega** [GC], 24130/11 e 29758/11, 15 de novembro de 2016. Em outros casos, embora não fazendo expressa referência à noção de “direito consolidado”, a Corte Constitucional apontou, no entanto, a existência de opiniões divergentes à sentença do Tribunal Europeu invocadas para integração do parâmetro convencional interposto (cf., por exemplo, Corte Constitucional, 20 de junho de 2017, n. nº 166, em tema de “pensões suíças”, com referência ao valor do *novum* constituído pelo TEDH, **Stefanetti e outros c. Itália**, 21838/10, 1 de junho de 2017).

155 Cf., por exemplo, sempre em matéria de confisco por loteamento abusivo, Corte de Cassação, Área Penal, Terceira Seção, 23 de janeiro de 2019, n. 8350; Corte de Cassação, Área Penal, Quarta Seção, 14 de março de 2019, n. 33233; Corte de Cassação, Área Penal, Terceira Seção, 5 de julho de 2019, n. 38484; e Corte de Cassação, Área Penal, Terceira Seção, 12 de setembro de 2019, n. 47094, onde se faz referência, entre outras coisas, às opiniões parcialmente concordantes e parcialmente divergentes dos juízes Spano e Lemmens no TEDH, **G.I.E.M. e outros c. Itália**, ob. cit., para delimitar o alcance do accertamento de violação do Artigo 1 do Protocolo n. 1 aí contido.

a qual as sentenças da Corte têm todas o mesmo valor jurídico e a sua natureza vinculante e autoridade interpretativa não podem, portanto, depender da composição que as proferiu¹⁵⁶.

Por último, e em uma perspectiva não dissimilar daquela supra delineada, a Corte de Cassação fez referência à opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque anexa à sentença da Grande Câmara no caso **A e B c. Noruega** para excluir – com base nos critérios indicados pela Corte Constitucional – que a “nova” orientação interpretativa aí acolhida relativamente ao âmbito (reduzido) do *ne bis in idem* no caso de juízos paralelos de tipo penal e tributário poderia considerar-se expressão de uma jurisprudência não suficientemente consolidada para fins de considerar integrada a obrigação de interpretação conforme do direito interno¹⁵⁷.

Particularmente, segundo a Suprema Corte, a opinião divergente em questão – embora articulada – não afetaria “a eficácia da decisão”, enquanto essa “se resolve em uma defesa das posições expressas na sentença **Zolotouikhine c. Rússia**, e na denúncia da vagueza do critério do ‘estrito vínculo material e temporal’ que não incide na capacidade argumentativa da sentença criticada”, tendo a Grande Câmara efetuado “uma análise acurada dos precedentes deformes, que vêm superados através de um inovador equilíbrio entre a tutela do direito do indivíduo a não ser perseguido mais vezes pela mesma conduta e a proteção do interesse coletivo a perseguir o atingimento de diversas ‘finalidades sociais’ cuja identificação é solicitada pela pluriofensividade da conduta”¹⁵⁸.

Não é, certamente, esta a sede para ater-se pontualmente à noção de “jurisprudência consolidada” cunhada pela Corte Constitucional a partir da sentença n. 49 de 2015 como condição indispensável para a insurgência da obrigação de interpretação conforme por parte do juiz comum. Certo é que identificar nas opiniões divergentes um índice de falta de “consolidação” levanta notável perplexidade. Não somente porque – como corretamente observado pelo juiz Pinto de Albuquerque – a “robustez” dos argumentos aí contidos é um critério demasiado subjetivo e a expressão individual do dissenso não afeta (nem poderia afetar) de algum modo a força jurídica das sentenças adotadas ao êxito de uma deliberação colegiada por maioria¹⁵⁹; mas também porque, como já se disse precedentemente, as opiniões divergentes podem, ao contrário, ser índices do prevalecer, no interior do Tribunal, de uma determinada orientação jurisprudencial (além da sempre possível revisão crítica futura dessa).

156 Cf. TEDH, G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália, ob. cit., § 252.

157 Cf. Corte de Cassação, Área Penal, Segunda Seção, 15 de dezembro de 2016, n. 9184.

158 Cf. *ibidem*.

159 Cf. a opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália, ob. cit., § 45.

Isto é particularmente verdadeiro no caso em que ao dissenso expressado por alguns juizes se contraponha a opinião concordante do mesmo modo “fortemente” motivada de outros juizes e no caso em que a solução decisória acolhida pela maioria de uma Câmara não seja submetida a reexame por parte da Grande Câmara enquanto considerada inidônea para prospectar uma “questão grave de interpretação ou aplicação” das normas convencionais ou uma “questão de importância geral”. Não se deve, de fato, esquecer que a rejeição de um pedido de reenvio por parte do Colégio de cinco de juizes da Grande Câmara, nos termos do Artigo 43 da CEDH, implica que ao menos três outros juizes (sendo as decisões do Colégio assumidas por maioria) considerem na substância “compartilhada” o *decisum* da Câmara, pelo menos nos termos gerais de uma sua não aberta contradição a respeito da pregressa jurisprudência (que, de outra forma, configuraria uma típica “questão grave” de interpretação). De modo que pode acontecer que a “soma” dos votos globais “confirmatórios” de uma sentença da Câmara seja igual ou até maior a respeito daquela que sustenta uma sentença da Grande Câmara¹⁶⁰.

Parece, em conclusão, que a jurisprudência nacional tenda atualmente a valorizar opiniões divergentes somente em chave “regressiva” ou – se se quer ser mais clemente – de “desobediência funcional”¹⁶¹ a fim de subtrair-se da obrigação de adequação, e sempre menos, ao invés, em chave “expansiva” a fim de promover o desenvolvimento progressivo da tutela (também convencional) dos direitos humanos¹⁶².

A esperança é, portanto, que no futuro prevaleça, também a nível nacional, uma consideração mais “madura” e “equilibrada” das opiniões separadas (tanto divergentes quanto concordantes), que saiba colher no “pluralismo motivacio-

160 Tomemos, por exemplo, a decisão de não violação do Artigo 7 da CEDH em relação ao recorrente pessoa física, contida na sentença da Grande Câmara no citado caso **G.I.E.M. S.r.l. c. Itália**. Tal decisão foi deliberada por uma maioria de dez votos contra sete, enquanto a oposta decisão de violação contida na sentença da Câmara no caso **Varvara c. Itália** foi deliberada por uma maioria de seis juizes contra um, ao qual se devem, porém, acrescentar também os juizes do Colégio da Grande Câmara que rejeitaram o pedido de reenvio formulado pelo Governo italiano. Seria, portanto, bem possível que, se a decisão do Colégio tivesse sido unânime, os votos globais a favor da decisão de violação fossem ainda superiores aos dez votos expressos pela maioria da Grande Câmara em suporte à decisão de não violação. Para tornar “publicamente” cognoscíveis os exatos equilíbrios decisórios internos ao Tribunal, seria, de outro modo, oportuno implementar o convite dos Estados contratantes (cf. nota 22 supra) para motivar as decisões de rejeição do Colégio de cinco juizes da Grande Câmara com indicação dos votos favoráveis e contrários a essa.

161 A este respeito, ver MARTINICO, Giuseppe. Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”. **Diritto penale contemporaneo**, a. XXI, n. 2, pp. 303-317, 2015. No recurso aos assim chamados “contra-limites” das jurisdições internas como instrumento de “razoável resistência” voltados a promover o diálogo entre ordenamento internacional e sistemas jurídicos nacionais ver também: PETERS, Anne. Supremacy Lost: International Law meets Domestic Law. **Vienna Online Journal on International Constitutional Law**, v. 3, n. 3, pp. 170-198, 2009, especialmente p. 194 e PALOMBINO, Fulvio Maria. Compliance with International Judgments: Between Supremacy of International Law and National Fundamental Principles. **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, v. 75, pp. 503-530, 2015, p. 522.

162 Para dar um exemplo, a Corte Constitucional não alguma dúvida sobre a graniticidade da solução acolhida pela maioria da Grande Câmara em TEDH, **Moreira Ferreira c. Portugal** (n. 2), ob. cit., relativamente à insubsistência de uma obrigação convencional de consentir com a reabertura dos procedimentos civis ou administrativos para dar execução a uma sentença do Tribunal (cf. Corte Constitucional, 21 de março de 2018, n. 93, § 5º, do **considerado em direito**), apesar das encorpadas opiniões divergentes anexadas a tal sentença, as quais, entre outras coisas, demonstram como os precedentes jurisprudenciais autorizam uma diversa conclusão.

nal” um contributo “construtivo” ao dinamismo interpretativo convencional e

não apenas uma ocasião crítica “destrutiva” de soluções interpretativas já

cristalizadas nos julgados do Tribunal de Estrasburgo.

AS OPINIÕES DO JUIZ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE DE 2016 A 2020

CLAUDIA CANTONE

Este trabalho recolhe as traduções em língua italiana das mais relevantes opiniões separadas, divergentes ou concordantes, redigidas entre 2016 e 2020 pelo juiz do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Paulo Pinto de Albuquerque. O volume constitui uma atualização da edição precedente intitulada **I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)** editado por Davide Galliani, e se insere, além disso, parte da coletânea de opiniões do juiz Pinto de Albuquerque, traduzidos e publicados em outros países do Conselho Europeu (Espanha, Portugal, Rússia, Ucrânia, França, Turquia) e no Brasil.

Como se sabe, a possibilidade de redigir opiniões individuais ao final das sentenças do Tribunal Europeu está expressamente prevista no Artigo 45, § 2º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (“CEDH”), com base na qual “se a sentença não exprime no todo ou em parte a opinião unânime dos juízes, cada juiz terá direito a anexar as exposições da sua opinião individual”. Em particular, nos termos do Artigo 72, § 2º, do Regulamento do Tribunal, cada juiz tem a faculdade de motivar publicamente o próprio assentimento ou desacordo a respeito da posição expressa na sentença (ou mesmo de fazer simplesmente registrar o seu dissenso, sem necessariamente motivá-lo). Para o estado, os dados literais da disposição convencional não permitem redigir opiniões individuais ao final de uma decisão de inadmissibilidade (veja-se sobre esse ponto a opinião do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, **Garbuz c. Ucrânia**, 72681/10, 19 de fevereiro de 2019) enquanto, com a entrada em vigor do Protocolo n. 16 da CEDH, foi explicitamente regulamentado, nos termos do Artigo 4, § 2º, do Protocolo acima mencionado, o direito de incluir *separate opinions* também nos pareceres consultivos emitidos pela Grande Câmara.

A praxe das opiniões individuais – uma peça fundamental da tradição jurídica do TEDH – permite a cada juiz dissociar-se, na forma que preferir, das conclusões da maioria e fazer valer *expressis verbis* a própria posição autônoma. Em tal sentido, as opiniões separadas geram e alimentam o diálogo seja interno do Tribunal, seja ao exterior do sistema convencional. Basta pensar, por exemplo, que mais de dois terços das opiniões do juiz Pinto de Albuquerque foram redigidos conjuntamente com outros colegas, provando o sentido de colegialidade

difundido e do aberto e constante confronto que se desenvolve entre os bancos de Estrasburgo.

As *separate opinions* garantem, por outro lado, a máxima transparência no processo decisório dos juízes do Tribunal Europeu, oferecendo a possibilidade a estudiosos e profissionais de compreender melhor o percurso lógico-argumentativo e conhecer, quando possível, as posições expressas por cada membro do colégio judicante. Enfim, as opiniões individuais, tanto divergentes como concordantes, contêm frequentemente os germes da evolução jurisprudencial e previnem um excessivo enrijecimento dos padrões de tutela, permitindo à Convenção europeia ser um “*living instrument*” capaz de adaptar-se às mudanças do tempo e garantir uma tutela efetiva, e não ilusória e teórica, dos direitos humanos.

O juiz Pinto de Albuquerque, desde o princípio do seu mandato no Tribunal europeu, se serviu do instrumento das opiniões separadas – escrevendo um total de 157 opiniões (em 153 casos) entre 2011 e 2020 – para oferecer constantes e inovadoras ideias para reflexões sobre as mais importantes decisões adotadas pelo Tribunal nos últimos anos. Com a sua caneta, foi capaz de trazer à luz as nuances mais complexas, e menos óbvias, das questões jurídicas afrontadas na sentença e, ao mesmo tempo, de aproveitar o aspecto “humano” de cada caso levado a exame perante o Tribunal europeu.

As suas opiniões, que muitas vezes quase ganham a forma de textos doutrinários (alguns com índice anexado e múltiplas referências bibliográficas) acompanham o leitor, com um estilo claro e linear, no estudo do princípio de direito subjacente a cada decisão em comento, para compreender a *ratio* e a aplicação no sistema convencional.

Na maior parte dos seus escritos, o juiz português insiste na necessidade de motivar as decisões de maneira adequada e em coerência com o direito internacional, para evitar uma excessiva fragmentação. São prova disso, somente um terço das suas opiniões são divergentes, enquanto nos restantes dois terços, embora compartilhando as conclusões do Tribunal, o juiz se afasta do raciocínio contido na sentença, oferecendo motivações alternativas, abundantemente argumentadas e rigorosamente sólidas em direito.

As páginas que seguem pretendem oferecer ao leitor uma amostra do seu pensamento sobre diferentes temáticas do direito convencional. A seleção das opiniões a traduzir – operada conjuntamente com o juiz Pinto de Albuquerque e o professor Saccucci – recaiu sobre as decisões mais importantes e sobre aquelas que mais interessaram à Itália.

Para tornar o trabalho facilmente consultável, se optou por organizar o escrito em seis capítulos, subdividindo as opiniões por áreas temáticas. Cada capítulo se abre com um ou mais escritos introdutórios, que delineiam as principais e

mais complexas questões de direito enfrentadas. Todas as opiniões foram traduzidas do inglês e, quando possível, comparadas com a versão francesa, na tentativa de permanecer o mais fiel possível ao original. Cada tradução, minuciosamente revisada pelo professor Saccucci, é acompanhada por uma breve introdução sobre o objeto da sentença, por permitir ao leitor compreender melhor o argumento tratado na relativa opinião separada. Enfim, no fechamento de cada capítulo são recolhidos os comentários às opiniões de autoridades acadêmicas, juristas e magistrados italianos.

O primeiro capítulo é dedicado ao direito à vida e à integridade psicofísica, enfrentando questões que vão das obrigações positivas por parte do Estado até o tema, particularmente sensível, da barriga de aluguel¹⁶³ (com o caso **Paradiso e Campanelli** que diretamente envolveu o nosso país) ou o menos conhecido de discriminação masculina. Seguem os escritos em matéria de cidadania, imigração e asilo: argumentos de forte atualidade e muito caros ao juiz português, que, nas suas opiniões, critica abertamente a posição restritiva e vacilante do TEDH sobre a tutela dos migrantes, e condena o fenômeno da *crimmigration* difundido na Europa. O terceiro e o quarto capítulos são, ao invés, reservados à matéria penal: de um lado, a legalidade e a humanidade das sanções penais, com um foco sobre o ergástulo impeditivo¹⁶⁴ e sobre o tratamento penitenciário, do outro lado, as garantias vinculadas ao justo processo. Nesta seção estão contidas decisões que, direta ou indiretamente, influenciaram em sentido mais garantista o nosso sistema penal (pense-se em **G.I.E.M. e outros c. Itália** em matéria de confisco por loteamento abusivo ou ao princípio do *ne bis in idem* e do duplo binário sancionatório contido em **A e B c. Noruega**). A quinta parte do volume contém as opiniões e comentários concernentes à tutela dos direitos de patrimoniais e limitações à liberdade de locomoção: dois argumentos encontram o seu ponto de encontro na decisão da Grande Câmara **De Tommaso c. Itália** sobre medidas de prevenção pessoal e patrimonial. Enfim, o capítulo final do volume é – não por acaso – dedicado à execução das sentenças do Tribunal europeu, com uma reflexão sobre o controverso tema da reabertura dos processos na sequência de acertadas violações convencionais e sobre o papel do Comitê de Ministros no processo de infração.

Não obstante o seu mandato em Estrasburgo tenha chegado ao fim, o juiz Pinto de Albuquerque legou a sua vasta produção de opiniões corajosamente progressistas e originais. Com o nosso trabalho (do professor Saccucci, de todos

163 [N.T.] No original, *maternità surrogata* que pode ser traduzida também por maternidade subrogada.

164 [N.T.] Modalidade de prisão sem fim, chamada *ergastolo ostativo* ou, por vezes, *ergastolo*, que torna perpétua a pena cominada para alguns tipos penais. Doravante, será mantida a expressão prisão perpétua como género e ergástulo impeditivo ou somente ergástulo como uma das espécies.

os comentaristas e dos tradutores dispostos), procuramos tornar acessíveis e di-

fundir entre os juristas italianos os seus ensinamentos e as suas reflexões sobre

direitos humanos na época contemporânea.

ÍNDICE DAS OPINIÕES INDIVIDUAIS DO JUIZ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE 2016 A 2020¹⁶⁵

Tribunal Europeu de Direitos Humanos - Seção IV - **Barbulescu c. Romênia** – recurso n.61496/08 – julgamento de 12 de janeiro de 2016 – Opinião divergente do Juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Borg c. Malta** – recurso n. 37537/13 – acórdão de 12 de janeiro de 2016 – Opinião parcialmente concordante e parcialmente divergente do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Szabo e Vissy c. Hungria** – recurso n. 37138/14 – sentença de 12 de janeiro de 2016 – Opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos - Grande Câmara – **F.G. c. Suécia** – recurso n. 43611/11 – sentença de 23 de março de 2016 – Opinião divergente conjunta dos juízes Ziemele, De Gaetano, Pinto de Albuquerque e Wojtyczek

Tribunal Europeu de Direitos Humanos - Grande Câmara – Murray vs. Holanda – **recurso n. 10511/10** – sentença de 26 de abril de 2016 – **Opinião parcialmente concordante do juiz Pinto de Albuquerque (Cap. III - n. 1) e opinião parcialmente divergente conjunta dos juízes Spielmann, Sajó, Karakaş e Pinto de Albuquerque**

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – **Biao c. Dinamarca** – recurso n. 38590/10 – sentença de 24 de maio de 2016 – Opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – Al-Dulimi e Montana Management Inc. Suíça – **recurso n. 5809/08** – sentença de 21 de junho de 2016 – **Opinião concordante do Juiz Pinto de Albuquerque a qual aderiram os juízes Hajiyev, Pejchail e Dedov (Cap. IV - n. 1)**

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – Ramadã c. Malta – **recurso n. 76136/12** – sentença de 21 de junho de 2016 – **Opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque (Cap. II - n. 1)**

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Tchankotadze c. Geórgia** – recurso n. 15256/05 – sentença de 21 de junho de 2016 – Opinião concordante conjunta dos juízes Sajó, Tsotsoria e Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – **Baka c. Hungria** – recurso n. 20261/12 – sentença de 23 de junho de 2016 – Opinião concordante conjunta dos juízes Pinto de Albuquerque e Dedov

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – Muršić vs. Croácia – **recurso n. 7334/13** – sentença de 20 de outubro de 2016 - **Opinião parcialmente dissidente do juiz Pinto de Albuquerque (Cap. III - n. 2)**

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – A e B vs. Noruega – **recursos n. 24130/11 e n. 29758/11** – sentença de 15 de novembro de 2016 – **Opinião divergente do Juiz Pinto de Albuquerque (Cap. IV - n.2)**

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar vs. Malta – **recurso n. 25794/13 e n. 28151/13** – sentença de 22 de novembro de 2016 – **Opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque (Cap. II - n. 2)**

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – **Paróquia Católica Grega de Lupeni e outros c. Romênia** – recurso n. 76943/11 – sentença de 29 de novembro de 2016 – Opinião parcialmente divergente conjunta dos juízes Sajó, Karakas, Pinto de Albuquerque e Mits

165 As opiniões em negrito são reportadas integralmente na tradução italiana neste volume.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Babiarz c. Polónia** – recurso n. 1955/10 – sentença de 10 de janeiro de 2017 - Opinião divergente do Juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – Hutchinson vs. Reino Unido – **recurso n. 57592/08** – sentença de 17 de janeiro de 2017 – **Opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque (Cap. III - n. 3)**

Tribunal Europeu de Direitos Humanos - Seção IV - J. e outros vs. Áustria – **recurso n. 58216/12** – sentença de 17 de janeiro de 2017 – **Opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque, a qual adere o juiz Tsotsoria (Cap. I - n. 1)**

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – Paradiso e Campanelli vs. Itália – **recurso n. 25358/12** – sentença de 24 de janeiro de 2017 – **Opinião concordante conjunta dos juízes De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov (Cap. I - n. 2)**

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – **Khamtokhu e Aksenchik c. Rússia** – recursos n. 60367/08 e n. 961/11 – sentença de 24 de janeiro de 2017 – Opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – De Tommaso vs. Itália – **recurso n. 43395/09** – sentença de 23 de fevereiro de 2017 – **Opinião parcialmente divergente do juiz Pinto de Albuquerque (Cap. V - n. 1)**

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção I – **Tagayeva e outros c. Rússia** – recurso n. 26562/07 e outros 6 – sentença de 13 de abril de 2017 – Opinião parcialmente divergente do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – S.C. Service Cenz Com. S.r.l. vs. Romênia – **recurso n. 58045/11** – sentença de 4 de julho de 2017 – **Opinião divergente conjunta dos juízes Sajó, Pinto de Albuquerque e Wojtyczek (Cap. V - n. 2)**

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – Moreira Ferreira vs. Portugal (n. 2) – **recurso n. 19867/12** – sentença de 11 de julho de 2017 – **Opiniões do juiz Pinto de Albuquerque a qual aderiram os juízes Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović e Kuris (Cap. VI - n. 1)**

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – **Károly Nagy c. Hungria** – recurso n. 56665/09 – sentença de 14 de setembro de 2017 – Opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – Alexandru Enache c. Romênia – **recurso n. 16986/12** – sentença de 3 de outubro de 2017 – **Opinião parcialmente divergente conjunta dos juízes Pinto de Albuquerque e Bošnjak (Cap. I - n. 3)**

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **D.M.D. c. Romênia** – recurso n. 23022/13 – sentença de 3 de outubro de 2017 – Opinião concordante conjunta dos juízes De Gaetano, Pinto de Albuquerque e Motoc

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Dragoş Ioan Rusu c. Romênia** – recurso n. 22767/08 – sentença de 31 de outubro de 2017 – Opinião parcialmente concordante conjunta dos juízes Pinto de Albuquerque e Bošnjak

Tribunal Europeu de Direitos Humanos - Grande Câmara – Garib vs. Holanda – **recurso n. 43494/09** – sentença de 6 de novembro de 2017 – **Opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque a qual adere o juiz Vebahović (Cap. V - n. 3)**

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – Lopes de Sousa Fernandes vs. Portugal – **recurso n. 56080/13** – sentença de 19 de dezembro de 2017 – **Opinião parcialmente concomitante e parcialmente divergente do juiz Pinto de Albuquerque (Cap. I - n. 4)**

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Peñaranda Soto c. Malta** – recurso n. 16680/14 – sentença de 19 de dezembro de 2017 – Opinião divergente conjunta dos juízes Pinto de Albuquerque, Ranzoni e Bošnjak

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Yanez Pinon e outros c. Malta** – recursos n. 71645/13, nº 7143/14 e n. 20342/15 – sentença de 19 de dezembro de 2017 – Opinião divergente conjunta dos juízes Pinto de Albuquerque, Ranzoni e Bošnjak

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Etute c. Luxemburgo** – recurso n. 18233/16 – sentença de 30 de janeiro de 2018 – Opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – Correia de Matos vs. Portugal – **recurso n.**

56402/12 – sentença de 4 de abril de 2018 – Opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque a qual aderiu o juiz Sajó (Cap. IV - n. 3)

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Devinar c. Eslovênia** – recurso n. 28621/15 – 22 de maio de 2018 – Opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Svetina c. Eslovênia** – recurso n.º 38059/13 – 22 de maio de 2018 – Opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália – recurso n. 1828/06 e 2 outros – sentença de 28 de junho de 2018 – Opinião parcialmente concordante e parcialmente divergente do juiz Pinto de Albuquerque (Cap. III - n. 4) e opinião parcialmente divergente conjunta dos juízes Sajó, Karakaş, Pinto de Albuquerque, Keller, Vebahović, Kúris e Grozev

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Abdilla c. Malta** – recurso n. 36199/15 – sentença de 17 de julho de 2018 – Opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Ruiz Pena e Perez Oberghet c. Malta** – recursos n. 25218/15 e n. 25251/15 – sentença de 17 de julho de 2018 – Opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Somorjai c. Hungria** – recurso n. 60934/13 – 28 de agosto de 2018 – Opinião separada dos juízes Sajó e Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Akeliënė c. Lituânia** – recurso n. 54917/13 – sentença de 16 de outubro de 2018 – Opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Könyv-tár kft e outros c. Hungria** – recurso n. 21623/13 – sentença de 16 de outubro de 2018 – Opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – Produkcija Plus Storitveno Podjetje D.o.o. vs. Eslovênia – recurso n. 47072/15 – sentença de 23 de outubro de 2018 – Opinião dissidente conjunta dos juízes Pinto de Albuquerque e Vebahović (Cap. VI - n. 2)

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – **Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal** – recursos n. 55391/13, nº 57728/13 e n. 74041/13 – sentença de 6 de novembro de 2018 – Opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque e opinião parcialmente divergente conjunta dos juízes Yudkivska, Vučinić, Pinto de Albuquerque, Turković, Dedov e Hüseyinov

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – Inseher vs. Alemanha – recursos n. 10211/12 e n. 27505/14 – sentença de 4 de dezembro de 2018 – Opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque a qual adere o juiz Dedov (Cap. V - n. 4)

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Isayeva c. Ucrânia** – recurso n. 35523/06 – sentença de 4 de dezembro de 2018 – Opinião divergente conjunta dos juízes Pinto de Albuquerque, Yudkivska e Paczola

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Magyar Jeti Zrt c. Hungria** – recurso 11257/16 – sentença de 4 de dezembro de 2018 – Opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – M. A. c. Lituânia – recurso n. 59793/17 – sentença de 11 de dezembro de 2018 – Opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque (Cap. II - n. 3) Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – Murtazaliyeva c. Rússia – recurso n. 36658/05 – sentença de 18 de dezembro de 2018 – Opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque (Cap. IV - n. 4)

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – **Albert e outros c. Hungria** – recurso n.5294/14 – sentença de 29 de janeiro de 2019 – Opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque (Cap. V - n. 5)

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – Fernandes de Oliveira c. Portugal – recurso n. 78103/04 – sentença de 31 de janeiro de 2019 – Opinião parcialmente concordante e parcialmente divergente do juiz Pinto de Albuquerque a qual adere o juiz Harutyunyan (Cap. I - n. 5)

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Garbuz c. Ucrânia** – recurso n. 72681/10 – sentença de 19 de fevereiro de 2019 – Opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque (Cap. IV - n. 5)

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Petukhov c. Ucrânia (nº 2) – recurso n. 41216/13 – sentença de 12 de março de 2019 – Opinião parcialmente concordante e parcialmente divergente do juiz Pinto de Albuquerque (Cap. I - n. 6)**

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – **Ilgar Mammadov c. Azerbaijão – recurso n.**

15172/13 – sentença de 29 de maio de 2019 – Opinião concordante conjunta dos juízes Yudkiv-ska, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek, Dedov, Motoc, Polackova e Huseynov (Cap. VI - n. 3)

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção III – Farrugia c. Malta – recurso n. 63041/13 – sentença de 4 de junho de 2019 – Opinião dissidente conjunta dos juízes Serghides e Pinto de Albuquerque (Cap. IV - n. 6)

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Moreno Diaz Pena e outros c. Portugal** – recurso n. 44262/10 – sentença de 4 de junho de 2019 – Opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – Rola c. Eslovênia – recursos n. 12096/14 e n. 39335/16 – sentença de 4 de junho de 2019 – Opinião parcialmente divergente conjunta dos juízes Pinto de Albuquerque e Bošnjak, a qual adere o juiz Kūris (Cap. III - n. 5)

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Chernega e outros c. Ucrânia** – recurso n. 74768/10 – sentença de 18 de junho de 2019 – Opinião parcialmente divergente do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – **Mihalache c. Romênia** – recurso n. 54012/10 – sentença de 8 de julho de 2019 – Opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção III – **Volodina c. Rússia** – recurso n. 41261/17 – sentença de 9 de julho de 2019 – Opinião separada do juiz Pinto de Albuquerque à qual adere o juiz Dedov

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção III – **Januškevičienė c. Lituânia** – pedido n. 69717/17 – sentença de 3 de setembro de 2019 – Opinião divergente conjunta dos juízes Pinto de Albuquerque, Kūris e Paczolay

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Comunidade religiosa das Testemunhas de Jeová do distrito de Ternovsky de Kryvyi Rih c. Ucrânia** – recurso n. 214777/10 – sentença de 3 de setembro de 2019 – Opinião concordante dos juízes Yudkivska e Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção III – **Pryanishnikov c. Rússia** – recurso n. 25047/05 – sentença de 10 de setembro de 2019 – Opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção III – **Urazbayev c. Rússia** – recurso n. 13128/09 – sentença de 8 de outubro de 2019 – Opinião divergente do juiz De Gaetano a qual adere o juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção III – **Belugin c. Rússia** – recurso n. 29991/06 – sentença de 19 de novembro de 2019 – Opinião parcialmente divergente conjunta dos juízes Pinto de Albuquerque, Elosegui e Flici

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção III – **Razvozhayev c. Rússia e Ucrânia e Udaltsov vs. Rússia** – recursos n.º 75734/12 e outros 2 – sentença de 19 de novembro de 2019 – Opinião parcialmente divergente conjunta dos juízes Lemmens, Yudkivska e Pinto de Albuquerque e opinião parcialmente divergente do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção III – **Zakharchuk c. Rússia** – recurso n. 2967/12 – sentença de 17 de dezembro de 2019 – Opinião divergente conjunta dos juízes Lemmens, Pinto de Albuquerque e Elosegui

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção III – **Zinatullin c. Rússia** – recurso n. 10551/10 – sentença de 14 de janeiro de 2020 – Opinião concordante conjunta dos juízes Lemmens, Serghides e Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção III – **Vovk e Bogdanov c. Rússia** – recurso n. 15613/10 – sentença de 11 de fevereiro de 2020 – Opinião concordante conjunta dos juízes Pinto de Albuquerque e Elosegui

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Filkin c. Portugal** – recurso n. 69729/12 – sentença de 3 de março de 2020 – Opinião concordante conjunta dos juízes Pinto de Albuquerque e Kūris

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção III – **Dyagilev c. Rússia** – recurso n. 49972/16 – sentença de 10 de março de 2020 – Opinião concordante divergente conjunta dos juízes Pinto de Albuquerque, Keller e Schembri Orland

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – Marius Alexandru e Marinela Stefan c. Romênia – recurso n. 78643/11 – sentença de 24 de março de 2020 – Opinião parcialmente divergente de juiz Pinto de Albuquerque (Cap. I - n.º 7)

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção III – **Jeanty c. Bélgica** – recurso n. 82282/17 – sentença de 31 de março de 2020 – Opinião parcialmente divergente conjunta dos juízes Pinto de Albuquerque, Serghides e Schembri Orland

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Atv Zrt c. Hungria** – recurso n. 61178/14 – sentença de 28 de abril de 2020 – Opinião concordante do Juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Seção IV – **Makuchyan e Minasyan c. Azerbaijão e Hungria** – recurso n. 17247/13 – sentença de 26 de maio de 2020 – Opinião parcialmente divergente do juiz Pinto de Albuquerque

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – **Muhammad e Muhammad c. Romênia** – recurso n. 80982/12 – sentença de 15 de outubro de 2020 – Opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque a qual adere o juiz Elósegui

CAPÍTULO I

A TUTELA DA VIDA, DA SAÚDE E DA INTEGRIDADE PSICOFÍSICA

1. AS QUESTÕES DE PRINCÍPIO

“*EM DIREÇÃO OBSTINADA E CONTRÁRIA*”. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE E A PROMESSA (AINDA NÃO) CUMPRIDA DA CONVENÇÃO

ORESTE POLLICINO

“Sob diversos pontos de vista, a Convenção continua uma promessa não cumprida. O Tribunal deve ainda implementar medidas práticas para mover as problemáticas de assistência sanitária da inútil retórica para a implementação dos direitos humanos”. Três linhas, estas, da *opinion* de Paulo Pinto de Albuquerque no caso **Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal**¹⁶⁶ que podem considerar-se o manifesto de sua “poética judicial” de proteção dos direitos fundamentais durante o seu mandato no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, e não somente no que diz respeito ao que está escrito com referência à tutela da vida, da saúde e da integridade psicofísica, objeto das *opinions* recolhidas neste capítulo.

Se se quisesse encontrar um *fil rouge* de ditas opiniões, outras, obviamente, que os parâmetros convencionais relevantes, isso poderia rastrear-se justo na grandíssima atenção de Paulo, muitas vezes “em direção obstinada e contrária”¹⁶⁷ a respeito da opinião da maioria do Tribunal, aos mais débeis, aos esquecidos, a quem a vida reservou surpresas ruins e a quem pede justiça o acadêmico português é particularmente sensível. Parece quase ouvir aquelas histórias contadas pelos protagonistas que dormem sobre a colina¹⁶⁸ ou pelos familiares deles, que ganham voz nas opiniões divergentes de Paulo Pinto.

O grito de dor da esposa do Sr. Lopes de Sousa, falecido na sequência das complicações sucessivas a uma intervenção médica por causa da negligência hos-

166 TEDH, **Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal** [GC], 56080/13, 19 de dezembro de 2017, opinião parcialmente concordante e parcialmente divergente do juiz Paulo Pinto de Albuquerque, § 92.

167 ANDRÉ, Fabrizio de. Smisurata Pregghiera. In: **Anime Salve**, 1996.

168 ANDRÉ, Fabrizio de. Dormono sulla collina. In: **Non all'amore, né al denaro, né al cielo**, 1971.

pitalar; o desespero do Sr. Enache¹⁶⁹ (condenado a sete anos de reclusão, que se vê rejeitar por duas vezes, pelas autoridades nacionais romenas, a suspensão da sua pena por um ano a fim de que pudesse cuidar do seu filho, nascido há poucos meses) e da Sra. Maria da Glória Fernandes¹⁷⁰, mãe de A.J., sofrendo de transtornos psiquiátricos e suicidas durante a sua recuperação voluntária em uma estrutura hospitalar pública da qual a mesma mulher reclama de negligência culpável. Ou, ainda, o pedido, por parte do Sr. Petukhov¹⁷¹, que pede em voz alta, em precárias condições de saúde, de uma célula muito pequena, insalubre, sem comida, água e adequados cuidados médicos, que o estado ucraniano leve a sério o mecanismo de reexame da decisão de continuação, nas condições recém descritas, do encarceramento. Um mecanismo que garanta uma reavaliação de natureza judicial de tal decisão para quem viu encerrar-se irreversivelmente as portas do cárcere (para a vida).

A promessa da Convenção (ainda) não cumprida, a qual tem em mente Paulo Pinto de Albuquerque, é, antes de tudo, aquela do momento de fundação do TEDH que conduziu ao milagre, porque é disso que se trata, no contexto de um direito internacional que na primeira metade do século passado via ainda os Estados como os protagonistas quase exclusivos, por portar pela primeira vez no centro de um sistema de tutela dos direitos fundamentais o pedido de *individual justice*. Pedido, precisamente, proveniente de um indivíduo que tem a possibilidade de convocar o próprio Estado perante um juiz internacional pela alegada violação de um dos direitos levados em consideração pela Convenção.

Uma revolução copernicana com tração humanística no direito internacional que, porém, para explicar plenamente os seus efeitos, não pode permitir-se, e é um dos temas recorrentes nas opiniões refinadas de Paulo Pinto, trair a promessa originária da Convenção, vale dizer, aquela de colocar efetivamente a pessoa no centro do sistema de tutela dos direitos fundamentais e tornar possível aquilo que antes da ativação do sistema de *individual petition* era considerado impossível, vale referir, que o seu pedido de justiça, se fundado, possa ser efetivamente satisfeito (o que não quer dizer parar na *just satisfaction*).

Trata-se, portanto, de uma tutela que olha para os valores em jogo, uma perspectiva axiológica-substancial que se empurra além da proteção de ordem processual, ainda que importante, centrando o núcleo essencial do pedido de “justiça” na base da *individual petition*. Uma plástica expressão desta visão de valores que permeia a “poética judicial” de Paulo Pinto se pode encontrar na *opi-*

169 TEDH, **Alexandru Enache c. Romênia**, 16986/12, 3 de outubro de 2017.

170 TEDH, **Fernandes de Oliveira c. Portugal** [GC], 78103/14, 31 de janeiro de 2019.

171 TEDH, **Petukhov c. Ucrânia** (n. 2), 41216/13, 12 de março de 2019.

nion, já referida, no caso Lopes De Sousa Fernandes, em que a Grande Câmara considerou subsistente apenas a violação do Artigo 2 da CEDH do ponto de vista processual, enquanto o Estado português não havia conduzido investigações adequadas e tempestivas, ao mesmo tempo que não considerou subsistente a violação da parte substancial do mesmo Artigo 2 da CEDH.

Paulo Pinto não compartilha a avaliação da maioria acerca da não subsistência da violação substancial ao Artigo 2, e para demonstrar como é inadequada a proteção conferida pela jurisprudência do Tribunal a respeito de quem, embora não sendo um policial ou um detido, é em qualquer caso vulnerável enquanto indivíduo que teve um impacto negativo neste caso fatal, sobre suas condições de saúde, devido à imperícia ou negligência hospitalar, propõe uma muito original e convincente contextualização de uma abordagem *pro persona* ao direito à assistência sanitária com base na Convenção¹⁷².

Abordagem que encontra um de seus pilares em uma passagem que é exemplar para fazer emergir um segundo componente da “poética judicial” de Paulo Pinto, complementar à primeira, já identificada, ligada à descoberta do valor emancipatório originário do espírito da Convenção. Quando, de fato, se lê que “O dever do Estado de proteger os direitos à vida e à integridade física deve ser considerado como incluindo a adoção de medidas razoáveis para assegurar a saúde dos indivíduos”¹⁷³, se toca em primeira mão o exercício de atualização que Pinto sempre fez a propósito da conceituação das liberdades tuteladas pela Convenção. Atualização que sempre o levou a desmascarar a hipocrisia da natureza apenas negativa das liberdades em questão, sempre redescobrimo, como neste caso faz com o Artigo 2 da CEDH, a existência também de uma dimensão positiva que se concretiza nas obrigações de fazer, por parte do Estado”.

Não é, de fato, verdade que as liberdades civis não possam ter uma projeção social, parecem dizer as suas reflexões, nem que o dever de abstenção por parte dos poderes públicos seja suficiente para a realização de dita liberdade. Ao contrário, a promessa daquela revolução copernicana com forte tração humanística do direito internacional da qual se falou anteriormente, para ser verdadeiramente mantida, precisa partir daquele pedido individual de justiça para, então, envolver uma dimensão também ultra individual interindividual e, portanto, ligada as violações sistêmicas da Convenção que necessitam também uma modificação estrutural relevante do ordenamento jurídico.

172 Cf. opinião parcialmente concordante e parcialmente divergente do juiz Pinto de Albuquerque em Lopes de Sousa Fernandes, ob. cit., §§ 60-72.

173 *Ibidem*, § 65.

Só desse modo é possível que se realize a transfiguração de uma estéril retórica dos direitos fundamentais em uma efetiva proteção desses direitos, tão almejada pelo Professor português e ainda não plenamente realizada.

* * *

SAÚDE E INTEGRIDADE PSICOFÍSICA COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS OPINIÕES DE PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

LÚCIA RISICATO

No pensamento de Paulo Pinto de Albuquerque, a proteção da saúde é fonte para o Estado de deveres inderrogáveis de solidariedade social, dirigidos em especial modo aos débeis no sentido mais amplo do termo. A entender diversamente, o escopo preceptivo dos Artigos 2 e 3 da CEDH, arrisca-se de “degradar o nível de tutela da Convenção a um inadmissível estágio de inércia estatal” (assim, em **Fernandes de Oliveira c. Portugal**). Essa sólida convicção se declina, no capítulo seguinte, através de uma série de passagens cruciais unidas pelo *Leitmotiv* da necessidade de não criar discriminações entre os privilegiados e os excluídos.

Se parte, eloquentemente, da delicada matéria da existência de obrigações positiva de proteção à vida em relação a pacientes psiquiátricos com tendências suicidas. Na opinião individual parcialmente concordante e parcialmente divergente sobre o caso **Fernandes de Oliveira**, vem posto em evidência como a obrigação positiva do Estado de tutelar a esfera da saúde requer uma disciplina que imponha aos hospitais, públicos ou privados, a adoção de medidas **apropriadas e efetivas**. As lacunas emergem, ao invés, de modo nítido, no caso decidido pela maioria: o paciente, sofrendo de esquizofrenia e de depressão grave, foi deixado por conta própria (sobretudo nas últimas dezesseis horas de vida), não obstante uma história pessoal de grave dependência de álcool e uma pregressa tentativa de suicídio. Resulta inadmissível, a propósito, a argumentação do juiz nacional relativa à falta de formulação, por parte dos médicos, de um específico diagnóstico clínico: em tal modo se cria, de fato, uma típica situação de “paradoxo do Comma 22”, em que o Estado utiliza a própria culpável omissão para excluir pilatescamente qualquer responsabilidade sua. A conclusão do Autor é peremptória e corajosa: distanciando-se dos precedentes **Renolde e De Donder**, o Tribunal gera a suspeita de uma tutela europeia “de duas velocidades” e dá, além disso, a sensação que a autodeterminação do paciente psiquiátrico venha seletivamente privilegiada em detrimento da reiterada necessidade de rigorosos *standards* de prevenção do suicídio por parte do Estado, especialmente pelo que diz respeito aos pacientes psiquiátricos em regime hospitalar também voluntário (e sem que

por isso só se instaure uma relação de tipo paternal entre Estado e indivíduo). A respeito dessa categoria de sujeitos, a morte autoinfligida não seria, de fato, expressão de autodeterminação, mas um evento concretamente previsível e evitável.

A questão adquire enorme interesse para o jurista italiano, dados os delicados problemas de responsabilidade – individual e da estrutura sanitária – pelo omitido impedimento do suicídio do paciente, por um lado, e do homicídio cometido pelo paciente, por outro. O assunto da previsibilidade do suicídio de outros se cruza seja com o princípio da autodeterminação responsável (amplamente reiterado pela assim chamada lei Basaglia), seja com os complexos mecanismos de atribuição da responsabilidade do pessoal de saúde, cuidadosamente delineados antes pela Lei n. 189, de 8 de novembro de 2012, depois pela Lei n. 24, de 8 de março de 2017.

Justo na *medical malpractice* no interior das estruturas sanitárias públicas é dedicada a opinião individual parcialmente concordante e parcialmente divergente do juiz Pinto de Albuquerque no caso Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal. A obrigação estatal de proteger a vida e a incolumidade dos enfermos decorre diretamente do Artigo 2 da CEDH e a decisão em exame permite avaliar os limites através de um caso *borderline*: pode-se afirmar uma responsabilidade do Estado por violação do Artigo 2 da CEDH (também) se o paciente morrer a seguir de uma concatenação de eventos conexos a uma intervenção cirúrgica de *routine*? No caso *de qua*, o paciente faleceu por causa de uma série de agravantes complicações surgidas a seguir da “trivial” remoção de pólipos nasais, contraindo primeiro uma meningite bacteriana, depois duas úlceras duodenais e, enfim, uma fatal septicemia ligada a peritonite e perfuração das vísceras. A viúva, exauridas as vias de recursos internos, decidiu reclamar ao TEDH, alegando uma lesão ao Artigo 2 da CEDH: a conduta dos médicos no diagnóstico e no tratamento das infecções bacterianas pós-operatórias e o defeito de coordenação entre as várias repartições hospitalares colocariam em causa a responsabilidade do Estado pelo inadimplemento da obrigação de proteger a vida dos pacientes.

Verdade é que o Artigo 2 da CEDH, na interpretação fornecida pelo Tribunal, impõe aos Estados que se munam de apropriada disciplina que vincule as estruturas sanitárias, públicas ou privadas, a adotar todas as medidas necessárias a proteger a vida e a integridade física dos pacientes. Todavia, a responsabilidade dos Estados foi progressivamente circunscrita, principalmente à rejeição de fornecimento de tratamentos médicos em situações de emergência, bem como aos maus funcionamentos organizacionais ou estruturais dos hospitais, não podendo o Estado normalmente responder por um erro médico singular ou por um defeito de coordenação entre repartições hospitalares. Após a primeira decisão da Câmara favorável a maioria para o reconhecimento, no caso em espécie, de

uma hipótese de *medical malpractice* de tipo organizacional¹⁷⁴, a Grande Câmara distingue entre mera negligência médica e denegação de acesso ao tratamento, decidindo que só a segunda implica em responsabilidade estatal. Na hipótese de “simples” negligência, como aquela, objeto do recurso, recairia sobre o Estado unicamente um genérico dever de predispor de instrumentos normativos eficazes, capazes de obrigar as estruturas sanitárias – públicas ou privadas – a adotar todas as medidas idôneas para preservar a vida dos pacientes. A Grande Câmara, na ausência de provas, vem aqui para excluir – ainda por maioria – a violação das obrigações positivas **substanciais** descendentes do Artigo 2 da CEDH, condenando, ao invés, por unanimidade, Portugal por violação das obrigações **processuais** também impostas pelo Artigo 2 da CEDH.

A opinião de Paulo Pinto de Albuquerque, muito mais articulada do que a sentença mesma a que está anexada, deseja uma decisão mais clara do Tribunal, no sentido de tornar rigorosos e definidos os conteúdos das obrigações positivas de caráter substancial. Também neste caso, o juiz tem medo do fundado temor que se está afirmando uma tutela diferenciada da vida e da saúde, articulada por faixas populacionais: por paradoxo, a proteção se torna mais rigorosa para quem está privado da liberdade pessoal, para as crianças, para os deficientes ou para os trabalhadores, para então afrouxar-se imotivadamente a respeito dos pacientes “comuns”, vítimas de *spending review* sanitária, talvez antes ainda que da *malpractice*. Certo é que “quando considerações políticas e econômicas mercantilizam os serviços sanitários, aniquilando a tutela da saúde, o direito à vida da maioria é esquecido. Quando a margem de apreciação reduz a Convenção a uma ignóbil carta de privilégios para poucos, ignorando o destino infausto da maioria, os ideais dos pais fundadores foram abandonados” (§ 74). Para evitar essa desagradável impressão, o Tribunal deveria estar preparado para resolver o hiato seja a nível macro de alocação dos escassos recursos reservados pelo Estado ao setor de saúde, seja a nível micro da realização de um sistema competitivo de tratamentos individuais, focalizado na pessoa. São palavras que pesam como pedras na dramática conjuntura desses últimos meses, caracterizada por uma emergência sanitária global (a Covid-19) agravada pela imiseriação progressiva das estruturas sanitárias públicas.

Na decisão sobre o caso **Petukhov c. Ucrânia**, o tema da inadequação do tratamento médico na prisão se entrecruza com aquele, na verdade titânico, da redutibilidade das penas perpétuas, objeto da recentíssima sentença n. 253/2019 da Corte Constitucional italiana em matéria do assim chamado *ergastolo ostativo*,

174 Cf. TEDH, **Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal** [GC], 56080/13, 15 de dezembro de 2015, §§ 106-114.

já afrontado na histórica decisão **Viola c. Itália (n. 2)**¹⁷⁵. O recurso dizia respeito a um cidadão ucraniano, condenado ao ergástulo, que se queixava seja da insuficiência dos tratamentos médicos praticados durante a sua detenção, seja da imutabilidade da sua pena. O código penal ucraniano remete a um crítico provimento clemencial do Presidente da República – não motivado e não impugnável, bem como altamente improvável para os autores de crimes “particularmente graves” – comutação da pena perpétua, sempre que o condenado haja expiado pelo menos vinte anos de detenção. E o provimento de comutação do ergástulo não exclui, de forma alguma, a ulterior expiação de uma pena “temporária”, a cumprir parcialmente antes de pedir a liberdade vigiada. O Tribunal reconhece um nítido contraste entre as condições de expiação da pena detentiva na Ucrânia – particularmente rigorosa também do ponto de vista da execução – e o Artigo 3 da CEDH: uma pena perpétua de fato irreduzível não tem alguma validade reabilitativa, sendo privada daquele sentido de humanidade na qual deve ser inspirada qualquer sanção detentiva. Daí emerge a criticidade sistêmica do ordenamento ucraniano, que impõe a adoção de uma reforma geral do processo de revisão das penas perpétuas de modo a permitir, por um lado, maior transparência das condições de reexame do tratamento sancionatório, e, por outro, a objetivação das premissas com base nas quais será avaliada a *chance* de reabilitação dos prisioneiros.

Neste contexto se insere a interessante a opinião parcialmente concordante e parcialmente divergente de Paulo Pinto de Albuquerque, que afronta de modo claro o principal perfil de criticidade reconhecido pelo Tribunal no processo ucraniano de clemência. Para os fins de compatibilidade com a Convenção, os juízes exigem que a disciplina deste provimento preveja, em alternativa, a obrigação de motivação e a possibilidade de recurso. Surpreende, para Pinto, que as acima ditas garantias sejam previstas, no caso em espécie, de forma **alternativa** e não **cumulativa**, em contraste com precedentes decisões. Em particular, a sentença **Murray c. Holanda** de 2016 seria um ponto de não retorno na jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo: para resultar compatível com a Convenção, o processo deveria garantir seja a cognoscibilidade, por parte do detento, das condições a observar para fins de eventual liberação, seja das motivações do provimento, seja o acesso a uma verificação judicial deste último. A verificação, então, deve ser, por sua vez, sujeita a cinco estritos pressupostos: a) respeito ao princípio da legalidade; b) identificação dos fundamentos penológicos para avaliar a persecução da **detenção** com base em parâmetros objetivos que incluem a ressocialização, a dissuasão e a remuneração; c) fixação dos termos rigorosos para o reexame, e, em qualquer caso, não além de vinte e cinco anos do início da execução da pena

175 Cf. TEDH, **Viola c. Itália (n. 2)**, 77633/16, 13 de junho de 2019.

detentiva no caso de ergástulo; d) precisas garantias processuais; e) escrutínio judicial do provimento de revisão tanto para os aspectos substanciais quanto para aqueles processuais.

Também na sucessiva sentença **Hutchinson c. Reino Unido**, o Tribunal fez mau uso de tais critérios, gerando ainda uma vez a impressão do duplo *standard* de tutela, com geometria variável, entre diversos Estados parte da CEDH.

O tema é mais relevante do que nunca na Itália, onde – como é sabido – ao longo do tempo foram desenvolvidos diferentes estatutos das penas perpétuas, tanto para induzir a literatura penalística a falar **ergástulos** diversamente compatíveis com o Artigo 27, *comma* 3, da Constituição. em relação ao seu nível de efetiva perpetuidade. O ergástulo, ordinário e impeditivo, se ergue e cai com a ideia da reeducação. Segundo a orientação dos dois Tribunais, a pena perpétua **cai** lá onde a disciplina legal cristaliza sua imutabilidade, e **se ergue** enquanto a sua oximórica disciplina se informa em uma perpetuidade só **potencial**, destinada a ser erodida pelas transformações personológicas da perigosidade¹⁷⁶. A eventual perpetuidade efetiva, no caso de falta de cumprimento da finalidade reeducativa, se revelaria aceitável justo em razão da modulação reabilitadora do ergástulo. E, todavia, neste caso, o ergástulo se transfigura de uma espécie de medida de segurança por tempo indeterminado, que põe em causa os novos e diversos parâmetros constitucionais da proporção e da dignidade humana: é a mesma dimensão humanística da pena que vem em causa, condenando a natureza perpétua de qualquer sanção. Nesse sentido peculiaríssimo sentido, Paulo Pinto de Albuquerque fala da erosão do ergástulo iniciada pelo Tribunal de Estrasburgo como do processo de afirmação de um direito à esperança, que pertence intimamente à dimensão de humanidade da nossa existência e por isso só não pode gerar discriminação entre tipologias de ergástulos e entre as disciplinas nacionais dos Estados parte da CEDH¹⁷⁷.

A tutela penal da dignidade humana no pensamento de nosso Autor se enriquece então de ulteriores nuances em relação aos delicados territórios da proibição de redução à escravidão, trabalho forçado e tráfico de seres humanos (**J. e outros c. Áustria**) e a proibição da barriga de aluguel (**Paradiso e Campanelli c. Itália**). No primeiro caso, a opinião concordante evidencia uma inadequada diferenciação – no juízo do Tribunal – entre a ofensa típica do tráfico de seres humanos e as características da redução à escravidão e do trabalho forçado, e a falta

176 Cf. entre outros PALAZZO, Francesco. L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis. In: BRUNELLI, Giuditta; PUGIOTTO, Andrea; VERONESI, Paolo. (Orgs.). Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti. **Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna**, n. 10, pp. 1-14, 2019.

177 Cf. amplamente DOLCINI, Emilio; FASSONE, Elvio; GALLIANI, Davide; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; PUGIOTTO, Andrea. (Orgs.). **Il diritto alla speranza**. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale. Turim: G. Giappichelli, 2019.

de valorização das obrigações internacionais dos Estados responsáveis no caso em espécie (relativo aos tratamentos inumanos sofridos por três cidadãos filipinos em Dubai e por breve tempo na Áustria).

Mas é sobretudo no segundo caso (**Paradiso e Campanelli c. Itália**) que a sensibilidade de Paulo Pinto de Albuquerque sobre os temas da dignidade humana se revela plenamente. O caso, relativo a dois cidadãos italianos que tentaram transcrever a certidão de nascimento de uma criança russa – “adquirida” por uma mãe de aluguel – com um certificado prontamente relatado como falso pelas autoridades russas, já havia sido objeto, em 27 de janeiro de 2015, de uma decisão da Seção II do Tribunal de Estrasburgo. Em primeira batuta, o Tribunal condenou a Itália não apenas por haver negado a transcrição do ato de nascimento do menor, mas também por ter disposto o afastamento e a entrega simultânea, primeiro aos serviços sociais, depois para outro casal, não obstante a instauração de uma, embora breve, relação parental entre os recorrentes e o filho. A violação do Artigo 8 da CEDH seria aqui ínsita nos automatismos peremptórios da tutela italiana da ordem pública, justificados pela necessidade de pôr fim a uma situação ilegítima e, todavia, dilacerante a respeito da particular relação afetiva já instaurada. Em 2017, a Grande Câmara, revertendo, por maioria, o juízo precedente, exclui uma violação do Artigo 8 da CEDH (sem, porém, entrar no mérito do respeito da vida **familiar**): as medidas estatais com o escopo de prevenir desordens e de tutelar os direitos e as liberdades alheios, embora sendo incidentes sobre o direito à vida privada, são reputados legítimos, também em consideração da ausência de um vínculo biológico entre o menor e o casal pretendente. Em uma hipótese do gênero, a brevidade da relação afetiva instaurada *de facto* não seria capaz de balancear a incerteza dos descendentes vínculos jurídicos.

Paulo Pinto de Albuquerque, junto dos juízes De Gaetano, Wojtyczek e Dedov, remarca a debilidade e a inconsistência da interpretação do Artigo 8 da CEDH fornecida pelo Tribunal. Segundo os juízes, a existência ou inexistência de vida familiar seria uma questão de fato, dependente da presença de relações pessoais estreitas e constantes. Assim operando, todavia, o assunto parece baseado no pressuposto implícito que existem relações pessoais que gozam *prima facie* de proteção contra as interferências do Estado. Mas as relações pessoais próximas e constantes bem podem existir além e fora da esfera familiar, e o raciocínio seguido pelo Tribunal não explica a natureza daquelas específicas relações pessoais que informam a vida familiar.

Ora, a noção de família prevista nos Artigos 8 e 12 da CEDH é baseado fundamentalmente nas relações interpessoais formalizadas por lei e naquelas de tipo biológico, embora não excluindo relações afetivas de tipo diverso (pense-se naquelas entre avós e netos). E, todavia, a lei não pode oferecer proteção para fatos cometidos em violação de suas próprias previsões ou de basilares princípios

morais. O caso em espécie foi cometido contra o direito penal italiano e as normas internacionais sobre adoção: os recorrentes estipularam um contrato com causa ilícita, negociando a concepção de um filho por obra de uma mãe de aluguel. O estresse causado ao filho pela separação dos “pais” não pode ser, portanto, imputado ao Estado, mas ao comportamento mesmo dos requerentes: *ex iniuria ius non oritur*. A existência de um “projeto parental”, longe de ser um fator de proteção, resulta, nesta perspectiva, em uma circunstância agravante. Em um caso do gênero, a Itália não intervém violando *in sé* a vida privada dos recorrentes, mas censura o **modo** (ilícito) em que esses últimos decidiram tornar-se pais.

Uma importante menção é, enfim, dedicada ao fenômeno complexo e eticamente controverso do útero para alugar¹⁷⁸. A maternidade de aluguel, mediante pagamento ou gratuita, representa uma das situações contempladas pelo Artigo 1 do Protocolo opcional da Convenção internacional sobre os direitos da criança e é ilegal também sob o ponto de vista do direito internacional. Não é por acaso que quase todos os Estados da União Europeia vetam a barriga de aluguel comercial. Que, seja a pagamento ou gratuita, essa ofenderia a dignidade humana, não só do ponto de vista do filho, mas também daquele da própria mãe. Modernos estudos científicos provam a intensidade da ligação pré-natal entre mãe e filho: a mãe de aluguel renuncia justo a esse fortíssimo laço de cuidado e amor, enquanto o filho – colocado em um ambiente biologicamente alheio – é privado da relação única e insubstituível com a mãe. É uma ferida insanável que deixa traços perpétuos a despeito das melhores intenções.

É raro encontrar, no corpo de uma sentença, palavras assim delicadas. Eles questionam um conceito de dignidade que, longe de ser uma enganosa criação dogmática capaz de manipular a leitura dos bens jurídicos em relação à *Weltanschauung* ideológica de referência, inspira (também) a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano com respeito às Aplicações da Biologia e da Medicina de 1997. Não é, certamente, um acaso que na Itália a proibição de maternidade de aluguel seja um dos poucos princípios sobreviventes à progressiva caducidade – constitucional e europeia – da infeliz Lei n. 40, de 19 de fevereiro de 2004, sobre procriação medicamente assistida.

Em suma, as opiniões individuais de Paulo Pinto de Albuquerque mostram como a sobrevivência mesma da Europa e do seu *modus vivendi* são vinculados ao rigoroso respeito pelos princípios da dignidade humana, da igualdade e da solidariedade social. Nas dobras da Europa a duas velocidades se esconde uma armadilha capaz de derrubar o projeto comum europeu e as suas bases.

178 [N.T.] No original *utero in affitto*.

Estamos falando de uma contribuição muito significativa e duradoura para o desenvolvimento do direito internacional e dos direitos humanos. Utopia? Talvez, mas Ronald Dworkin nos lembra que as utopias são fundamentais para entender os limites reais do possível.

* * *

UMA SUGESTÃO: A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DE UM ESPAÇO CONSTITUCIONAL EUROPEU E O PAPEL DO SOFT LAW

EMILIO SANTORO¹⁷⁹

Como indica o título desta minha breve intervenção, gostaria de aproveitar a opinião divergente de Paulo Pinto de Albuquerque relativamente à decisão da Grande Câmara no caso **Muršić**, centrada na defesa do uso do *soft law* como *standard* de tutela dos direitos convencionais, para desenvolver uma sugestão que considero heurística e pragmaticamente útil. Partindo da conotação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos como *living instrument*, compararei a construção de um espaço constitucional europeu, levada a diante pelo TEDH com calma e decisão, à história secular da construção da Constituição não escrita do Reino Unido.

No desenvolvimento desta sugestão, me basearei nas três teses expostas por Albert Venn Dicey no seu célebre texto **The Law of the Constitution**, que representa a primeira sistematização do direito constitucional inglês. Em vez, se pode dizer que esse texto inventou o **direito** constitucional inglês: isso esclarece que discutir a constituição do Reino Unido significa discutir o **direito**, afirmando uma coisa que, na época, era tudo menos óbvia. Não é por acaso que **The Law of the Constitution** era até pouco mais de meio século atrás o texto sagrado e, nas suas versões atualizadas, o manual dos constitucionalistas de além da Mancha.

O primeiro dado que torna esta comparação interessante é que, segundo a reconstrução de Dicey, aquela do Reino Unido é uma constituição construída não por um poder soberano, por um poder constituinte, mas pelo poder judiciário, a partir de bases consuetudinárias. Sintomático é que essa tenha o seu pivô no *rule of law*. Essa noção é normalmente considerada equivalente e quase sinônima de “Estado de direito”. No entanto, se diferencia dessa pelo, não desprezível,

179 Agradeço a Raffaella Tucci, Lucia Re, Filippo Ruschi, Elisa Marchi, Gianmarco Gori, Carlo Botrugno, Katia Poneti, Chiara Stoppioni, Daniela Ranalli e Sofia Ciuffoletti, por haverem lido e comentado, no conteúdo e nos detalhes estilísticos, este texto. Graças a eles, minhas reflexões exprimem um pensamento elaborado coletivamente na discussão no interior do Outro direito.

dado que não faz referência ao Estado e à soberania que encarna, mas simplesmente ao “governo de direito” e isto é, segundo Dicey, à tutela jurisdicional dos direitos. Em obséquio à concepção austiniana, que dominava o direito inglês do fim dos oitocentos, Dicey, de fato, não considera “direito constitucional” todas as disposições que regulam os poderes estatais e as suas relações, que normalmente fazem parte das constituições escritas, relega as disposições que se ocupavam dos, assim chamados, “arranjos constitucionais” ao papel de “convenções constitucionais”. Isso não é surpreendente dado que, para Austin, todo o “direito constitucional”, com efeito, não é “direito”, mas “moralidade positiva”. Dicey distingue, das convenções constitucionais, a tutela dos direitos fundamentais (“dos ingleses nascidos livres”, para usar a retórica tradicional da época) que, sendo obra das Cortes judiciárias, considera direito em sentido estrito. Sustenta que a criação jurisprudencial de direitos dá um sentido à estranha, tradicional, ideia de que na Grã-Bretanha “a constituição não foi feita, mas cresceu”, vale dizer que essa é um “*living instrument*”.

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos é um texto que remonta ao pós-guerra, que ressoa da retórica da Guerra Fria e, como muitos textos internacionais que fixam princípios gerais, é caracterizada por formulações genéricas. Essas características têm favorecido o ativismo do TEDH e a interpretação evolutiva do texto convencional. A base desse ativismo foi o preâmbulo da Convenção, que exprime a vontade dos Estados subscritos, seja de promover o “desenvolvimento” dos direitos humanos, seja de “tomar as primeiras medidas para assegurar a garantia coletiva”. Ambos os objetivos parecem, de fato, indicar que ao Tribunal é confiada uma atividade *in progress* de adequação do significado da Convenção à evolução da sociedade europeia. Já nos anos setenta do século passado (**Irlanda c. Reino Unido**, 5310/71, 17 de janeiro de 1978, § 154), o Tribunal, portanto, pôde afirmar que o empenho dos Estados de reconhecer os direitos previstos no Título primeiro da Convenção é, com efeito, o empenho de reconhecer aqueles direitos com base em como o Tribunal “esclarece” (*elucidate*), “desenvolve” (*develop*) e garante as disposições do Título primeiro da Convenção.

Essa linha tem levado à progressiva afirmação, cada vez mais clara e forte, que a enunciação dos direitos convencionais surge da interpretação judicial: à tese de que a Convenção obriga os Estados assim como interpretada pelo Tribunal. A interpretação evolutiva e dinâmica dos direitos convencionais, atenta a valorizar as mudanças sociais, culturais e jurídicas que ocorrem no espaço jurídico europeu, tem permitido ao Tribunal fazer da Convenção um instrumento

redigido no presente, por aplicar **à luz das condições atuais**¹⁸⁰, que permite aos indivíduos exercitarem os próprios direitos **de modo concreto e efetivo**¹⁸¹.

Em particular, com a introdução do recurso individual e a redução do filtro de caso operado pela Comissão, a Convenção tem mostrado todos os seus limites históricos. Os recursos individuais e as rápidas transformações do espaço social e político da Europa impuseram, e continuam a impor, ao Tribunal (sob pena de ser condenado à irrelevância) a dar às diversas disposições um significado atual, aceitável nas sociedades europeias no momento da sua aplicação. Impulsionada pelos casos que são propostos, o Tribunal se vê constrangido a esclarecer os conceitos e as noções que a Convenção contém. As normas genéricas e de amplo respiro do Tratado vêm transformados em direitos pela interpretação judiciária, o que preenche a Convenção de conteúdos novos, alinhando-a progressivamente às mudanças sociais da Europa.

Por mais de uma década foi pacificamente reconhecido que o processo de aplicação da Convenção por parte dos Estados membros consiste em adequação dos seus ordenamentos à jurisprudência do TEDH¹⁸². A integração do parâmetro convencional com a própria jurisprudência é hoje considerada indispensável pelo Tribunal, que esclareceu como é inconcebível que os juízes nacionais prescindam da sua interpretação do ditado convencional. Esse explicou que, ainda que na Convenção não seja expressamente prevista uma obrigação formal de curvar-se à interpretação do Tribunal, das suas disposições descende que afastar-se dessa, por parte dos juízes nacionais, têm consequências gravosas para os Estados membros. Exauridos os remédios internos, o recorrente tem, de fato, o direito de recorrer ao Tribunal para obter uma sentença de condenação: quanto mais a jurisprudência interna se afasta daquela do Tribunal, mais é provável o sucesso do recurso¹⁸³. O risco de uma sentença de condenação pode ser eliminado somente conformando-se à jurisprudência europeia sobre a questão singular. Quanto mais os juízes nacionais se mostram relutantes e insensíveis à evolução jurisprudencial de Estrasburgo, tanto mais o seu país encontrará as consequências no plano internacional.

180 TEDH, **Tyler vs. Reino Unido**, 5856/72, 25 de abril de 1978, § 31, **Marckx vs. Bélgica**, 6833/74, 13 de junho de 1979, § 41 (“o Tribunal recorda que esta Convenção deve ser interpretada à luz das condições do presente dia”).

181 TEDH, **Airey vs. Irlanda**, 6289/73, 9 de outubro de 1979, § 24 (“a Convenção tem a intenção de garantir não direitos que são teóricos ou ilusórios, mas direitos que são práticos e efetivos”).

182 No nosso país esse reconhecimento foi sancionado em 2014 com a introdução do Artigo 35-ter do Ordenamento Penitenciário, que representa a primeira disposição do ordenamento jurídico italiano que prevê explicitamente uma fonte do direito jurisprudencial estatuído, no primeiro *comma*, que pode recorrer para ver ressarcido o dano, quem foi detido em condições tais que violem o “Artigo 3 da Convenção para a salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, ratificado nos termos da Lei n. 848, de 4 de agosto de 1955, **como interpretado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos**” (grifou-se).

183 É este mecanismo que levou o Reino Unido a proceder à verdadeira e própria revolução da adoção do Human Rights Act de 1998 que, não por acaso, no Artigo 2, titulado “Interpretação dos Direitos da Convenção”, afirma que “(1) Uma corte ou tribunal determinando uma questão que tenha surgido em conexão com um direito da Convenção deve levar em consideração qualquer (a) **juízo, decisão, declaração ou parecer consultivo do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos**” (grifou-se).

Assim como a introdução das Constituições rígidas impôs o desenvolvimento, por parte dos juízes de mérito e legitimidade, de uma jurisprudência constitucionalmente orientada, isto é, baseada na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais, o mecanismo convencional, fundado na subsidiariedade, pressupõe que os juízes nacionais desenvolvam uma interpretação convencionalmente orientada, isto é, fundada na jurisprudência do TEDH.

No que se relaciona ao nosso país, a decisão de admissibilidade do caso **Scordino e outros c. Italia**¹⁸⁴ tem um peso significativo entre as decisões que marcam o percurso da definição de um espaço jurídico europeu de tutela dos direitos fundamentais, caracterizado pelas interpretações do direito interno convencionalmente orientadas. Nesta decisão, de fato, o Tribunal recorda que “ainda que os Estados contratantes não tenham a obrigação formal de incorporar a Convenção no seu sistema jurídico interno [...], pelo referido princípio da subsidiariedade descende que as jurisdições nacionais devem, na medida do possível, interpretar e aplicar o direito interno em modo conforme à Convenção. De fato, se é verdade que incumbe, antes de tudo, às autoridades nacionais interpretar e aplicar o direito interno, o Tribunal é, em qualquer caso, chamado a verificar se o modo em que o direito interno é interpretado e aplicado produz efeitos conformes aos princípios da Convenção [...], **dos quais a jurisprudência do Tribunal é parte integrante**”.

Esta construção jurisprudencial do espaço jurídico europeu de tutela dos direitos humanos faz com que o direito convencional pareça corresponder à definição de Wendell Holmes e do realismo jurídico americano segundo o qual “direito é aquilo que dirão os juízes”. As mais ferozes críticas ao realismo jurídico, ecoando nas declarações de impaciência com a extensão da influência do TEDH, têm sustentado que essa definição transforma o direito em um conjunto de atos arbitrários dos juízes, no “jogo da discricionariedade do árbitro”¹⁸⁵. Para que se possa falar de “um direito europeu dos direitos humanos”, é fundamental o modo como o Tribunal constrói a interpretação da CEDH. É necessário que a ligação entre o *living instrument* convencional e a evolução sociocultural da Europa emerja com clareza e torne previsíveis, ao menos, as evoluções mais próximas.

184 O caso decidido pelo TEDH, **Scordino e outros (n. 1) c. Italia** [GC], 36813/97, de 27 de março de 2003, parte de um caso de desapropriação por utilidade pública em que a duração do procedimento para determinar a indenização representou uma patente violação ao princípio da razoável duração do processo. Os Scordinos haviam apresentado recurso para a Corte de Apelação, nos termos da Lei 89, de 24 de março de 2001 (a assim chamada “Lei Pinto”) para obter uma justa reparação pela irrazoável duração do processo; esta, acolhendo a reclamação, acordou um ressarcimento dos danos morais e materiais sofridos inferior aquele resultante do uso de critérios elaborados pela jurisprudência do TEDH. Os recorrentes decidiram, portanto, dirigir-se diretamente ao TEDH e não contestar a decisão perante a Corte de Cassação, não exaurindo, assim, os remédios internos nacionais disponíveis como exigido pelo Artigo 35 da CEDH.

185 HART, Herbert L. A.. **Il concetto di diritto**. Trad. Mario Alessandro Cattaneo. Turin: Einaudi, 1991, pp. 169-170.

Por um lado, o Tribunal, como é sabido, tem feito frente a essa necessidade recorrendo à noção de *consensus* dos Estados membros sobre o nível de extensão e proteção do direito em jogo e através do instrumento de “margem de apreciação”, bem como do seu equilíbrio com os interesses contrapostos operado nos diversos contextos nacionais. Por outro lado, conforme mencionado, baseou-se na ideia de que sua jurisprudência esclarece o “significado” dos direitos individuais, tornando previsível a tutela que essa garantirá. Tentou, assim, tranquilizar sobre o fato que essa, como sublinhou Vladimiro Zagrebelsky, “diz agora o que dirá a seguir nos casos semelhantes; essa anuncia o direito e torna, assim, previsível e razoavelmente certo o direito da Convenção”¹⁸⁶. Como escreveu um outro grande estudioso do sistema convencional, Frédéric Sudre, **“a referência ao ‘precedente’ indica a existência de uma solução satisfatória para uma questão de direito e fornece um quadro de referência ao juiz nacional, permitindo determinar qual sentença do Tribunal é aplicável ao caso que ele tem diante de si.** A autoridade do precedente confirma a autoridade da interpretação da Convenção feita pelo Tribunal e traduz em termos jurídicos o fato que a jurisprudência do Tribunal se ponha como uma só com a Convenção” (grifou-se)¹⁸⁷.

Em consciência, criada justo pela história secular do *common law*¹⁸⁸, do enrijecimento que um direito baseado no precedente pode criar e, ao mesmo tempo, da excessiva labilidade da noção de *consensus* europeu e do seu equilíbrio com a margem de apreciação dos Estados, o Tribunal tem procurado traçar uma rota baseada no “peso específico” das próprias decisões. Da sentença **Chapman c. Reino Unido**, reiterou que não está formalmente vinculado às próprias decisões anteriores e, ao mesmo tempo, reconheceu que **é no interesse da segurança jurídica, da previsibilidade e da igualdade perante a lei que não se destaque sem razão apreciável dos próprios precedentes.** Então contextualizou o frágil equilíbrio entre essas indicações no quadro de sua tarefa: garantir a efetividade dos direitos levando em conta a evolução social e a emergência do consenso relativo aos padrões de proteção dos direitos individuais¹⁸⁹.

186 ZAGREBELSKY, Vladimiro. Violazioni “strutturali” e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski. **Diritti umani e diritto internazionale**, n. 2, pp. 5-19, 2008, p. 7.

187 SUDRE, Frédéric. **Droit européen et international des droits de l’homme**. Paris: Presses Universitaires de France, 2011, pp. 822-823, itálico meu.

188 Não por acaso, é frequente que o *common law* seja comparado por juristas clássicos ao navio dos argonautas “que era o mesmo, ao retornar para a pátria, de quando partiu, embora durante a longa viagem houvesse sofrido várias reparações e, no seu regresso, era composto por bem poucos dos seus materiais originais”. A citação é tirada de **The History of the Common Law**, de Mathew Hale, publicada postumamente em 1714. A metáfora é então retomada por John Selden.

189 Cf. TEDH, **Chapman c. Reino Unido** [GC], 27238/95, 18 de janeiro de 2001, § 70, onde o Tribunal “considera que, embora não seja formalmente obrigado a seguir qualquer um dos seus julgamentos prévios, é no interesse de segurança jurídica, previsibilidade e equidade perante a lei que não deve se afastar, sem boa razão, dos precedentes estabelecidos nos casos anteriores. Visto que a Convenção é, antes e acima de tudo, um sistema para a proteção dos direitos humanos, o Tribunal deve, no entanto, levar em consideração as mudanças nas condições nos Estados Contratantes e responder, por exemplo, a qualquer consenso emergente como aos padrões a serem alcançados”.

Séculos de discussão sobre a *ratio decidendi* e sobre a dificuldade de individualizar (com relativa acusação de arbitrariedade dirigida a qualquer identificação não compartilhada) deixaram clara a complexidade de definir a “segurança” e a “previsibilidade” das decisões em um sistema baseado na justiça do caso individual, como aquele delineado na Convenção. Respondendo implicitamente a quem, como a Corte Constitucional italiana, pede esclarecimentos quando a sua jurisprudência é “consolidada”, o Tribunal de Estrasburgo reitera que as suas decisões têm todas o mesmo valor jurídico (cf. TEDH, **G.I.E.M. s.r.l. e outros c. Itália** [GC], 1828/06, 34163/07 e 19029/11, 28 de junho de 2018, § 252), mas dá lugar a *revirement* jurisprudenciais na formação da Grande Câmara, com amplas motivações.

Nesse contexto, parece inexplicável a aversão à ideia que o Tribunal assuma o *soft law* como ponto de referência para a tutela de alguns direitos e o traduza em *hard law*. Dicey e Austin teriam dito em “direito” *tout court*¹⁹⁰. O recurso ao *soft law* é, de fato, um instrumento que permite dar às decisões do Tribunal segurança e previsibilidade, tanto do ponto de vista estático quanto daquele dinâmico. Como emerge da opinião divergente de Paulo Pinto, do ponto de vista estático, quando a discussão é sobre uma matéria em que existe o *soft law*, como no caso dos padrões detentivos, é difícil que se possa encontrar um índice mais seguro do *consensus* entre Estados no nível de proteção de direitos: o *soft law* é principalmente constituído por atos compartilhados e subscritos pelos Estados.

A consciência de que o Tribunal se faz guiar pelos padrões definidos *soft law* para a tutela de direitos representaria um auxílio fundamental para os juízes nacionais, com grande dificuldade em orientar-se em uma jurisprudência escrita em inglês e/ou francês e a contextualizar no ordenamento de 47 Estados e nas “noções autônomas” desenvolvidas pelos juízes de Estrasburgo para superar as discrepâncias terminológicas entre o nível nacional e o internacional¹⁹¹.

A importância do *soft law* como elemento de previsibilidade parece, então, notavelmente acrescida pela consolidação, operada com a introdução do Artigo 61 do Regulamento do Tribunal, do instituto da “sentença piloto”. Através desse instrumento, como se sabe, o TEDH erode a margem de discricionariedade dos Estados na escolha dos meios executivos da condenação. Dá indicações precisas

190 O *soft law* pode ser comparado ao costume, que, como escreve Austin, é uma regra de conduta que vem observada espontaneamente, e não em execução de uma disposição posta por um superior político. Se esta analogia parece convincente, se pode continuar a seguir o raciocínio de Austin, segundo o qual: “o costume se transforma em direito positivo quando é adotado como tal pelos Tribunais, e quando decisões judiciais formadas sobre esse são sancionados (*enforced*) pelo poder do Estado. Mas, antes de ser adotado pelos Tribunais e dotado de sanções legais, é exclusivamente uma regra de moralidade positiva: uma regra geralmente observada pelos cidadãos ou súditos, mas derivante apenas da força que se lhe pode atribuir da geral desaprovacão que recai sobre aqueles que a transgridem” (AUSTIN, John. **Delimitazione del campo della giurisprudenza**. Trad. Giorgio Gjylapian. Bolonha: Il Mulino, 1995, pp. 82-83).

191 SUDRE, Frédéric. *Le recours aux notions autonomes*. In: _____. **Interprétation de la Convention Européenne des droits de l'homme**. Bruxelas: Bruylant, 1998.

sobre os objetivos e as finalidades que o Estado deve atingir para remediar o “problema sistemático e estrutural” que o seu ordenamento jurídico representa para a *ordre publique* europeia. Estas indicações, mesmo relativas a modificações pontuais da legislação nacional necessárias para restaurar a conformidade do ordenamento interno à Convenção e/ou à introdução de processos capazes de garantir, a nível nacional, a tutela dos direitos convencionais, serão tanto mais previsíveis quanto mais o Estado saiba que esses darão concretude ao *soft law*.

Também do ponto de vista dinâmico, a ideia de que o Tribunal fará referência ao *soft law* contribui de modo evidente para a previsibilidade e segurança do direito. Justo pela sua natureza substancialmente pacífica, o *soft law*, de fato, está em contínua evolução e é uma evolução compartilhada pelos Estados que são coautores, através dos seus especialistas, dos textos que o comporão. Saber que o Tribunal olhará com atenção para esse desenvolvimento, permite certamente prever com mais segurança o desenvolvimento da sua jurisprudência e, portanto, dos padrões de proteção dos direitos fundamentais no espaço jurídico europeu.

Moral da sugestão: a transformação do *soft law* em *hard law* por parte do TEDH parece um instrumento importante para a consolidação de um espaço jurídico europeu caracterizado pela tutela dos direitos fundamentais.

AS OPINIÕES DE PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

1. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS – SEÇÃO IV – J. E OUTROS C. ÁUSTRIA – RECURSO N. 58216/12 – SENTENÇA DE 17 DE JANEIRO DE 2017

O caso: Os recorrentes, três cidadãos filipinos, foram contratados nas Filipinas como trabalhadores domésticos em Dubai. Em 2010, no curso de uma viagem à Áustria em que acompanharam as famílias pelas quais eram empregados, os recorrentes se afastaram e, pelo trâmite de uma ONG local, haviam contactado a polícia austríaca, alegando serem vítimas de tráfico e terem sido constrangidos a realizar trabalhos forçados. O ministério público austríaco, constatando que tais crimes foram cometidos no exterior por pessoas que não tinham a nacionalidade austríaca, arquivou o caso. Tal decisão foi confirmada pelo Tribunal Penal Regional. Os recorrentes decidiram apresentar recurso ao Tribunal Europeu para reclamar de inadequação e ineficácia das investigações desenvolvidas pelas autoridades estrangeiras sobre crimes de tráfico de seres humanos e imigração ilegal¹⁹², em violação dos Artigos 3 e 4 da CEDH. Com a sentença de 17 de janeiro de 2017, a Grande Câmara declarou não subsistir alguma violação convencional. Em par-

192 [N.T.] No original, *traffico di essere umani e tratta*, crimes correspondentes ao *human trafficking* e ao *migrant smuggling*, respectivamente, ou seja, o comércio de seres humanos contra a própria vontade ou o auxílio na imigração ilegal de estrangeiros com o consentimento desses.

titular, segundo o Tribunal, a autoridade austríaca havia plenamente cumprido as próprias obrigações inerentes à identificação e ao suporte dos requerentes como potenciais vítimas de tráfico; além disso, os juízes sublinharam que, à luz dos instrumentos de direito internacional sobre a matéria, não subsistia uma obrigação a cabo da autoridade austríaca de investigar os crimes cometidos nas Filipinas ou a alegada exploração nos Emirados Árabes Unidos. Enfim, o Tribunal considerava as investigações conduzidas suficientes, posto que tais autoridades haviam sido alertadas quase um ano após os fatos e sucessivamente ao retorno das famílias empregadoras aos Emirados Árabes Unidos.

<?>

Palavras-chave: trabalho forçado e obrigatório – tráfico de seres humanos – tráfico destinado ao trabalho forçado – elementos do crime de tráfico – exploração – proteção das vítimas – sistema austríaco de luta anti-tráfico.

Notas de comentário: Francesca Curi – Andrea Sitzia.

OPINIÃO CONCORDANTE DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE A QUE ADERIU O JUIZ TSOTSORIA

Sumário: I. Introdução (§ 1). – Primeira parte (§§ 2-40). – II. A resposta global ao trabalho forçado e ao tráfico de seres humanos para esse fim (§§ 2-21). – A. No campo dos direitos humanos internacionais (§§ 2-8). – B. No direito internacional do trabalho (§§ 9-13). – C. No direito penal internacional e humanitário (§§ 14-21). – III. A resposta regional ao trabalho forçado e ao tráfico de seres humanos para esse fim (§§ 22-40). – A. Em geral (§§ 22-26). – B. Na União Europeia (§§ 9-13). – C. No Conselho Europeu (§§ 32-40). Segunda Parte (§§ 41-59). – IV. As obrigações do Estado demandado (§§ 41-52). – A. A obrigação internacional de criminalizar e perseguir o trabalho forçado (§§ 41-43). – B. A obrigação internacional de criminalizar e perseguir o trabalho forçado (§§ 44-52). – V. Aplicação do quadro normativo aos fatos do caso (§§ 53-59). – A. As razões substanciais para o arquivamento (§§ 53-55). – B. As razões processuais para arquivamento (§§ 56-59). – VI. Conclusão (§§ 60-61).

I. Introdução (§ 1)

1. Concordo com a decisão da Câmara, mas não estou satisfeito com a motivação da sentença, por duas razões. Primeiro, não se pronunciou sobre elementos constitutivos do crime de tráfico de seres humanos e sobre as características que o distinguem da escravidão, da servidão e do trabalho forçado. Segundo, essa não analisou adequadamente as obrigações internacionais do Estado demandado no caso em exame. Esta opinião persegue esses objetivos, no contexto de uma reflexão crítica sobre a resposta global e regional a praga do trabalho forçado e

do tráfico para esse fim. A reflexão será realizada no campo da interseção entre os direitos humanos internacionais, o direito internacional do trabalho e o direito penal e humanitário internacional, com uma visão paralela dos sistemas de luta contra o tráfico de seres humanos interamericano, africano e asiático, da União Europeia e do Conselho Europeu.

PRIMEIRA PARTE (§§ 2-40)

II. A resposta global ao trabalho forçado e ao tráfico de seres humanos para esse fim (§§ 2-21)

A. No campo dos direitos humanos internacionais (§§ 2-8)

O trabalho forçado e o tráfico de seres humanos para esse fim¹⁹³ são proibidos desde o início do século XX, em consonância com a prática constante de Estados tanto no plano doméstico quanto no internacional. De acordo com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), o tráfico de pessoas constitui crime em 146 países ao redor do mundo, mas ainda há dois bilhões de pessoas sem proteção jurídica plena em relação a esse crime¹⁹⁴. A obrigação internacional de proibir, criminalizar e punir a escravidão, o trabalho forçado e o tráfico de pessoas para esse desiderato encontra-se no Mandato para Territórios de classe A, B e C de sistema obrigatório da Sociedade das Nações de administração de territórios não europeus; no Artigo 6 da Convenção sobre a Abolição do Tráfico de Escravos e da Escravidão de 1926 (“Convenção sobre a Escravatura”)¹⁹⁵ e no Artigo 6.1 da Convenção Suplementar de 1956¹⁹⁶; e no Artigo 25 da Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Trabalho Forçado e Obrigatório (n. 29) de 1930¹⁹⁷; no Artigo 6, *b* e *c*, do Estatuto do Tribunal

193 Esta opinião não aborda as questões específicas da prostituição forçada e do tráfico para esse propósito. Sobre tais questões, vide o Acordo Internacional para a Supressão do Tráfico de Escravos Brancos de 1904, emendado em 1910, e o relativo Protocolo de 1949; a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças de 1921 e o relativo Protocolo de 1947; a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores de 1933; a Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração de Prostituição de Outrem em 1949; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres de 1979 (Artigo 6); e a Convenção

194 Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), Relatório Global sobre Tráfico em Pessoas, 2014, p. 12; o Relatório das Nações Unidas sobre as formas contemporâneas de escravos – inclusive suas causas e consequências, Úmila Bhoola, 8 de julho de 2015, A/HRC/ 30/35; e a Estimativa Global de Trabalho Forçado, Resultados e Metodologia da OIT, 2012.

195 A Convenção sobre Escravidão foi assinada em Genebra em 25 de setembro de 1926 e entrou em vigor em 7 de julho de 1955. São 99 Estados Partes.

196 A Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura foi adotada pela Conferência de plenipotenciários reunidos pela Resolução 608 (XXI) de 30 de abril de 1956 do Conselho Econômico e Social, que aconteceu em Genebra em 7 de setembro de 1956 e entrou em vigor em 30 de abril de 1957. São 123 Estados Partes, incluindo a Áustria (7 de outubro de 1963).

197 A Convenção da OIT n. 29 foi adotada em Genebra na 14ª sessão da Comissão de Direito Internacional (28 de junho de 1930) e entrou em vigor em 1º de maio de 1932. Foi ratificada por 139 Estados, inclusive a Áustria (7 de junho de 1960). O Protocolo à Convenção sobre Trabalho Forçado foi adotado em Genebra na 103ª sessão da Comissão de Direito Internacional (11 de junho de 2014) e entrou em vigor em 9 de novembro de 2016. Foi ratificado por 10 Estados. Ver, também, a Recomendação sobre Trabalho Forçado (medidas complementares) de 11 de junho de 2014 (n. 203).

Militar Internacional de Nuremberg (“o Estatuto de Nuremberg”); no Artigo 4 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH); no Artigo 4 da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 (“a Convenção”); no Artigo 6 da Convenção da OIT sobre a Abolição do Trabalho Forçado (n. 105) de 1957¹⁹⁸; no Artigo 13 da Convenção sobre Alto Mar de 1958¹⁹⁹; no Artigo 8 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP); no Artigo 6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (CADH)²⁰⁰; no Artigo 4.2, *f*, do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra²⁰¹; no Artigo . 5 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul)²⁰²; no Artigo 99 da Convenção sobre o Direito do Mar de 1982²⁰³; nos Artigos 32 e 36 da Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC)²⁰⁴ de 1989 ; no Artigo 11 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias de 1990 (*ICPRMW*)²⁰⁵; no Artigo . 15 da Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar das Crianças de 1990 (*ACRWC*)²⁰⁶; no Artigo 5, *c*, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (*ICTY*); no Artigo 7 da Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores²⁰⁷; no Artigo 3, *c*, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda; no Artigo 4 da Convenção dos Estados Independentes da Commonwealth sobre Direitos Humanos de 1995 (a “Convenção CIS”)²⁰⁸; no Artigo 7, § 2º, *c*, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (“Estatuto de Roma”)²⁰⁹; no Artigo 7 da Convenção da OIT sobre Proibição das Piores Formas

198 A Convenção da OIT n. 105 foi adotada em Genebra na 40ª sessão da Comissão de Direito Internacional (25 de junho de 1957) e entrou em vigor em 17 de janeiro de 1959. Foi ratificada por 175 Estados, inclusive a Áustria (5 de março de 1958).

199 A Convenção sobre o Alto Mar foi aberta para assinatura em 29 de abril de 1958 e entrou em vigor em 30 de setembro de 1962. Possui 63 Estados Partes, inclusive a Áustria (10 de janeiro de 1974).

200 A Convenção Americana foi adotada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e entrou em vigor em 18 de julho de 1978. Foi ratificada por 25 Estados Partes, mas dois Estados denunciaram a Convenção.

201 O Protocolo foi adotado pela Conferência Diplomática sobre Reafirmação e Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados em Genebra, em 8 de junho de 1977, e entrou em vigor em 7 de dezembro de 1978. Foi ratificado por 168 Estados, incluindo a Áustria (13 de agosto de 1982).

202 A Carta foi adotada pela 18ª Assembleia de Chefes de Estado e de Governo da Organização da Unidade Africana, em Nairóbi, Quênia, em junho de 1981, e entrou em vigor em 21 de outubro de 1986. Possui 54 ratificações.

203 A Convenção sobre o Direito do Mar foi adotada pela Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e foi aberta para assinatura em 10 de dezembro de 1982 em Montego Bay, Jamaica, e entrou em vigor em 16 de novembro de 1994. Possui 166 Estados Partes, incluindo a Áustria (14 de julho de 1995).

204 A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral de Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e entrou em vigor em 2 de setembro de 1990. 196 Estados fazem parte, incluindo a Áustria (6 de agosto de 1992).

205 A ICPRMW foi aprovada pela Resolução da Assembleia Geral n. 45/158 de 18 de dezembro de 1990 e entrou em vigor em 1º de julho de 2003. São 49 Estados Partes

206 A Carta Africana foi adotada em 11 de Julho de 1990 e entrou em vigor a 29 de Novembro de 1999. Possui 47 Estados Partes.

207 A Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Crianças foi adotada no México, D.F, México, em 18 de março de 1994, na Quinta Conferência Interamericana Especializada de Direito Internacional Privado, e entrou em vigor em 8 de agosto de 1997. Possui 15 Estados Partes.

208 A Convenção CIS foi adotada em 26 de maio de 1995 e, desde então, foi ratificada por Bielorrússia, Quirguistão, Federação Russa e Tajiquistão. Entrou em vigor em 11 de agosto de 1998.

209 Foi adotado em uma conferência diplomática em Roma, em 17 de julho de 1998, e entrou em vigor em 1º de julho de 2002. 124 países são Estados Partes, incluindo a Áustria (28 de dezembro de 2000).

de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação (n. 182)²¹⁰; no Artigo 5 do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças de 2000 (“Protocolo de Palermo”) ²¹¹; no Artigo 2 do Protocolo Facultativo relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil²¹²; no Artigo 5.3 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (UE) de 2000²¹³; no Artigo 2, *c*, do Estatuto da Corte Especial para Serra Leoa; no Artigo 1º da Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia sobre o Combate ao Tráfico de Seres Humanos de 19 de julho de 2002; no Artigo 10 da Carta Árabe dos Direitos Humanos (*Ar-CHR*)²¹⁴; no Artigo . 19 da Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos de 2005 (“a Convenção relativa à Luta contra o Tráfico”) ²¹⁵; no Artigo 27.2 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDP-D)²¹⁶; em no Artigo 9.1, *d*, da Convenção para Proteção e Assistência a Pessoas Deslocadas Internamente em África de 2009²¹⁷; no Artigo 3.2, *b*, da Convenção da OIT sobre Trabalho Decente para Trabalhadores e Trabalhadoras Domésticas (n.º 189)²¹⁸; no Artigo 2 da Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, sobre Prevenção e Repressão ao Tráfico de Seres Humanos e Proteção das Vítimas; e no Artigo . 5º da Convenção da Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) contra o Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças²¹⁹.

3. A questão do trabalho forçado foi levada à consideração pela primeira vez na esfera internacional por ocasião da adoção do Pacto da Sociedade das

210 A Convenção da OIT n. 182 foi adotada em Genebra, na octogésima sétima sessão da Comissão de Direito Internacional (17 de junho de 1999) e entrou em vigor em 19 de novembro de 2000. Tem 180 ratificações, incluindo a Áustria (4 de dezembro de 2001).

211 Foi aprovado pela Resolução A/RES/55/25 de 15 de novembro de 2000 e entrou em vigor em 25 de dezembro de 2003. Tem 170 Estados Partes, incluindo o Estado demandado (15 de setembro de 2005).

212 O Protocolo foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 25 de março de 2000 e entrou em vigor em 18 de janeiro de 2002. 173 Estados são partes do Protocolo, incluindo a Áustria (6 de maio de 2004).

213 Foi proclamada no Conselho Europeu de Nice em 7 de dezembro de 2000. Na época, não teve nenhum efeito jurídico vinculante. Em 1º de dezembro de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Carta tornou-se juridicamente vinculante para as instituições da UE e para os governos nacionais, incluindo o austríaco.

214 A segunda versão atualizada da Carta Árabe foi adotada em 22 de maio de 2004 e entrou em vigor em 15 de março de 2008. Possui 12 Estados Partes. É uma edição atualizada da primeira Carta de 15 de setembro de 1994.

215 CETS n. 197. Foi adotado pelo Comitê de Ministros (CM) do Conselho da Europa em 3 de maio de 2005 e entrou em vigor em 1º de fevereiro de 2008. Tem 46 Estados Partes, incluindo o Estado demandado.

216 A CRPD foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006 e entrou em vigor em 3 de maio de 2008. Possui 172 Estados Partes.

217 A Convenção da União Africana foi adotada em 23 de outubro de 2009 e entrou em vigor em 06 de dezembro de 2012. Já foi homologada por 25 Estados.

218 A Convenção da OIT n. 189 foi adotada em Genebra, na centésima sessão da CDI (16 de junho de 2011) e entrou em vigor em 5 de setembro de 2013. Possui 23 ratificações.

219 A Convenção da ASEAN foi adotada em Kuala Lumpur em 21 de novembro de 2015 e ainda não está em vigor. Cf., também, a Declaração da ASEAN sobre Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças, de 2004; e “Criminal Justice Responses to Trafficking in Persons: Ending Impunity for Traffickers and Securing Justice for Victims” (“ASEAN Practitioner Guidelines”), 2007.

Nações de 1920 e do sistema obrigatório nele delineado para a administração de territórios não europeus separados dos ex-Impérios alemão e turco. No Artigo 23 do Pacto da Sociedade das Nações de 1920, os Estados-membros comprometeram-se a garantir e manter as condições de trabalho justo e humano para homens, mulheres e crianças, tanto dentro dos próprios países como em todos os países em que se estende(ia)m suas relações comerciais e industriais, e para este fim estabelecer e manter as necessárias organizações internacionais. Eles também se comprometeram a garantir um tratamento justo para os nativos originários dos territórios colocados sob seu controle. Além disso, confiaram à Sociedade das Nações a supervisão geral da execução de acordos relativos ao tráfico de mulheres e crianças. Ademais, os termos do Mandato para os territórios de classe B previam a proibição de “todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, com exceção de obras e serviços públicos essenciais, e, nesse caso, apenas em troca de uma remuneração adequada”²²⁰. Uma proibição semelhante foi incluída no Mandato para os territórios da classe C.

4. Em 1926, o Artigo I da Convenção sobre a Escravidão definiu a escravidão como “o estado ou condição de uma pessoa sobre a qual são exercidos os atributos do direito de propriedade ou alguns deles “. O conceito incluía o direito ou o exercício *de facto* dos poderes relacionados ao direito de propriedade sobre uma pessoa²²¹. O Artigo 5 reconhecia que o recurso ao trabalho forçado poderia ter consequências graves. Portanto, as Partes Contratantes assumiram a obrigação de tomar todas as medidas necessárias para evitar que o trabalho compulsório ou forçado degenerasse em uma condição análoga à escravidão. No entanto, o trabalho forçado foi permitido quando os propósitos públicos assim o exigissem. Nos territórios onde ainda sobreviveu o trabalho obrigatório ou forçado para fins diferentes dos públicos, as Partes Contratantes tiveram que se esforçar para acabar gradativamente com essa prática no menor tempo possível. Enquanto tal trabalho forçado ou obrigatório existisse, deveria ser de natureza excepcional, sempre com recebimento de uma remuneração adequada e sem envolver a transferência dos trabalhadores do local de residência habitual. Segundo o Artigo . 6, as Partes Contratantes comprometeram-se a tomar as medidas necessárias para garantir a aplicação de penalidades severas em caso de violação de leis e regulamentos emanados a fim de implementar os objetivos do Convenção sobre a Escravidão.

5. O Artigo 4 da Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama que “nenhum indivíduo pode ser mantido em cativeiro ou servidão; a escravidão

220 OIL, Forced Labour: Forced Labour; Report and Draft Questionnaire, ponto III na ordem do dia, Conferência Internacional do Trabalho, 12ª sessão, 1929 (Genebra), citado em “Forced Labour: A Selective ILO Bibliography 1919 – 2005”.

221 Esses poderes não foram especificados, mas vide “Slavery, the slave trade and other forms of servitude”, Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, Relatório do Secretário Geral, 27 de janeiro de 1953, E/2357, p. 28.

e o comércio de escravos são proibidos em todas as suas formas”²²². O Artigo 23.1 reconhece “o direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições de emprego justas e favoráveis e à proteção contra o desemprego”. Não houve referência ao trabalho forçado, porque foi considerado seu enquadramento no âmbito da servidão²²³.

6. Em 1956, os Estados Partes da Convenção de 1926, que permanecia em vigor, decidiram que ela deveria ser completada com a conclusão de uma convenção adicional designada com o fito de intensificar os esforços nacionais e internacionais voltados para a abolição da escravidão, do comércio de escravizados e das instituições e práticas semelhantes à escravidão. O Artigo . 1º da Convenção Suplementar de 1956 sobre a Abolição da Escravatura impôs (“*shall*”) a obrigação de adotar todas as medidas legislativas e de outro tipo necessárias para alcançar progressivamente e no menor tempo possível a completa abolição ou abandono das seguintes instituições e práticas semelhantes à escravidão, onde ainda existentes²²⁴: escravidão por dívidas²²⁵, servidão de gleba, formas servis de casamento e de venda ou de adoção de crianças para exploração. Essas práticas semelhantes à escravidão constituem diferentes formas de servidão²²⁶. Os Artigos 3 e 6 estabeleceram a obrigação de criminalizar o comércio e a escravidão, mesmo nas formas de tentativa, cumplicidade e conspiração. O Artigo 7 definiu a escravidão, o estado servil e o comércio de escravizados.

7. O Artigo 8 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos proibiu a escravidão, o comércio de escravizados, a servidão e o trabalho forçado ou obrigatório²²⁷. Ao contrário da Declaração Universal, os redatores do Pacto acreditavam que escravidão e servidão eram dois conceitos distintos e deveriam, portanto, ser tratados em vários parágrafos²²⁸. Essa proibição não impedia, em Estados onde a prisão com trabalhos forçados pudesse ser imposta como pena por um crime, a execução de trabalho forçado em aplicação de uma sentença de condenação a tal pena emitida por um tribunal competente²²⁹. Além disso, outras

222 O novo conceito de servidão não foi definido pela DUDH, nem pelo ICCPR. A lei modelo do UNODC contra o tráfico de seres humanos, 2009, p. 18, propõe que “indiquem as condições de trabalho e/ou a obrigação de trabalhar ou prestar serviços a partir dos quais a pessoa em questão não pode escapar e não pode mudar”. V. Jean Allain, *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, Leiden, 2013, pp. 143-202

223 Jean Allain, cit., p. 251.

224 A estranha formulação “estejam ou não abrangidos pela definição de escravidão mantida no Artigo 1º da Convenção sobre a Escravatura” deixou em aberto a questão relativa à intenção dos redatores da Convenção sobre a Escravatura de incluir as quatro práticas ora enumeradas sob o conceito de escravidão.

225 Lei modelo do UNODC, cit., p. 13: “uma pessoa é mantida em cativeiro, tornando-se impossível pagar as próprias dívidas reais, impostas ou imaginárias”.

226 V. Allain, cit., pp. 146 e 160, e Gallagher, *The International Law on Human Trafficking*, Cambridge, 2010, pp. 181 e 182.

227 O Artigo 11 do ICPRMW replicou a disposição do ICCPR no que diz respeito aos trabalhadores migrantes ou os membros de suas famílias.

228 Bossuyt, *Guide to the Travaux préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, 1987, p. 164.

229 Ver Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (UNHRC), Comunicação n. 289/1988, *Dieter Wolf v. Panamá*, 8 de abril de 1992 (CCPR/C/44/D/289/1988).

formas de trabalho ou serviço foram excluídas do campo de aplicação da proibição²³⁰. O Artigo 4.2 não permitia exceções à proibição de escravidão e servidão²³¹. O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (UNHRC) interpretou essa disposição à luz da recente codificação de crimes contra a humanidade no Estatuto de Roma, atribuindo o caráter inderrogável à proibição de conduta punível nos termos do Estatuto de Roma, como crimes contra a humanidade, categoria na qual se inclui o trabalho forçado como forma de escravidão²³².

8. O Artigo . 11 da Convenção sobre os Direitos da Criança criou para as partes contratantes a obrigação de adotar medidas para combater a transferência ilícitas e o não retorno de menores ao exterior²³³. O Artigo 32 da Convenção reconhecia o direito da criança de ser protegida da exploração econômica e de realizar qualquer tipo de trabalho que pudesse resultar perigoso ou que pudesse interferir na educação da criança, ou ser prejudicial à sua saúde ou ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social. As Partes comprometeram-se a adotar medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais visando ao estabelecimento de uma idade mínima para a admissão ao emprego, de uma regulamentação adequada de horas e condições de trabalho e de penalidades apropriadas ou outras sanções para assegurar a efetiva aplicação dessas normas. O Artigo 34 foi dedicado à proteção de menores de todas as formas de exploração e abuso sexual; o Artigo 35, à prevenção do sequestro, da venda e do tráfico de menores para qualquer finalidade e de qualquer modo; e o Artigo 36, à proteção de menores contra todas as outras formas de exploração prejudicial para qualquer aspecto do bem-estar da criança. O Protocolo Facultativo integrava esse quadro, proibindo a venda de menores, a prostituição infantil e a pornografia infantil, e impondo aos Estados Partes a obrigação de criminalizar tais condutas, quando praticadas tanto no plano nacional quanto no transnacional, com base individual ou organizada. A venda de um menor consiste em qualquer ato ou transação por meio do qual uma criança é transferida de um indivíduo ou grupo de indivíduos para outro em troca de remuneração ou por qualquer outra consideração. Também a substituição da maternidade comercial internacional com intenção de exploração se enquadra na definição legal internacional de venda de menores²³⁴. Finalmente, no Artigo 27.2 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, os

230 V. a comunicação n. 666/1995 do UNHRC, *Frédéric Foin (representado por François Roux, advogado na França) c. França*, 9 de novembro de 1999 (CCPR/C/C/67/D/666/1995).

231 Também o Artigo 13 da Convenção sobre o Alto Mar e Artigo 99 da Convenção sobre o Direito do Mar proibiam o transporte de escravizados.

232 General Comment n. 29 do UNHRC, States of Emergency (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/ Add.11 (2001), §§ 11-12.

233 Cf. as Diretrizes do UNICEF sobre a Proteção dos Direitos das Crianças Vítimas, 2006; o Guia de Referência sobre a Proteção dos Direitos das Crianças Vítimas de Tráfico na Europa, 2006; e as Diretrizes para a Proteção dos Direitos das Crianças Vítimas de Tráfico no Sudeste da Europa, 2003.

234 V. UNODC, “*The Concept of “Exploitation” in the Trafficking in Persons Protocol*”, 2015, p. 112.

Estados-Membros assumiram a obrigação de garantir que as pessoas com deficiência não sejam mantidas em escravidão ou servidão e sejam protegidas, em igualdade de condições, do trabalho forçado ou obrigatório.

B. No direito internacional do trabalho (§§ 9-13)

9. A forma de exploração que é fonte de especial preocupação para a OIT é o trabalho forçado. As Convenções n. 29 e n. 105 são os principais instrumentos da OIT que visam à proibição e à eliminação do trabalho forçado ou obrigatório. De acordo com a Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998, todos os Estados-membros da OIT tem a obrigação, mesmo que não tenham ratificado as Convenções da OIT em questão, de respeitar, promover e implementar o princípio da eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório e a abolição efetiva do trabalho infantil. O direito de não ser submetido a trabalho forçado ou obrigatório e ao trabalho infantil se aplica a todas as pessoas em todos os Estados, especialmente a grupos com necessidades especiais, como desempregados e trabalhadores migrantes²³⁵. O Artigo 2 da Convenção da OIT de 1930 sobre Trabalho Forçado e Obrigatório definiu o trabalho forçado ou obrigatório como “qualquer trabalho ou serviço impelido a uma pessoa sob ameaça de punição ou para o qual a pessoa não tenha se oferecido voluntariamente”. Algumas formas de trabalho foram excluídas do significado do termo ‘trabalho forçado’. Os artigos 20 e 21 proibiam de forma absoluta o trabalho forçado como uma forma de punição coletiva e o trabalho forçado subterrâneo a ser realizado nas minas. O Artigo 25 estabelecia a obrigação de criminalizar a cobrança ilegal de trabalho forçado ou obrigatório²³⁶. Uma situação de trabalho forçado é determinada pela natureza da relação entre uma pessoa e o “empregador”, e não pelo tipo de atividade desenvolvida, pela legalidade ou pela ilegalidade da atividade nos termos do direito nacional, nem pelo seu reconhecimento como “atividade econômica”. O que identifica essa relação é a cobrança de trabalho sob ameaça de uma penalidade²³⁷. O trabalho forçado, portanto, inclui a prostituição forçada, a mendicância forçada, a atividade criminosas forçada, o uso

235 A Comissão de Inquérito da OIT sobre Trabalho Forçado em Mianmar, Relatório de 2 de Julho de 1978, § 203, afirmou explicitamente a natureza peremptória da proibição do trabalho forçado.

236 A OIT afirmou que, com exceção da remoção de órgãos, o tráfico está previsto na Convenção sobre o Trabalho Forçado (*OIT, Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour*, 2014, pp. 3-4, e UNODC, *The concept of “exploitation”*, cit., p. 32).

237 Lei Modelo do UNODC, cit., p. 15: “A ameaça de uma sanção pode assumir múltiplas formas, desde (ameaça de) violência física ou segregação, (ameaças de) violência contra a vítima ou seus familiares, ameaças de denunciar a vítima à polícia ou às autoridades de imigração quando seu trabalho ou situação de residência for ilegal, ameaças de relatar aos idosos ou familiares, no caso de meninas ou mulheres forçadas à prostituição, (ameaça de) confisco de documentos de viagem ou identidade, sanções econômicas relacionadas a dívidas, não pagamento de salários ou perda de salários acompanhados de ameaças de demissão se os trabalhadores se recusarem a fazer horas extras além do âmbito de seu contrato ou da legislação nacional.” (*OIT, Global Report 2005*, pp. 5-6; *OIT, Eradication of Forced Labour, International Labour Conference*, 2007, p.20). “Em *CN e V. c. França*, n. 67724/09, §§ 77-78, 11 de outubro de 2012, a Corte referiu-se ao Global Report da OIT, *The Cost of Coercion*, 2009, §§ 24-25, quando o fez referência à ameaça de sanção como parte do trabalho forçado.

forçado de uma pessoa em um conflito armado, a servidão ritual ou cerimonial, o uso forçado de mulheres como mães de aluguel, a gravidez forçada e a conduta ilícita em pesquisas biomédicas sobre uma pessoa²³⁸.

10. No Artigo 1º da Convenção da OIT de 1957, relativa à abolição do trabalho forçado, as Partes Contratantes assumiram a obrigação de suprimir, em todos os casos, e de não fazer uso de qualquer forma de trabalho obrigatório ou compulsório, como meio de coerção política ou educação ou como punição por ter ou expressar opiniões políticas ou ideologicamente opostas ao sistema político, social ou econômico estabelecido; como método de mobilização e uso de mão de obra para fins de desenvolvimento econômico; como meio de disciplina no trabalho; como punição por ter participado de greves; e como um instrumento de discriminação racial, social, nacional ou religiosa. Tal obrigação visava a restringir o campo de aplicação das exceções constantes do Artigo 2.2 da Convenção de 1930²³⁹.

11. O Artigo 7º da Convenção de Trabalho Infantil de 1999 estabeleceu a obrigação de sancionar, em particular com sanções penais, as piores formas de trabalho infantil, que inclui as seguintes condutas²⁴⁰: todas as formas de escravidão ou práticas semelhantes à escravidão, como venda e tráfico de menores, escravidão e servidão por dívida e trabalho forçado ou obrigatório, inclusive o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para um conflito armado; o uso, aquisição ou oferta de uma criança para a prostituição, para a produção de pornografia ou para entretenimento pornográfico; o uso, a aquisição ou a oferta de uma criança para atividades ilegais, em particular para a produção e o tráfico de drogas, conforme definido em tratados internacionais relacionados; e o trabalho que, por sua natureza ou devido às circunstâncias em que é realizado, pode causar danos à saúde, à segurança ou aos valores das crianças.

12. No Artigo 3º da Convenção da OIT de 2011 sobre trabalho decente para as trabalhadoras e os trabalhadores domésticos, as Partes Contratantes concordaram em assumir a obrigação de tomar medidas para garantir uma promoção eficaz dos direitos humanos de todos os trabalhadores domésticos, em particular de respeitar, promover e implementar os princípios e direitos fundamentais no trabalho, como a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório.

238 Lei Modelo do UNODC, cit., pp. 14 e 28, e OIT, *Eradication of Forced Labour, International Labour Conference*, 2007, p. 42. A servidão ritual ou cerimonial inclui as “práticas religiosas ou culturais exploradoras e abusivas que desumanizam, degradam ou causam danos físicos ou psicológicos”.

239 Jean Allain, cit., p. 254.

240 V. OIT, *Hard to See: Harder to Count: Survey Guidelines to Estimate Forced Labour of Adults and Children*, 2011; OIT, *Eliminating the Worst Forms of Child Labour under Time-Bound Programmes: Guidelines for Strengthening Legislation, Enforcement and Overall Legal Framework*, 2003; e ILO/IPU, *Eliminating the Worst Forms of Child Labour: A practical guide to ILO Convention No. 182*, 2002.

13. A OIT desenvolveu seis indicadores de trabalho forçado que fornecem um ponto de referência válido na identificação do trabalho forçado²⁴¹. Esses indicadores são a ameaça de violência ou efetiva violência física contra a vítima, a restrição da liberdade de circulação de trabalhadores, a escravidão por dívidas, a retenção de salários, o confisco de passaportes ou documentos de identidade e a ameaça de denúncia às autoridades, nos casos em que o trabalhador tenha a condição de migrante irregular. A aparente “oferta voluntária” do trabalhador poderia ser fruto de manipulação ou poderia não resultar de uma decisão informada. Restrições à possibilidade de deixar o local de trabalho, mesmo que o trabalhador tenha aceitado livremente, podem ser consideradas trabalho forçado²⁴². A OIT recomenda codificar o tráfico como crime independente do movimento transfronteiriço e o envolvimento do crime organizado, criminalizar o trabalho forçado nas leis antitráfico e definir os tipos de coerção utilizada, especificar as circunstâncias em que o consentimento não é relevante e, finalmente, recomenda que o exercício da ação penal conduza não apenas à penalização do crime, mas também à reintegração de direitos da vítima, à indenização financeira e, sobretudo, ao confisco dos bens²⁴³. Em particular, no que concerne aos trabalhadores domésticos, a OIT recomenda a limitação de horas de trabalho doméstico, especificando: (a) uma semana de trabalho de 40 horas, com remuneração adequada para o trabalho extraordinário; b) a especificação da carga horária máxima permitida por dia; c) um período fixo de descanso ininterrupto de oito horas por dia; d) uma limitação das horas trabalhadas “em plantão” e uma adequada remuneração por essas horas. Procedimentos adequados devem ser garantidos para o encerramento da relação laboral²⁴⁴.

C. No direito penal internacional e humanitário (§§ 14-21)

14. A deportação para o trabalho forçado e a escravidão foram elencadas como um crime de guerra e um crime contra a humanidade, respectivamente nos Artigos. 6, *b* e *c* da Carta de Nuremberg. Depois da Segunda Guerra Mundial, o Tribunal de Nuremberg decidiu, no caso de *Pohl et al.*, que prisioneiros

241 Índices Operacionais de Tráfico de Seres Humanos da OIT: resultados de uma pesquisa Delphi promulgada pela OIT e pela Comissão Europeia, 2009; OIT, *Global Report under the Follow Up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work: A Global Alliance against Forced Labour*, 2005; e OIT, *Human Trafficking and Forced Labour Exploitation: Guidelines for Legislators and Law Enforcement*, 2004. A prática dos Estados segue esses indicadores (UNODC, *The concept of “exploitation”*, cit., p. 109). A Corte fez referência aos indicadores da OIT em *C.N. c. Reino Unido*, n. 4239/08, § 35, 13 de novembro de 2012.

242 Diretrizes da OIT, cit., p. 23. Conforme observado pela OIT nas Diretrizes da Pesquisa de Trabalho Forçado: “... a obrigação de permanecer no emprego devido à ausência de oportunidades alternativas de trabalho não equivale, por si só, a uma situação de trabalho forçado; no entanto, se puder ser demonstrado que o empregador está deliberadamente explorando este fato (e a extrema vulnerabilidade que deriva dele) para impor condições de trabalho mais extremas do que aquelas aplicáveis de outra forma, isso seria equivalente ao trabalho forçado” (ILO, *Hard to See*, cit., p. 16).

243 Diretrizes da OIT, cit., p. 61.

244 Diretrizes da OIT, cit., p. 63.

em campos de concentração nazistas estavam em estado de escravidão e que os responsáveis por tais campos eram culpados de crimes de guerra e crimes contra a humanidade²⁴⁵. O Artigo 52 da Terceira Convenção de Genebra previa que os prisioneiros de guerra não deveriam ser forçados a um trabalho insalubre, perigoso ou humilhante. O Artigo 4.2, *f*, do Segundo Protocolo Adicional às Convenções de Genebra vetava todas as formas de escravidão e comércio de escravos em qualquer momento e em qualquer lugar com referência às pessoas que não tomaram parte diretamente ou que tenham deixado de participar nas hostilidades²⁴⁶.

15. O Artigo 5, *c*, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia incluiu na competência do Tribunal a redução à escravidão como crime contra a humanidade quando cometida no decorrer de um conflito armado, de caráter internacional ou interno, e dirigido contra qualquer população civil. O Artigo 3, *c*, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda previa o mesmo para o ato de redução à escravidão quando cometida como parte de um ataque em grande escala ou sistemático dirigido contra qualquer população civil em razão de sua afiliação nacional, política, étnica, racial ou religiosa²⁴⁷. No caso de *Kunarac et al.*, a Câmara de Decisão do ICTY declarou, em fevereiro de 2001, que “à época relevante para a acusação, a redução à escravidão como crime contra a humanidade no direito consuetudinário internacional consistia no exercício de um ou de todos os atributos do direito de propriedade sobre uma pessoa”. A Câmara admitiu que esta definição “pode ser mais ampla do que as definições tradicionais e por vezes aparentemente distintas de escravidão, tráfico de escravos e servidão ou trabalho forçado ou obrigatório que se encontram em outras áreas do direito internacional”. Com base em vários casos decorrentes da Segunda Guerra Mundial e do trabalho da Comissão do Direito Internacional, a Câmara concluiu que o trabalho forçado ou obrigatório deveria ser considerado sob a definição de “redução à escravidão como crime contra a humanidade”²⁴⁸.

16. Nos termos do Artigo 7, §2, *c*, do Estatuto de Roma, por “redução à escravidão” se entende “o exercício sobre uma pessoa de um ou de todos os pode-

245 Sentença de 3 de novembro de 1947, in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law n. 10, Volume V*, p. 969.

246 A Regra da Cruz Vermelha n. 95 sobre Trabalho Forçado estatui que “o trabalho forçado não remunerado ou abusivo é proibido”, considerando que a prática dos Estados estabelece esta regra como uma regra de direito internacional consuetudinário aplicável nas forças armadas internacionais e não internacionais (Henckaerts e Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, volume I, Rules*, Cambridge, 2005, pp. 330-334). Ver, também, os artigos. 29-32 da Convenção de Genebra de 1929, os Artigos 49-68 da Terceira Convenção de Genebra de 1949 e os Artigos 40, 51 e 95 da Quarta Convenção De Genebra em 1949.

247 Cf., também, o Artigo 2, *c*, do Estatuto do Tribunal Especial para a Serra Leoa de 2002.

248 V. *Kunarac et al.* (IT-96-23 e 23/1), sentença da Câmara de Primeiro Grau de 22 de fevereiro de 2001, §§ 539-542. A sentença da Câmara de Recursos de 12 de junho de 2002 confirmou este raciocínio nos §§ 117-124. É importante observar que a Câmara de Recursos observou que “a duração da escravidão não é elemento do crime”. As conclusões do julgamento de Kunarac foram repetidas pelo Tribunal Especial para Serra Leoa na sentença *Brima et al.*, julgamento da Câmara de Primeiro Grau, SCSL-2004-16-T, 20 de junho de 2007 §§ 739-749.

res inerentes ao direito de propriedade, inclusive no âmbito do tráfico de pessoas, em particular de mulheres e crianças”. Os elementos constitutivos do crime no Estatuto de Roma também esclareceram que o exercício de um ou do conjunto de poderes inerentes ao direito de propriedade sobre uma ou mais pessoas inclui o seguinte:

“a compra, a venda, o empréstimo ou a troca de uma ou mais pessoas, ou a imposição de uma similar privação de liberdade. ... Fica entendido que tal privação da liberdade pode, em algumas circunstâncias, incluir a cobrança de trabalho forçado ou da redução, por outro modo, da pessoa a um estado servil, conforme definido na Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão, Tráfico de Escravos e sobre Instituições e Práticas Análogas à Escravidão de 1956. Fica entendido, também, que a conduta descrita neste elemento inclui o tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças”.

Comparando os conceitos de escravidão definidos no direito internacional em 1926, 1956 e 1998, e aplicados na decisão do caso *Pohl et al.* de 1947, e o conceito de escravidão como postulado no Estatuto do ICTY e aplicado pela primeira vez pelas Câmaras de Primeiro Grau e de Recurso no caso *Kunarac et al.*, emerge um elemento fixo: os poderes inerentes ao direito de propriedade. Este é o elemento *sine qua non* do conceito de escravidão ou da redução à escravidão no direito internacional. São suficientes tanto a posse *de jure* quanto o exercício *de facto* desses poderes para definir o conceito.

17. O Protocolo de Palermo apresenta a primeira definição de tráfico de pessoas acordada no âmbito internacional²⁴⁹. O Artigo 5º impõe a penalização do recrutamento, transporte, transferência, hospedagem ou recebimento de pessoas de modo intencional, por meio de emprego de força ou outras formas de coerção, sequestro, fraude, engano, abuso de poder ou posição de vulnerabilidade, ou dando ou recebendo somas reais de dinheiro ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração²⁵⁰. O protocolo contém uma lista de formas de exploração e não define a exploração

249 Esta definição foi antecipada pelo trabalho do Relator Especial das Nações Unidas sobre a Violência contra as Mulheres, suas Causas e Consequências, cuja definição muito semelhante condicionou o tráfico ao requisito de transporte não consensual destinado a práticas similares à escravidão ou ao trabalho forçado (E/CN.4/2000/68, 29 de fevereiro de 2000, §§ 10-17).

250 Vide a Lei Modelo do UNODC, cit., que se inspirou na Lei Modelo do Departamento de Estado dos Estados Unidos para Combater o Tráfico de Pessoas, 2003; os Guias Legislativos do UNODC para a implementação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e seus Protocolos, 2004; o *Toolkit* UNODC para Combater o Tráfico de Pessoas, 2008; o UNODC *Current Toolkit* - resposta da justiça criminal ao tráfico de seres humanos; o Quadro Internacional de Ação para a Implementação do Protocolo sobre Tráfico de Pessoas, 2009; o abuso de posição de vulnerabilidade e outros “meios” contidos na definição de tráfico de pessoas, 2012; O papel de “consentimento” no Protocolo relativo ao Tráfico de Pessoas, 2014; e *The Concept of Exploitation*, cit. Cf., também, *Office of the High Commissioner for Human Rights, Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking, E/2002/68/Add.1* e os *Basic Principles on the right to an effective remedy for trafficked persons*.

em si. A exploração inclui, pelo menos²⁵¹, a exploração da prostituição de terceiros ou outras formas de exploração sexual, trabalho ou serviços forçados²⁵², escravidão ou práticas semelhantes, servidão ou tomada de órgãos²⁵³. Esses conceitos devem ser entendidos com base em seu significado no direito internacional, conforme deriva do Artigo 14 do Protocolo. O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de menores de idade para fins de exploração são considerados “tráfico de pessoas”, mesmo que não envolvam o uso de nenhum dos meios acima mencionados. O consentimento de uma vítima de tráfico de pessoas para a exploração pretendida é irrelevante nos casos em que qualquer um dos meios listados tenha sido utilizado²⁵⁴. O uso dos meios ilegais implica a natureza involuntária da conduta da vítima. Portanto, o tráfico de seres humanos difere do crime de tráfico de pessoas já que, no último caso, o transporte transfronteiriço ilegal é realizado a fim de obter, direta ou indiretamente, uma vantagem financeira material, com o consentimento da pessoa transportada²⁵⁵.

18. Portanto, no direito penal internacional, existem essencialmente quatro elementos que identificam o crime de tráfico de pessoas²⁵⁶: o *actus reus*: recrutar, transportar, realocar, hospedar ou receber pessoas; os meios: o uso ou a ameaça de uso de força ou de outras formas de coerção²⁵⁷, sequestro, fraude, engano²⁵⁸, abuso

-
- 251 De acordo com o *Travaux Préparatoires*, “[A]s palavras “no mínimo” permitirão às partes dos Estados ir além dos crimes listados nesta definição na criminalização [e são] também destinadas a possibilitar ao Protocolo abranger futuras formas de exploração (ou seja, formas de exploração que [não são] ainda conhecidas)” (UNODC, *Travaux Préparatoires* das negociações para a elaboração da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e seus Protocolos (2006), p. 343, nota 22). “O caráter não exaustivo do Protocolo se manifesta de duas maneiras: (i) por meio do termo “pelo menos”; e (ii) pela ausência de definições relativas a conceitos que não são definidos de outra forma no direito internacional.” (UNODC, *The Concept of “Exploitation”*, cit., p. 8).
- 252 De acordo com o UNODC, a referência às prestações permitiu à proibição estender-se a outras atividades ilegais ou não regulamentadas que os Estados poderiam não reconhecer como trabalho (“O conceito de “exploração”, cit., p. 31). O relatório explicativo para a Convenção Antitráfico do Conselho da Europa, § 92, não aborda diretamente a questão, mas não detecta nenhuma distinção entre “trabalho forçado” e “serviços forçados”.
- 253 De acordo com as Notas Interpretativas dos *travaux préparatoires* do Protocolo de Palermo (A/55/383/Add.1, de 3 de novembro de 2000), § 66, a adoção ilegal também se enquadra no âmbito do Protocolo. O Relatório Explicativo da Convenção Antitráfico do Conselho da Europa, § 94, assume esta posição.
- 254 A nota do Guia Legislativo do UNODC para a Implementação do Protocolo, segundo a qual “a remoção dos órgãos de uma criança por razões médicas ou terapêuticas legítimas não pode constituir um elemento de tráfico se um genitor ou responsável tiver consentido validamente” é equivocada, pois pode ser entendida como idônea a implicar uma regra diferente em caso de remoção consensual dos órgãos de um adulto por “razões médicas ou terapêuticas legítimas”. Evidentemente, não é assim, uma vez que a mesma regra de justificação terapêutica se aplica a crianças e adultos.
- 255 V. o Artigo 3 do Protocolo das Nações Unidas contra o Contrabando de Migrantes por Terra, Mar e Ar e Gallagher e David, *The International Law on Migrant Smuggling*, Cambridge, 2014.
- 256 Em seu relatório anual sobre tráfico de pessoas, o Departamento de Estado dos Estados Unidos verifica se um Estado cumpre as obrigações previstas pelo Protocolo de Palermo.
- 257 Lei Modelo do UNODC, cit., p. 11: “uso de força ou ameaça de uso de força, e algumas formas de uso não violento ou psicológico da força ou ameaça de força, entre os quais, mas não se limitando a: (i) ameaças de danos ou segregação física de qualquer pessoa; (ii) qualquer padrão, plano ou padrão de comportamento voltado a levar uma pessoa a acreditar que a falha na execução de um ato resultaria em sérios danos ou segregação física contra qualquer pessoa; (iii) abuso ou qualquer ameaça relacionada à situação jurídica de uma pessoa; (iv) pressão psicológica.”
- 258 Lei Modelo do UNODC, cit., p. 12: “o engano ou a fraude podem referir-se à natureza do trabalho ou dos serviços que a pessoa traficada realizará (por exemplo, a pessoa recebe a promessa de um trabalho como empregada doméstica, mas é forçada a trabalhar como prostituta), bem como às condições em que a pessoa será obrigada a realizar este trabalho ou serviços (por exemplo, é prometida à pessoa a oportunidade de obter um visto legal de trabalho e residência, uma remuneração adequada e condições regulares de trabalho, mas acaba não sendo paga, forçada a trabalhar muitas horas, privada de seus documentos de viagem ou de identidade, não tem liberdade de movimento e/ou é ameaçada de represálias se tentar escapar), ou ambos.”

de poder ou de uma posição de vulnerabilidade²⁵⁹, ou dando ou recebendo quantias de dinheiro ou vantagens para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre uma outra; o dolo (genérico): a intenção de recrutar, transportar, transferir, hospedar ou acolher pessoas; e o dolo (específico): para fins de exploração.

19. O *actus reus* deve ser um ato ou conduta positiva, que pode ser de natureza continuada (por exemplo: transporte, transferência, hospedagem de alguém). A amplitude do *actus reus* inclui todas as etapas do processo de tráfico e põe no âmbito de aplicação do crime os recrutadores, intermediários, transportadores, mas também os proprietários, gerentes, supervisores e controladores dos locais de exploração, quando eles próprios estejam envolvidos na logística de exploração. Mas o crime de tráfico não se aplica a situações de exploração em que o explorador final não interveio no processo de tráfico. A negligência não é punível²⁶⁰. O erro de fato constitui motivo de exclusão de responsabilidade criminal apenas se excluir a *mens rea* exigida pelo crime²⁶¹. Uma vez que escravidão, trabalho forçado e tráfico para tais fins constituem crimes contra a humanidade, um erro de direito sobre a natureza de crime de um determinado tipo de conduta não exclui o elemento mental exigido por tais crimes, quando qualquer ordem para cometer tais crimes seja claramente ilegal²⁶².

20. A obrigação imposta pelo Protocolo é a de criminalizar o tráfico como uma combinação dos elementos constitutivos do crime, e não de punir cada elemento individualmente²⁶³. A condenação e a sanção pelo crime de tráfico deveriam refletir a gravidade dos meios utilizados, de acordo com o Artigo 11 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que o Protocolo complementa. Portanto, quando o uso de um dos meios ilegais listados constitua um crime em si, como ameaça ou o uso da força, o crime de tráfico

259 Nas Notas Interpretativas para os *travaux préparatoires* do Protocolo, cit., § 63, a “posição de vulnerabilidade” foi definida como “qualquer situação em que a pessoa envolvida não tem uma alternativa real e aceitável para se submeter ao abuso em questão”. Tanto a Diretiva da UE 2011/36/UE quanto o Relatório Explicativo da Convenção Antitráfico do Conselho da Europa, § 83, seguem a formulação das Notas Interpretativas. A definição da Lei Modelo do UNODC, cit., p. 9, é diferente: “qualquer situação em que a pessoa envolvida acredite não ter alternativas reais e aceitáveis a não ser a de se submeter”. Cf. também, as diretrizes da investigação da OIT, cit., p. 16 e o Artigo 8, *b*, da Lei Modelo Árabe sobre a Luta contra o Tráfico de Seres Humanos. A vulnerabilidade parece abranger tanto as características inatas ou adquiridas da vítima quanto o contexto situacional em que possa se encontrar, como a extrema pobreza.

260 UNODC, Manual Antitráfico de Seres Humanos para os Profissionais de Justiça Penal (2009), Módulo 1, pp. 4-5. O UNODC observa que o direito nacional poderia permitir a formulação do requisito da *mens rea* com base em um padrão inferior em relação à “intenção” direta, como a negligência intencional.

261 Artigo 32.1 do Estatuto de Roma.

262 Artigos 32.2 e 33.2 do Estatuto de Roma. Os Guias Legislativos do UNODC, cit., p. 276 afirmam: “[os] redatores devem observar que o elemento intencional se refere apenas à conduta ou à ação que constitui um crime e não deveria ser considerado como requisito para justificar casos, principalmente quando as pessoas puderem ignorar ou não ter o conhecimento da lei que institui o crime”.

263 Guias Legislativos do UNODC, cit., p. 268, e o Relatório Explicativo da Convenção do Conselho para o Tráfico de Seres Humanos, § 249. V., também, Gallagher, cit., pp. 80 e 81, para outras obrigações importantes relacionadas ao direito penal decorrentes do Protocolo de Palermo.

absorve, em princípio, os crime-meios e a efetiva punição do crime de tráfico não garante a simultânea sanção pelo crime-meio, exceto quando o crime em questão for punível com pena mais elevada do que o próprio crime de tráfico. Neste caso, apenas o crime-meio deve ser sancionado, a fim de evitar uma excessiva dupla punição pela mesma conduta. A persecução do crime de tráfico não depende da configuração da exploração²⁶⁴. Em outras palavras, não é necessário, para a concretização do crime de tráfico, que a pessoa traficada seja efetivamente explorada, ou seja, sujeita a prostituição forçada, trabalho forçado, escravidão, práticas análogas à escravidão, escravidão ou remoção de órgãos. Levando em consideração o vínculo instrumental entre o tráfico e a exploração de seres humanos, a busca efetiva da última não envolve necessariamente a persecução da primeira, exceto quando a forma específica de exploração constituir por si só um crime (como a extração forçada de órgãos) punível com uma pena menor do que a do tráfico. Neste caso, apenas o crime de tráfico deve ser perseguido, a fim de evitar punição excessiva e dupla para o mesmo comportamento ilícito. A obrigação de criminalizar inclui a participação como cúmplice no crime, a organização ou a direção de outras pessoas para cometer o crime e, subordinadamente aos conceitos fundamentais dos vários sistemas jurídicos, a tentativa de cometer o crime. A pena se aplica tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas, mesmo que no último caso a responsabilidade verificada não tenha necessariamente que coincidir com uma forma de responsabilidade criminal. O escopo do Protocolo é limitado à obrigação de penalizar os casos em que o tráfico de seres humanos seja de natureza transnacional e envolva um grupo criminoso organizado²⁶⁵. Mas nem a transnacionalidade nem o envolvimento de uma organização criminoso constituem elementos do crime²⁶⁶. Nos casos de exploração transnacional, os padrões que devem ser levados em consideração na avaliação da situação de exploração são os do país onde ocorra, não os do país de origem, caso contrário, haveria um incentivo à criminalidade. A existência de condições de vida ou de trabalho desfavoráveis, ou a violação do direito ao trabalho no país onde a situação surge, é certamente um elemento fortemente indicativo de exploração.

21. Em síntese, o Protocolo não exige que a exploração em si constitua um crime. Não impõe a obrigação de criminalizar o trabalho forçado. Nesse contexto, deve-se notar que nem todo trabalho forçado deriva do tráfico de pessoas: de acordo com a OIT, cerca de 20 por cento de todos os trabalhos forçados derivam

264 Guias Legislativos do UNODC, cit., p. 269, reportam: “A crime definido no Artigo 3º do Protocolo é cometido em um estágio muito inicial. A exploração não é necessária”.

265 Além disso, os Estados devem adotar medidas preventivas e cooperativas. Apenas três artigos definem a situação e os direitos das pessoas traficadas, mas são formulados em termos de objetivos aos quais aspiram.

266 Ver os Guias Legislativos do UNODC, cit., p. 259 (“No caso do tráfico de pessoas, os crimes previstos no plano nacional devem aplicar-se também quando não ocorrem a transnacionalidade e o envolvimento de grupos criminosos organizados”), e pp. 275-276.

do tráfico. Portanto, será necessário ter legislação contra todos os tipos de exploração de seres humanos em condições forçadas ou análogas à escravidão como um crime autônomo, independentemente da forma como as pessoas cheguem a essas condições, ou seja, independentemente da presença de outros elementos do crime de tráfico²⁶⁷. Isso também é imposto pelos referidos instrumentos internacionais de direitos humanos, que proíbem claramente o uso da escravidão, de práticas análogas à escravidão e de trabalho forçado.

C. A resposta regional ao trabalho forçado e ao tráfico de pessoas a ele direcionado (§§ 22-40)

A. Panorama geral (§§ 22-26)

22. O Artigo 6º da CADH proíbe todas as formas de escravidão, servidão involuntária, comércio de escravos, tráfico de mulheres e trabalho forçado ou obrigatório. Nos Estados onde a pena imposta para certos crimes é a privação de liberdade combinada com o trabalho forçado, a execução desta pena é permitida se imposta por um tribunal competente, mas «o trabalho forçado não deve afetar negativamente a dignidade ou capacidade física ou intelectual do recluso». Além disso, a disposição exclui certas formas de trabalho ou serviço relativas ao trabalho forçado ou obrigatório²⁶⁸. O Artigo 27.2 não consente qualquer derrogação a esta proibição, mesmo em tempo de guerra, ante perigo público ou outras emergências ameaçadoras da independência ou segurança de um Estado Parte.

23. No Artigo 7º da Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, os Estados Partes se comprometeram a adotar medidas eficazes, de acordo com seu direito interno, para prevenir e punir severamente o sequestro, transferência ou detenção, ou tentativa de sequestro, transferência ou detenção de um menor para fins ilícitos ou por meios ilícitos. O «propósito ilícito» inclui, entre outros, a prostituição, a exploração sexual, a escravidão ou qualquer outro propósito ilegal no Estado de residência habitual da criança ou no Estado Parte onde a criança se encontra. Os «meios ilícitos» compreendem, entre outros, o sequestro, o consentimento fraudulento ou extorquido, a entrega ou recebimento de pagamentos ilegais ou benefícios para obter o consentimento dos pais, indivíduos ou instituição que cuide do menor, ou qualquer outro meio ilícito no Es-

267 Lei Modelo do UNODC, cit., p. 35. Cf., também, a Declaração de Princípios de Miami sobre o Tráfico de Seres Humanos (10 de fevereiro de 2005), 1 *Intercultural Human Rights L. Rev.* 11(2006).

268 V. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso do Massacre de Ituango v. Colômbia*, Série C n. 148, de 1º de julho de 2006, §§ 154-168, que aplicou os critérios do Artigo 2.1 da Convenção n. 29 da OIT, e v. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Comunidade em cativeiro: a situação da população indígena Guaraní e as formas contemporâneas de escravidão no Chaco boliviano*, OEA/SER. L/v/ii, doc. 58, 24 de dezembro de 2009, p. 27, que se refere substancialmente aos mesmos critérios.

tado da residência habitual da criança ou onde a criança se encontre. A conduta com propósito ilícito não implica a utilização de meios ilícitos, e vice-versa.

24. O Artigo 5º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos proíbe todas as formas de exploração e degradação do homem, em particular a escravidão, o tráfico de escravos, a tortura, a punição e o tratamento cruel, desumano ou degradante²⁶⁹. Em um julgamento sobre a prática consuetudinária *wahiya* ou *sadaka*, o Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO) declarou o seguinte: “De acordo com o direito penal nigeriano, assim como com instrumentos internacionais, a proibição e a repressão da escravidão são absolutas e de ordem pública. Conforme declarado pela Corte Internacional de Justiça na sentença *Barcelona Traction* (5 de fevereiro de 1970), ‘a proibição da escravidão é uma obrigação *erga omnes* imposta a todos os órgãos do Estado’”²⁷⁰. O Artigo 15 da Carta Africana de 1990 sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança protege cada criança de qualquer forma de exploração econômica e de realizar qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir no desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social da criança. Também impôs aos Estados Partes a adoção de todas as medidas legislativas e administrativas apropriadas para garantir a plena implementação deste artigo, de forma a cobrir os setores formal e informal de emprego. No que diz respeito às disposições dos instrumentos da OIT relevantes em relação às crianças, os Estados-Membros devem, em particular, (a) prever salários mínimos para admissão a todos os tipos de emprego; (b) prever a regulamentação adequada de horários e condições de trabalho; (c) prever penalidades adequadas ou outras sanções para garantir a aplicação efetiva deste artigo; (d) promover a divulgação de informações sobre os riscos do trabalho infantil a todos os setores da comunidade. Mais recentemente, o Artigo 9º da Carta Árabe dos Direitos Humanos proibiu o tráfico de órgãos humanos e o tráfico de seres humanos para fins de experimentação médica, e o Artigo 10 banuiu “todas as formas de escravidão e tráfico de pessoas”²⁷¹. Finalmente, o Artigo 9.1, *d*, da Convenção da União Africana para a Proteção e Assistência a Pessoas Deslocadas Internamente em África protege o direito dessas pessoas a serem submetidas a trabalhos forçados.

269 *V. Associação Africana Malawi e Outros v. Mauritânia*, Comissão Africana para os Direitos do Homem e dos Povos, comunicações n. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 a 196/97 e 210/98 (2000), § 135, onde houve violação do Artigo 5º da Carta devido às práticas análogas à escravidão. A Comissão frisou que o trabalho não remunerado é igualmente uma violação do direito ao respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

270 Tribunal de Justiça da CEDEAO, *Hadijatou Mani Koraou v. República do Niger*, ECW/CCJ/JUD/06/08 (27 de outubro de 2008), § 81.

271 O Conselho Árabe de Ministros da Justiça em 2005 e o Conselho de Ministros Árabes de Assuntos Internos em 2006 já haviam adotado a Lei Modelo Árabe sobre o Tráfico de Seres Humanos (Lei Modelo de Combate ao Crime de Tráfico de Pessoas), que seguiu a definição de tráfico contida no Protocolo de Palermo.

25. O Artigo 4º da Convenção CIS proíbe a escravidão, a servidão e o trabalho forçado ou obrigatório, mas exclui do significado deste termo algumas formas de trabalho ou serviço. O Artigo 35 não prevê qualquer derrogação ao Artigo 4º, § 1 - a proibição da tortura e da servidão. O CIS também aprovou o Programa de Cooperação no Combate ao Tráfico de Seres Humanos para 2010-2012 e a legislação sobre o modelo CIS²⁷². Em abril de 2012, foi realizada em São Petersburgo (Federação Russa) uma mesa-redonda sobre a luta contra o tráfico de seres humanos, conjuntamente com Conselho da Europa, a Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE), a Assembleia Interparlamentar do CIS e a Comissão Executiva do CIS²⁷³. A mesa-redonda criou uma nova plataforma para o desenvolvimento da cooperação entre o Conselho da Europa, a OSCE e a CEI, a fim de coletar e trocar boas práticas. O Artigo 5º da Convenção ASEAN contra o Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças, que ainda não entrou em vigor, estabeleceu a obrigação de criminalizar o tráfico de seres humanos com o mesmo campo de aplicação do Protocolo de Palermo²⁷⁴.

26. Os compromissos políticos assumidos pela OSCE contra o tráfico desde 2000 nas reuniões anuais do Conselho Ministerial da OSCE, em maioria aceitos pelos Estados participantes, constituem um quadro político global para a ação contra o tráfico de seres humanos²⁷⁵. Em 2003, a OSCE aprovou um Plano de Ação de combate ao tráfico de seres humanos e estabeleceu o Escritório e a função de Representante Especial e Coordenador para a luta contra o tráfico de seres humanos, para auxiliar os Estados participantes na elaboração e implementação de políticas eficazes de combate ao tráfico.

B. Na União Europeia (§§ 27-31)

27. No âmbito da União Europeia, o tráfico de seres humanos tem sido inicialmente associado à prostituição forçada e à exploração sexual de menores. O anexo à Convenção Europol²⁷⁶ já continha a seguinte definição de tráfico para fins de exploração sexual: “tráfico de seres humanos: o fato de submeter uma pessoa ao poder real e ilegal de outrem, recorrendo à violência ou à ameaça ou ao abuso de uma relação de autoridade ou por meio de manobras, em especial com o

272 Os Estados membros da CEI são Azerbaijão, Armênia, Bielorrússia, Cazaquistão, Quirguistão, Moldávia, Rússia, Tadjiquistão e Uzbequistão. Turcomenistão e Ucrânia são Estados associados.

273 O trabalho da mesa-redonda foi publicado e está disponível online.

274 Na Ásia, a luta contra o tráfico estava até recentemente concentrada no tráfico destinado à prostituição forçada (vide a Convenção SAARC sobre a Prevenção e Luta contra o Tráfico de Mulheres e Crianças para Prostituição, e a Comissão Econômica e Social das Nações Unidas para a Ásia e o Pacífico, *Combating Human Trafficking in Asia: A Resource Guide to International and Regional Legal Instruments, Political Commitments and Recommended Practices*, 2003). Como mencionado acima, este argumento não está abarcado por este voto.

275 A OCDE tem 57 Estados participantes da Europa, Ásia Central e América do Norte.

276 Ato do Conselho de 26 de julho de 1995 que redigiu a Convenção sobre o estabelecimento de um Serviço Europeu de Polícia.

fim de explorar a prostituição de outrem, de formas de exploração e de violência sexual contra menores ou de comércio de menores em caso de abandono».

28. Em 18 de Janeiro de 1996, o Parlamento Europeu adotou uma resolução sobre o tráfico de seres humanos. No ano seguinte, o Conselho da União Europeia adotou a Ação Comum de 24 de fevereiro de 1997 97/154/JHA para a luta contra o tráfico de seres humanos e exploração de sexual de crianças, que se refere a “qualquer comportamento que facilite a entrada, o trânsito e a permanência no território de um Estado-Membro, bem como a saída dele, com a finalidade de exploração com fins lucrativos ou o abuso de adultos ou de menores envolvidos”.

29. Na sequência da proibição do tráfico de seres humanos imposta pelo Artigo 5.3 da Carta dos Direitos Fundamentais da UE²⁷⁷, o Conselho da União Europeia aprovou a Decisão-Quadro de 19 de julho de 2002 sobre o combate ao tráfico de seres humanos, que substituiu a Ação Comum²⁷⁸. A obrigação de criminalizar o tráfico foi modelada com base no Protocolo de Palermo, com as seguintes diferenças relevantes: a vulnerabilidade foi definida como uma situação “tal que a pessoa não tenha outra escolha eficaz e aceitável se não ceder ao abuso de que é vítima”; a lista exaustiva de propósitos da ação inclui o trabalho compulsório e a pornografia, mas não a remoção de órgãos; foi inserida uma regra sobre a natureza proporcional e dissuasiva das sanções; e foram previstos também crimes agravados.

30. Alguns anos depois, a Diretiva 2004/81/CE definiu o quadro jurídico para a emissão de autorizações de residência para nacionais de países terceiros vítimas de tráfico²⁷⁹ e a Diretiva 2009/52/CE delineou o quadro para Estados-Membros para a aplicação de sanções contra empregadores que conscientemente admitem trabalhadores de países terceiros cuja residência seja irregular²⁸⁰. Em 2010, a Comissão Europeia nomeou o Coordenador da UE para a luta contra

277 Segundo as explicações relativas ao texto da Carta do *Præsidium* à Convenção, “o direito a que se refere o Artigo 5.1 e 5.2 corresponde ao Artigo 4.1 e 4.2 da CEDH, que tem a mesma formulação. Portanto, tem o mesmo significado e a mesma abordagem que o artigo da CEDH, por força do Artigo 52.3 da Carta. Consequentemente, nenhuma limitação pode legitimamente afetar o direito previsto pelo parágrafo 1º». Comentário sobre a Carta da Rede de Especialistas Independentes da UE sobre os Direitos Fundamentais, 2006: “Ao contrário da escravidão e da servidão, que foram continuadas, o trabalho forçado pode surgir incidentalmente ou sobre base mais temporária».

278 Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho, de 19 de julho de 2002, sobre o Combate Tráfico de Seres Humanos, seguida pelo Plano de Melhores Práticas, Normas e Procedimentos para a Luta e a Prevenção do Tráfico de Seres Humanos e o Manual de Avaliação da Direção da CE do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça: “Medindo a resposta ao tráfico de seres humanos na União Europeia”, 2007. A Conferência Europeia sobre Prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas - o desafio global para o século 21 à Declaração de Bruxelas sobre a Prevenção e o Combate ao Tráfico de Seres Humanos, 29 de novembro de 2002, 14981/02.

279 Diretiva do Conselho 2004/81/EC de 29 de abril de 2004 sobre a autorização de residência conferida aos nacionais de países terceiros que são vítimas de tráfico de seres humanos ou objeto de uma ação específica para facilitar a imigração clandestina, em colaboração com as autoridades competentes.

280 Diretiva 2009/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de junho de 2009 que prevê regras mínimas sobre sanções e medidas contra empregadores de cidadãos de países terceiros em situação irregular.

o tráfico, a fim de melhorar a coordenação entre as instituições da UE, as suas agências, os Estados-Membros e os atores internos na implementação da legislação e da política da UE contra tráfico de seres humanos, na sequência do recurso contido na Resolução do Parlamento Europeu sobre a prevenção do tráfico de seres humanos, aprovado no mesmo ano²⁸¹.

31. Por último, a Diretiva 2011/36/UE relativa à prevenção e repressão do tráfico de seres humanos e proteção das vítimas estabeleceu a Decisão-Quadro, adotando uma abordagem global, integrada e focada nos direitos humanos para a luta contra o tráfico de seres humanos e uma compreensão contextual das diversas formas de tráfico visando a garantir que cada forma seja combatida com as medidas mais eficazes, levando-se em consideração a perspectiva de gênero e os direitos da criança²⁸². A novidade mais importante da diretiva foi o seu desenvolvimento mais amplo do conceito de tráfico de seres humanos em comparação com a Decisão-Quadro, uma vez que inclui outras formas de exploração, como mendicância forçada, atividades criminosas forçadas (como no caso, *inter alia*, de furtos de carteira, furtos em lojas, tráfico de drogas e outras atividades semelhantes que são sujeitas a sanções e que envolvam um ganho financeiro), a remoção ilegal de órgãos, a adoção ilegal ou o casamento forçado. Imediatamente após a publicação da Diretiva, foi lançada a Estratégia da UE para a erradicação do tráfico de seres humanos 2012-2016.

C. No Conselho da Europa (§§ 32-40)

32. A Convenção proíbe a escravidão e a servidão²⁸³. Ademais, proíbe o trabalho forçado e obrigatório, excluindo algumas formas de trabalho e serviços deste termo²⁸⁴. No caso *Van der Musselle*²⁸⁵, A Corte observou que este parágrafo “não pretende ‘limitar’ o exercício do direito garantido do parágrafo 2º, mas ‘delimitar’ o próprio conteúdo deste direito, visto que constitui um *unicum* com o parágrafo 2º e indica o que o termo “forçado ou obrigatório” não deve incluir. Diante disso, o parágrafo 3º constitui um auxílio à interpretação do parágrafo

281 Ver, também, a Resolução do Parlamento Europeu de 17 de janeiro de 2006 sobre Estratégias para Prevenir o Tráfico de Mulheres e Crianças Vulneráveis à exploração sexual; e a Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho sobre o Combate ao Tráfico de Seres Humanos – uma abordagem integrada e propostas para um plano de ação (2006/2078 (INI)).

282 Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, sobre a Prevenção e o Combate ao Tráfico de Seres Humanos e a Proteção de suas Vítimas, assim como a substituição da Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho. V. o útil comentário conjunto da ONU sobre a diretiva da UE - uma abordagem baseada em direitos humanos, 2011, sobre a “abordagem de baixo limiar” para atender às necessidades de assistência e proteção das vítimas nos casos em que o tráfico não pode ser comprovado dentro do sistema de judiciário penal.

283 No *Travaux préparatoires de l'article 4 de la Convention*, DH (62) 10, 16 de novembro de 1962, p. 16, a servidão é referida como “uma ideia mais geral que abrange todas as possíveis formas de dominação do homem sobre o homem”. Esta passagem foi retirada do comentário à minuta do PIDCP preparado pelo Secretário-Geral das Nações Unidas em 1955.

284 No *Travaux préparatoires* foi feita referência à definição da Convenção da OIT de 1930, que “não foi considerada inteiramente satisfatória para inclusão no Pacto”. Essa passagem foi retirada do comentário sobre a minuta do PIDCP.

285 *Van der Musselle v. Bélgica*, acórdão de 23 de novembro de 1983, Série A, n. 70, § 38.

2º. Os quatro parágrafos do parágrafo 3º, apesar de sua diversidade, baseiam-se em concepções fundamentais de interesse geral, de solidariedade social e do que é normal em situações comuns”.

A Corte reconheceu a influência da Convenção da OIT n.º 29 no Artigo 4º da Convenção e considerou que a definição do termo “trabalho forçado ou obrigatório” como “qualquer trabalho ou serviço extorquido de uma pessoa sob ameaça de punição ou para o qual essa pessoa não tenha se oferecido” pode ser um ponto de partida para a interpretação do Artigo 4º da Convenção²⁸⁶. Tendo admitido que o trabalho em questão não está de forma alguma limitado ao trabalho manual²⁸⁷, a Corte avaliou se houve trabalho “forçado ou obrigatório”. Segundo a Corte, “o primeiro desses adjetivos lembra a ideia de constrição física ou mental, um fator certamente ausente no presente caso. Quanto ao segundo adjetivo, não se pode referir a qualquer forma de coerção ou obrigação jurídica. ... O que deve estar presente é o “trabalho exato ... sob ameaça de uma punição” e realizado contra a vontade da pessoa interessada, ou seja, um trabalho para o qual a pessoa “não se ofereceu voluntariamente”²⁸⁸. Nas circunstâncias do caso, o mero fato da anuência prévia dada pelo recorrente não levava à conclusão de que as obrigações incumbentes sobre ele em matéria de assistência judiciária gratuita não constituíssem trabalho obrigatório nos termos do Artigo 4º, § 2, da Convenção. Para a Corte, deve-se necessariamente levar em consideração outros fatores, inclusive a desproporção do ônus imposto ao recorrente. Embora também trabalho remunerado possa ser qualificado como trabalho forçado ou obrigatório, a falta de remuneração e de reembolso de despesas é um fator relevante quando se considera a proporcionalidade do ônus imposto. Este teste de proporcionalidade não corresponde aos critérios da Convenção da OIT de 1930. Apesar da falta de remuneração e de reembolso de despesas, a Corte considerou que não houve trabalho obrigatório tendo em conta o número horas de trabalho limitadas e não enfrentou a questão de saber se a noção de «obrigações cívicas normais» se estenderia às obrigações inerentes a uma categoria específica de cidadãos por causa da posição que ocupam ou das funções que são chamados a desempenhar na comunidade.

33. Também o Artigo 1.2 da Carta Social Europeia proíbe o trabalho forçado, com o mesmo campo de aplicação do Artigo 4º da Convenção e do Artigo 2º da Convenção n.º 29 da OIT sobre trabalho forçado²⁸⁹. Trabalho forçado é entendido como “coerção de um trabalhador para desenvolver o trabalho contra

286 *Van der Musselle*, cit., § 32.

287 *Van der Musselle*, cit., § 33.

288 *Van der Musselle*, cit., § 34.

289 Conclusões do ECSR II, Declaração de interpretação do Artigo 1, § 2, p. 4.

a sua vontade e sem consentimento livremente expresso”²⁹⁰. A proibição de trabalho forçado ou obrigatório pela Carta pode ser violada, por exemplo, por uma sanção criminal imposta aos marítimos que deixam seus cargos também quando a segurança de um navio ou a vida ou saúde das pessoas a bordo não estejam em risco²⁹¹; pela obrigação dos oficiais de carreira do Exército que receberam vários períodos de treinamento, a fim de completar um período de serviço obrigatório que pode durar até vinte e cinco anos²⁹² ou pela recusa do direito de solicitar a rescisão antecipada de seu cargo a menos que reembolsem ao Estado pelo menos parte do custo de sua educação e treinamento²⁹³; por poderes de mobilidade muito amplamente definidos da população civil em estado de emergência, ou seja, “em qualquer situação imprevista que provoque a desintegração da economia e da sociedade do país”²⁹⁴; pela duração não razoável do serviço de substituição do serviço militar²⁹⁵; pelo emprego de presos por empresas privadas, sem o consentimento dos detentos e em condições muito diferentes daquelas normalmente associadas a uma relação de emprego privada²⁹⁶; pela imposição de trabalho não remunerado para trabalhadores que se recusam a cumprir suas obrigações profissionais²⁹⁷; e pela “escravidão doméstica”²⁹⁸.

34. O Artigo 19 da Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos de 2005 impõe a criminalização da conduta definida no Artigo 4º, cuja formulação é inspirada no Artigo 3º do Protocolo de Palermo²⁹⁹. O crime de tráfico é explicitamente reconhecido como uma violação dos direitos humanos e se aplica a todas as formas de tráfico de seres humanos, tanto nacional como transnacionalmente, com ou sem entrada e residência legal nos países de trânsito ou destino, e ligadas ou não ao crime organizado³⁰⁰. É incluída uma disposição sobre as sanções e sobre as formas agravadas do crime. Outra característica distintiva é a obrigação de criminalizar quem conscientemente faz uso dos serviços das vítimas. A Convenção Antitráfico foi adotada com o objetivo de promover uma abordagem mais centrada nos direitos humanos e sensível ao gênero e aos menores no tráfico de seres humanos no que concerne ao

290 Conclusões do ECSR III, p. 5.

291 *Federação Internacional de Direitos Humanos (FIDH) c. Grécia*, processo n. 7/2000, Decisão de mérito de 5 de dezembro de 2000, § 22.

292 *Federação Internacional de Direitos Humanos (FIDH)*, cit., § 21.

293 Conclusões do ECSR 2004, Irlanda, p. 260. Foi observado, ademais, que a decisão de concessão de aposentadoria antecipada foi deixada a critério do Ministério da Defesa.

294 Conclusões ECSR XVI-1, Grécia, p. 283. Cf., também, as conclusões do ECSR 2012 -Moldávia - Artigos. 1-2.

295 *Quaker Council for European Affairs (QCEA) v. Grécia*, processo n. 8/2000, Decisão de mérito de 25 de abril de 2001, §§ 23-25.

296 Conclusões ECSR XVI-1, Alemanha, pp. 242-243.

297 Conclusões ECSR XX-1 - Países Baixos Aruba - Artigo 1-2.

298 Conclusões do ECSR 2012 - França - Artigo 1-2.

299 Relatório explicativo da Convenção, § 72.

300 *Ibid.*, § 80.

Protocolo de Palermo, por meio da imposição de padrões mais rígidos aos Estados Partes em matéria de prevenção do tráfico de seres humanos, de cooperação entre os Estados Partes e de proteção dos direitos das vítimas de tráfico, incluso o período de recuperação e reflexão, a exclusão da pena, a indenização e o ressarcimento a serem garantidas e a concessão de uma autorização de residência a essas vítimas³⁰¹. Também criou um mecanismo de monitoramento (GRETA).

35. O Artigo 37 da Convenção do Conselho da Europa de 2011 sobre a Prevenção e o Combate à Violência contra a Mulher e Violência Doméstica estabelece a obrigação de penalizar o casamento forçado e intencional e o fato de atrair intencionalmente com engano um adulto ou um menor no território de uma Parte ou de um Estado distinto daquele em que reside para esta finalidade³⁰². A Convenção do Conselho da Europa de 2014 contra o Tráfico de Órgãos Humanos afasta-se da abordagem do Protocolo de Palermo enfrentando sobretudo o “tráfico de órgãos humanos” ao invés do tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos³⁰³. Além desses instrumentos normativos vinculantes, tanto o Comitê de Ministros³⁰⁴ quanto a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa³⁰⁵ têm concentrado a atenção em crimes de escravidão doméstica, casamento forçado e tráfico de pessoas, insistindo na necessidade de incluí-los nos códigos penais dos Estados Partes.

36. Em total coerência com essas normas, a Corte enfatizou, mais recentemente, a importância vital do combate seja ao trabalho forçado, seja ao tráfico dirigido a ele. Em *Siliadin*³⁰⁶, a Câmara deduziu do Artigo 4º da Convenção que a obrigação positiva incumbe aos Estados Partes de adotar disposições do direito penal que sancionem as práticas às quais esta norma se refere e de aplicá-las na prática³⁰⁷. O Artigo 4º não envolve apenas um efeito vertical sobre os Estados Partes, mas também um efeito horizontal na esfera privada. Em uma situação em que o requerente foi obrigado a realizar o trabalho forçado por quase quinze horas por dia, sete dias por semana, a Câmara concluiu que o caso em ques-

301 Relatório explicativo da Convenção, § 87.

302 CETS n. 210.

303 CETS n. 216. O Relator Especial da ONU sobre o Tráfico de Pessoas expressou preocupação com a incapacidade da Convenção de integrar práticas relevantes dentro do amplo quadro conceitual e normativo do Protocolo sobre o Tráfico de Pessoas e com o possível rebaixamento dos padrões de proteção e assistência às vítimas (UN DOC. A / 68/256, 2 de agosto de 2013, §§ 64, 65, 100).

304 V. recomendação n. R (91) 11 sobre a exploração sexual, a pornografia, a prostituição e o tráfico de crianças e jovens; e a Recomendação n. R (2000) 11 sobre ações contra o tráfico de seres humanos para fins de exploração sexual.

305 Cf. Recomendação 1325 (1997) sobre o tráfico de mulheres e prostituição forçada nos Estados-membros do Conselho da Europa; Recomendação 1523 sobre a escravidão doméstica (2001); Recomendação 1526 (2001) sobre uma campanha contra o tráfico de crianças para por fim à rota da Europa Oriental: o exemplo da Moldávia; Recomendação 1545 (2002) sobre uma campanha contra o tráfico de mulheres; Recomendação 1610 (2003) sobre migração vinculada ao tráfico de mulheres e a prostituição; e a Recomendação PACE 1663 (2004) sobre a escravidão doméstica: *servidão, au pair* e esposas por correspondência.

306 *Siliadin v. França*, n. 73316/01, ECHR 2005VII.

307 *Siliadin*, cit., §§ 89 e 112.

tão não constituía uma situação de escravidão “no sentido próprio, ou seja, que os cônjuges B. exerceram um verdadeiro direito legal de propriedade sobre ela, reduzindo-a ao status de objeto”³⁰⁸. Consequentemente, a Câmara interpretou a Convenção sobre Escravatura de 1926 de forma restritiva, uma vez que esta Convenção não limita o conceito de escravidão ao “verdadeiro direito real de propriedade jurídica sobre outra pessoa *de jure*, mas inclui a “condição” *de facto* de ser submetido ao exercício de um poder análogo ao de propriedade. Além disso, a privação de autonomia pessoal da requerente foi identificada pela Câmara como servidão³⁰⁹. O elemento de dependência decorria do fato que “a requerente, que temia ser presa pela polícia, não estava em nenhum caso autorizada a sair de casa, exceto para levar os filhos para suas aulas e várias atividades. Assim, não tinha liberdade de movimento e nenhum tempo livre”³¹⁰.

37. No caso *Rantsev*³¹¹, a Câmara concluiu que o próprio tráfico, nos termos do Artigo 3º, *a*, do Protocolo de Palermo e do Artigo 4º, *a*, da Convenção Antitráfico, cai no âmbito da aplicação do Artigo 4º da Convenção³¹². A definição estabelecida no direito internacional do conceito de tráfico de seres humanos foi assim incorporada ao direito convencional.

38. Deve-se notar que este pronunciamento revolucionário não foi acompanhado por explicação a respeito de qual parágrafo do Artigo 4º seria aplicável ao tráfico de seres humanos, que poderia ser relevante para os fins do Artigo 15, visto que este artigo faz referência exclusiva ao § 1º do Artigo 4º. O silêncio da Câmara sobre este ponto pode ser totalmente compreendido somente à luz de sua outra afirmação forte, nos termos da qual o Artigo 4º “Não prevê exceções e não permite interrogações nos termos do Artigo 15, § 2, nem mesmo no caso de perigo público que ameace a vida do nacional”³¹³. Em uma interpretação louvável e progressiva da Convenção, a Câmara rejeitou qualquer hierarquia regulatória interna entre os §§ 1 e 2 do Artigo 4º e qualquer diferença no tratamento destes parágrafos em estado de emergência ou qualquer outra circunstância excepcional.

308 Siliadin, cit., §§ 122 e 124. Cf. *CN v. Reino Unido*, cit., § 66, *CN e V. v. França*, cit., § 105, e *Kawogo v. Reino Unido* (dezembro), 3 de setembro de 2013.

309 A Comissão Europeia de Direitos Humanos tinha considerado a servidão como a necessidade de viver e trabalhar na propriedade alheia e realizar alguns serviços para outros, sejam pagos e não pagos, juntamente com a impossibilidade de alteração dessas condições de vida (processo n. 7906/77, DR 17, p. 59; cf. o relatório da Comissão no caso *Van Droogenbroeck* de 9 de julho de 1980, Série B, vol. 44, p. 30, parágrafos 78 a 80). A Câmara aderiu a esta concepção no parágrafo 123 de *Siliadin*, mas acrescentou, no § 124, que a servidão era caracterizada como “a obrigação de fornecer os próprios serviços imposta pela utilização de métodos coercitivos, conectada com o conceito de “escravidão”³⁰⁹ e, portanto, deixou de lado o elemento espacial do conceito da Comissão Europeia. O relatório explicativo para a Convenção Antitráfico do Conselho da Europa, § 95, assume uma posição ligeiramente diferente, afirmando que esta “forma particularmente grave de negação da liberdade” deve ser considerada “uma forma específica de escravidão, diversa desta menos no caráter do que no grau”.

310 *Siliadin*, cit., § 123.

311 *Rantsev v. Chipre e Rússia*, n. 25965/04, ECHR 2010 (excertos). No monitoramento das partes da Convenção Antitráfico, o GRETA leva em consideração as conclusões desta decisão na sua avaliação (Conclusões da 5ª reunião do GRETA, 2010, § 15).

312 *Rantsev*, cit., § 282.

313 *Rantsev*, cit., § 279.

Assim, a Câmara não apenas ampliou o escopo da proibição de tráfico referida no Artigo 4º quanto ao tráfico de seres humanos, mas sujeitou esta nova regra prescritiva ao regime do Artigo 15. A interpretação da Câmara seguiu, sem citá-la, a interpretação progressiva do Artigo 4º, 2, do ICCPR, contida no Comentário Geral do UNHRC n.º 29 à luz da recente codificação dos crimes contra a humanidade no Estatuto de Roma³¹⁴. O crime de redução à escravidão, que inclui trabalho forçado e tráfico para esta finalidade, constitui um desses crimes.

39. Com base no Protocolo de Palermo e na abordagem global da Convenção do Conselho da Europa para o Combate ao Tráfico, que inclui medidas de prevenção ao crime e de proteção às vítimas, além de medidas sancionadoras dos traficantes, a Câmara foi além da obrigação de penalização sustentada em *Siliadin*, afirmando que “desde as disposições destes dois instrumentos, é claro que os Estados Contratantes, incluídos quase todos os Estados-Membros do Conselho da Europa, consideraram que apenas uma combinação de medidas que abordem todos os três aspectos pode ser eficaz na luta contra o tráfico de seres humanos. ... A extensão de obrigações positivas decorrentes do Artigo 4º deve ser considerada neste contexto mais amplo.”³¹⁵

A Câmara examinou as obrigações do Estado de proteger as vítimas. O Artigo 4º pode exigir que um Estado tome medidas operacionais para tratar as vítimas, ou potenciais vítimas, de tráfico quando, nas circunstâncias de um caso particular, for demonstrado que as autoridades estaduais tinham conhecimento, ou deveriam ter conhecimento, de “circunstâncias que deram origem a uma suspeita razoável de que um indivíduo identificado estivesse, ou tenha estado, em risco real e imediato de ser objeto de tráfico ou exploração”³¹⁶. A obrigação de tomar medidas operacionais deve, no entanto, ser interpretada na forma de não impor um ônus insustentável ou desproporcional às autoridades³¹⁷. A título de controvérsia, o Artigo 4º também envolve uma obrigação processual para as autoridades de investigar *ex officio* potenciais situações de tráfico³¹⁸. Finalmente, à luz do Preâmbulo do Protocolo de Palermo, os Estados-Membros também estão sujeitos à obrigação em caso de tráfico transfronteiriço, para cooperar efetivamente com as autoridades competentes dos demais Estados interessados na investigação de fatos ocorridos fora dos seus territórios³¹⁹. A Câmara enfatizou que esta obrigação não é apenas válida para os Estados de chegada, como Chipre,

314 Comentário Geral do UNHRC n. 29, cit., §§ 11-12.

315 *Rantsev*, cit., § 285.

316 *Rantsev*, cit., § 286.

317 *Rantsev*, cit., § 287.

318 *Rantsev*, cit., § 288. Sobre o empoderamento das vítimas, ver *LE v. Grécia*, n. 71545/12, 21 de janeiro de 2016 e *O.G.O v. Reino Unido* (dezembro), 18 de fevereiro de 2014.

319 *Rantsev*, cit., § 289.

e os Estados de origem, como a Rússia, mas também para os Estados de trânsito. Tal cooperação, na forma de convênio bilateral ou multilateral, é particularmente importante entre os países envolvidos nos diferentes estágios do tráfico³²⁰.

40. Em síntese, os Estados Partes da Convenção têm o dever de penalizar o trabalho forçado ou obrigatório e o tráfico de seres humanos. Para os propósitos do Artigo 4º da Convenção, trabalho ou serviços forçados e obrigatórios devem não ser interpretados nos termos do Artigo 2º da Convenção da OIT de 1930, como qualquer trabalho ou serviço extorquido de uma pessoa sob a ameaça de punição ou para a qual essa pessoa não tenha se oferecido ou, uma vez contratada, descubra que não pode desistir. O conceito compreende dois elementos definidores: a ameaça do empregador com uma punição e a involuntariedade do trabalhador³²¹. Não há requisitos quanto à legalidade, à duração ou à intensidade do trabalho requerido. Consequentemente, o trabalho forçado inclui o trabalho permanente na fábrica, contingente, temporário, ocasional, incidental, intermitente, irregular ou a tempo parcial, bem como a prostituição forçada, a mendicância forçada, a atividade criminosa forçada, o uso forçado de uma pessoa em um conflito armado, a escravidão ritual ou cerimonial, o uso forçado de mulheres como mães de aluguel, a gravidez forçada e o desenvolvimento ilegal de pesquisas biomédicas em uma pessoa. A conduta descrita pelo Artigo 4.3 da Convenção delimita o conceito convencional de trabalho forçado ou obrigatório e, portanto, deve ser interpretado restritivamente, à luz da proibição obrigatória contida no Artigo 1º da Convenção de Abolição do Trabalho Forçado de 1957. Trabalho forçado e o tráfico a ele destinado não devem ser confundidos com escravidão, instituições ou práticas análogas à escravidão ou servidão. Nem “todo trabalho forçado coincide com casos de tráfico”, assim como nem “todos os casos de tráfico correspondem à escravidão”. Essas duas manifestações do que foi denominado “*exploitation creep*” devem ser evitadas³²². O próprio processo de tráfico em si é uma fase preparatória da exploração consequente e, portanto, está ligado a cada uma das três condutas proibidas pelo Artigo 4º. Mas pode haver tráfico de seres humanos sem exploração subsequente e pode haver exploração sem tráfico anterior. O tráfico destinado ao trabalho forçado é proibido pelo Artigo 4.2 da Convenção, como delito preparatório da conduta proibida. A expulsão para um país onde a pessoa corre o risco de trabalho forçado ou o tráfico dirigido a ele

320 Conforme já apontado pelo Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos, *Recommended Principles and Guidelines*, cit.

321 Os órgãos de fiscalização da OIT destacaram que, onde o trabalho ou os serviços são impostos (por exemplo, explorando a vulnerabilidade do trabalhador) sob a ameaça de consequências negativas, tal exploração deixa de ser uma mera situação de condições trabalho negativas e desencadeia a proteção da Convenção da OIT n. 29 (UNODC, “O conceito de “exploração”, cit., p. 31).

322 Janie Chuang, “*Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law*”, 108 (4) *American Journal of International Law* (2014).

levanta um problema na acepção desta disposição. Para efeitos do Artigo 4º da Convenção, o tráfico de seres humanos deve ser interpretado de acordo com o Artigo 3º, *a*, do Protocolo de Palermo, do Artigo 4º, *a*, da Convenção Antitráfico do Conselho da Europa e do Artigo 2º da Diretiva da União Europeia sobre Prevenção e Controle do Tráfico de Seres Humanos e Proteção das Vítimas. Nem o trabalho forçado nem o tráfico para este fim incluem um lucro em si, um elemento comercial, um componente transnacional, de travessia de fronteira ou uma ligação com o crime organizado. Para efeitos do Artigo 4º da Convenção, a escravidão deve ser interpretada nos termos do Artigo I da Convenção sobre a Escravidão, ou seja, a posse de direito ou o exercício *de facto* sobre uma pessoa dos poderes inerentes ao direito de propriedade. O tráfico com o fim de escravidão (incluindo o comércio de escravos) é proibido pelo Artigo 4.1 da Convenção. A expulsão para um país onde a pessoa corre o risco de ser submetida à escravidão ou ao tráfico para esse fim envolve uma violação desta disposição³²³. Para os propósitos do Artigo 4º da Convenção, a servidão deve ser interpretada de acordo com o Artigo 7º, *b*, da Convenção Suplementar de Abolição da escravidão de 1956, que identifica vítimas de “práticas semelhantes à escravidão” (escravidão por dívida, escravidão, formas servis de casamento e venda de adoção de menores para exploração) como “pessoas em situação de servidão”. A adoção ilegal de uma criança com intenção de exploração, compensada ou não, está incluída entre essas práticas, à luz da interpretação dos trabalhos preparatórios do Protocolo de Palermo, do explicativo da Convenção Antitráfico do Conselho da Europa e da Diretiva da UE 2011/36/ UE. O tráfico voltado à sujeição de uma pessoa a um *status* servil (ou seja, para práticas semelhantes às da escravidão) é proibido pelo Artigo 4.1 da Convenção. A expulsão para um país em que a pessoa corre o risco de ser submetida a tal condição servil ou de ser traficada para este propósito envolve uma violação desta disposição. No contexto da aplicação horizontal da Convenção, os Estados têm a obrigação não apenas de criminalizar o trabalho forçado e o tráfico para este fim, de levar os alegados infratores à justiça e de conferir às vítimas um papel ativo no procedimento penal, mas também de prevenir a prática ou a repetição do crime por sujeitos privados. Esta obrigação internacional positiva deve ser reconhecida como o reflexo de um princípio consuetudinário e vinculante do direito internacional para todos os Estados, à luz da prática consensual ampla e de longa data da *opinio juris* já mencionada, como a declaração da OIT de 1998 e das Linhas-Guia da pesquisa de 2011 e das outras ferramentas de *soft-law* mencionadas anteriormente. Além disso, esta obrigação é uma regra peremptória, com a consequência de que nenhuma outra regra de di-

323 Em *Barar c. Suécia* (dez.), n. 42367/98, 19 de janeiro de 1999, a Corte considerou que a expulsão de uma pessoa para um Estado onde ela teria sido submetida à escravidão apoderaria ter resultado em uma violação do Artigo 4º, mas esse risco não foi comprovado.

reito internacional ou nacional pode derogá-la, conforme assentado pela Corte em *Rantsev*, estabelecido pela CADH e reconhecido pelo UNHRC³²⁴. Portanto, a inércia do Estado para enfrentar o trabalho forçado ou tráfico de seres humanos para sua finalidade constitui uma violação de uma obrigação do Estado Parte. O delineamento da Corte sobre obrigações positivas para combater a exploração vai além do quadro do tráfico de seres humanos, que as autoridades nacionais devem adotar medidas razoáveis “para retirar o indivíduo da situação ou risco” de ser traficado ou explorado e “evitar o risco de maus-tratos”³²⁵.

SEGUNDA PARTE (§§ 41-59)

IC. Obrigações do Estado requerido (§§ 41-52)

A. A obrigação internacional de criminalizar e processar o trabalho forçado para (§§ 41-43)

41. O tratamento de uma pessoa como escrava e o tráfico de escravos são puníveis nos termos do Artigo 104 do Código Penal austríaco (*Sklavenhandel*). O Artigo 104a criminaliza o tráfico de pessoas (*Menschenhandel*), para fins de exploração³²⁶. O Artigo 106a define o casamento forçado como um crime. O tráfico transnacional de prostitutas (*Grenzüberschreitender Prostitutionshandel*) é punível nos termos do Artigo 217. Por fim, a Áustria também penaliza o trabalho forçado de estrangeiros (*Ausbeutung eines Fremden*) - Artigo 116 do Regulamento da Polícia de Estrangeiros (*Fremdenpolizeigesetz*).

42. O Artigo 104 do Código Penal aplica-se a práticas análogas à escravidão (*in eine sklavereiähnliche Lage*), como servidão por dívida e servidão, enquanto as práticas menos sérias de exploração do trabalho recaem no âmbito de aplicação do Artigo 104a do Código Penal³²⁷.

43. O Artigo 116 do Regulamento da Polícia para estrangeiros criminaliza a conduta do agente que explora pessoa estrangeira, com a deliberada intenção de obter lucros contínuos com a exploração da específica dependência da vítima

324 Comentário Geral do UNHRC n. 29, cit., §§ 11-12. Cf. § 3 da Declaração de Miami, cit.

325 *V. Osman v. O Reino Unido*, 28 de outubro de 1998, § 115-17, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII e *Mahmut Kaya v. Turquia*, n. 22535/93, § 115, ECHR 2000-III. Deve ser notado que o Relator Especial sobre a Tortura expandiu a definição de tortura para incluir o tráfico como uma forma de tortura na esfera privada (A/HRC/7/3, 15 de janeiro de 2008, §§ 56-58).

326 V. Arbeitsgruppe “Menschenhandel zum Zweck der Arbeitsausbeutung” des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales e Konsumentenschutz, Bericht für die Jahre 2012-2014; Hajdu et al., Arbeitsausbeutung. Ein sozial - ökonomisches Phänomen?, Frauenhandel bzw. Menschenhandel zum Zweck der Arbeitsausbeutung von Ungarinnen und Ungarn a Österreich, Viena, 2014; ACTnow, Anti-child-trafficking, Rechtliche Herausforderung im Kampf gegen Kinderhandel, lexisnexis, 2013; Österreich, 2013; Bericht des Menschenrechtsbeirates zu Identifizierung und Schutz von Opfern des Menschenhandels, 2012; e Planitzer and Sax, Combating THB for Labour Exploitation in Austria, in Rijken (ed.), Combating Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation, 2011, pp. 1-72.

327 GRETA Report sobre a Áustria, GRETA (2011) 10, § 137.

que resulta do fato de estar ilegalmente no país, não tendo uma autorização de trabalho válida ou em qualquer outra situação típica de dependência³²⁸. A dependência de uma vítima pode ocorrer até mesmo em uma situação em que a pessoa possa se mover livremente, mas não usufrua dessa possibilidade por medo ou ameaça de ser identificada pelas autoridades e possivelmente deportada³²⁹. A própria exploração não é definida por lei e, pior ainda, nem sempre é punível³³⁰. O Artigo 104a (3) do código penal refere-se exclusivamente a uma lista exaustiva de formas de exploração, mas não lhe dá uma definição. A exploração dos cidadãos, incluso o trabalho forçado dos cidadãos, não é punível.

B. A obrigação internacional de criminalizar e processar o tráfico de seres humanos (§§ 44-52)

44. Inserido no Código Penal em 2004, o Artigo 104a criminaliza o tráfico (*Menschenhandel*) como um crime preparatório (*Vorbereitungsdelikt*) do trabalho forçado e outras formas de exploração³³¹. A punição da conduta não postula a exploração real da vítima pelo traficante ou por outra pessoa³³². Basta que o traficante atue no sentido de explorar a vítima (*Delikt mit überschüssender Innen*). Uma vez que o interesse jurídico protegido pela disposição é o direito à liberdade, o delito está contido no terceiro capítulo da parte especial do código penal (*strafbaren Handlungen gegen die Freiheit*)³³³. Abrange casos de tráfico doméstico e transnacional, bem como casos em que cidadãos austríacos e estrangeiros sejam vítimas³³⁴. O legislador austríaco considerou que o uso de certos meios ilegítimos especificados compromete o livre arbítrio e, portanto, o consentimento é irrelevante³³⁵. Na verdade, não são admitidas causas justificantes para este crime³³⁶.

45. Os elementos do crime a que se refere o Artigo 104a do código penal (como em vigor na época do fato) são os seguintes: *l'actus reus*: recrutamento

328 Conforme ilustrado abaixo, o conceito de exploração é excessivamente rigoroso (v. a descrição de Tipold em Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch 2, Viena, notas 7-9 ao Artigo 116 da FPG). Por exemplo, tanto o legislador quanto a doutrina negam o abuso quando são explorados os salários e as disparidades sociais entre o país de origem e o de destino.

329 Tipold, cit., Nota 6.

330 Como corretamente apontado por Tipold, Stellungnahme zum Entwurf eines Sexualstrafrechtsänderungsetz, 4 de março de 2013, § 3.

331 Vide o relatório explicativo da Strafrechtänderungsgesetz de 2004 ("EBRVStrÄG 2004"), 12.

332 EBRV StRÄG 2004, 11.

333 EBRV StRÄG 2004, 11.

334 Resposta ao Questionário GRETA do Governo, publicado em agosto de 2010, resposta à pergunta 21.

335 *Ibid.*, Resposta à pergunta 18.

336 Schwaighofer, em Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch2, Viena, nota 15 ao Artigo 104a.

(*anwerben*)³³⁷, alojamento (*beherbergen*)³³⁸ ou outro modo de hospedar (*aufnehmen*)³³⁹, transporte (*befördern*)³⁴⁰, transferência (*anbieten*)³⁴¹ ou passagem para um terceiro (*oder einem anderen weitergibt*)³⁴²; meios ilegítimos (*unlautere Mittel*): engano sobre os fatos (*Tuschung tatsachen*); exploração de uma posição de autoridade (*Ausnützung einer Autoritätsstellung*)³⁴³, de situação de necessidade (*einer Swangslage*)³⁴⁴, de doença mental (*einer Geisteskrankheit*) ou outra condição que torne a pessoa vulnerável (*oueiens zustands, der die Person welohrs macht*); intimidação (*Einschüchte-degrau*)³⁴⁵; a concessão ou a aceitação de vantagem pela renúncia do controle sobre a pessoa (*Gewährung oder Annahme eines Vorteils für dieÜbergabe der Herrschaft über die Person*)³⁴⁶; o dolo genérico: intencionalmente recrutar, alojar ou de outra forma hospedar, transportar, transferir ou passar para terceiros; e o dolo específico (*Delikt mit erweitertem Vorsatz*): para fins de exploração³⁴⁷, ou seja, a exploração sexual (*sexuell*), o transplante de órgãos (*durch Organentnahme*)³⁴⁸ ou a exploração do trabalho (*emihrer Arbeitskraft ausgebeutet werde*)³⁴⁹.

46. Em seu Relatório de 2011 sobre a Áustria, o GRETA formulou algumas recomendações sobre a dissuasão das sanções previstas no Artigo 104, a, do

337 A jurisprudência austríaca requer “influência direcionada” (*gezielte Einflussnahme*) do traficante sobre a pessoa traficada, mas não o exercício de pressão do primeiro sobre a última (Nimmervoll, em Triffterer Otto et al., Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, lexis nexis, notas 32 e 33 ao Artigo 104a).

338 EBRV StRÄG 2004, 13: em qualquer forma. Cf. o Relatório Explicativo de 2013 Sexualstrafrechänderungsgesetz (“EBRV SexualStRÄG 2013”), 3: mesmo por um curto período de tempo.

339 O EBRV StRÄG 2004, 13: recepção da vítima no destino final ou escala. EBRV SexualStRÄG 2013: a vigilância da vítima é suficiente, assim como a atribuição de clientes ou horários de trabalho.

340 Não está claro se a simples organização do transporte por terceiros ou a aquisição de passagens para transporte público é suficiente, como EBRV StRÄG2004, 13, e EBRV SexualStRÄG 2013, 4, sugerem, mas Schwaighofer, cit., Nota 5 do Artigo104a, contesta.

341 EBRV StRÄG 2004, 13: inclui ofertas feitas a pessoas concretas e ofertas não recebidas dirigidas a pessoas concretas.

342 EBRV StRÄG 2004, 13: qualquer forma de entrega ou transmissão de uma pessoa a uma outra, inclusive a compra, a troca, a herança ou qualquer outra forma de entrega de uma pessoa.

343 EBRV StRÄG 2004, 13: este conceito deve ser interpretado de acordo com o Artigo 212, que limita consideravelmente as categorias relevantes de autores do crime (Nimmervoll, cit., nota 22 ao Artigo 104a).

344 EBRV StRÄG 2004, 13: compreende situações de dificuldade social e econômica, como toxicod dependência, permanência ilegal no país, as pessoas sem-abrigo, os jovens que abandonaram a casa da família.

345 153 EBRV StRÄG 2004, 14: é suficiente criar uma situação psicológica em que a vítima não pode mais decidir livremente por causa do medo.

346 EBRV StRÄG 2004, 14: situação equiparada à compra de uma pessoa; mas o pedido ou a aceitação de dinheiro pela vítima para sua acomodação não é suficiente (Schwaighofer, cit., nota 6 ao Artigo104a).

347 EBRV SexualStRÄG 2013, 4-5, e EBRV StRÄG 2004, 12: a exploração requer “uma repressão implacável e duradoura dos interesses vitais” (*riksichtslose, nachhaltige Unterdrückunglern*) da vítima. Portanto, a repressão deve ser prolongada ao longo do tempo (Schwaighofer, cit., nota 8 ao artigo 104a, Nimmervoll, cit., notas 76-78 ao artigo 104a, e Fabrizy, Strafgesetzbuch Kurzkommentar, Viena, notas 6 e 9 ao Artigo 104a). A jurisprudência e a doutrina são fortemente divididas sobre a interpretação do conceito; algumas sentenças exigem em verdade uma “significativa limitação do estilo de vida da vítima” (ver os casos citados na nota de rodapé 173 de Nimmervoll em seu comentário sobre o Artigo 104a, e Tipold, cit., nota 7 ao artigo 116 FPG). O EBRV SexualStRÄG 2013, 4, segue a última posição.

348 EBRV StRÄG 2004, 13: a exploração para transplante de órgãos é excepcional, uma vez que requer a remoção de órgãos humanos, partes de órgãos, tecidos humanos e fluidos corporais com regularidade e forma tais que ocorra o perigo de consequências permanentes e graves para a saúde.

349 EBRV StRÄG 2004, 13: inclui uma diminuição significativa e permanente dos padrões mínimos de trabalho, bem como uma diminuição acentuada no salário. EBRV Sexual-StRÄG 2013, 5: as normas trabalhistas relevantes decorrentes de leis ou dos acordos coletivos são as austríacas.

Código Penal, em ausência de circunstâncias agravantes, bem como do crime de tráfico de menores entre 14 e 18 anos³⁵⁰, e convidou a autoridade austríaca “a esclarecer o que constitui exploração no campo do trabalho, elaborando, por exemplo, uma lista de indicadores que poderiam ser usados pelas autoridades competentes para detectar casos de tráfico para fins de exploração do trabalho”³⁵¹.

47. O governo reagiu com uma reforma da disposição legal impugnada com a Emenda do Código Penal de 2013³⁵². O crime básico (*Grunddelikt*) agora consiste no tráfico de adultos e o Artigo 104a (5) prevê um novo crime de tráfico de menores. A pena para o crime base foi aumentada de um máximo de três anos de prisão para uma pena de reclusão de seis meses a cinco anos. A forma mais grave é punível com pena de reclusão de um a dez anos. O crime de tráfico de menores é punível com pena de detenção de um ano a dez anos, mas não tem forma agravada³⁵³.

48. Duas novas formas de exploração foram explicitamente incluídas: a mendicância³⁵⁴ e o benefício de atividades criminosas cometidas por outras pessoas³⁵⁵. A lista exaustiva de meios ilegítimos estabelecida no Artigo 104a (3) foi expandida, mas ainda não há referência aberta a outras formas de coerção, incluso o sequestro. O anterior crime de tráfico agravado pelo uso da força e grave ameaça (*der Einsatz von Gewalt oder gefährlicher Drohung*) tornou-se um dos modos pelos quais se manifestam os meios ilegítimos. Caso a exploração não seja cometida por um dos meios ilegítimos descritos, o crime de tráfico não é aplicável³⁵⁶.

49. A distinção entre o Artigo 104a do Código Penal e o § 116 da Regulamento da Polícia de Estrangeiros é ainda bastante difícil de estabelecer. A primeira disposição não exige que o próprio traficante explore a vítima, mas, se for esse o caso, as condições de ambas as disposições são cumpridas e o infrator deve ser

350 Relatório GRETA, cit., § 143.159.

351 Relatório GRETA, cit., § 155. O Governo respondeu que “o Grupo de Trabalho sobre a exploração do trabalho se concentrará na revisão dos indicadores existentes para a exploração do trabalho, desenvolvimento do trabalho e sobre o aprimoramento de sua aplicabilidade de forma a melhor atender às autoridades competentes na identificação das vítimas”. De fato, o Arbeitsgruppe “Menschenhandel zum Zweck der Arbeitsausbeutung Bericht 2012-2014”, cit., pp. 16-17, refere-se a diferentes listas de indicadores.

352 Vide EBRV SexualStRÄG 2013 e Tipold, *Stellungnahme zum Entwurf*, cit.; Schwaighofer e Venier, *Stellungnahme zum Entwurf eines Sexualstrafrechtsänderungsgesetzes*, 25 Fevereiro de 2013; Beclin, *Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Strafgesetzbuch geändert werden soll (Sexualstrafrechtsänderungsgesetz 2013)*, 27 de fevereiro 2013, e *Ergänzende Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Strafgesetzbuch geändert werden soll (Sexualstrafrechtsänderungsgesetz 2013)*, 8 de março de 2013; Florian, *Punktueller Stellungnahme zum Ministerialentwurf BMJ-S318.033/0002-IV 1/2013 betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch geändert wird (Sexualstrafrechtsänderungsgesetz 2013)*, 6 de março de 2013, todos disponíveis no site do governo.

353 A lacuna já era notada por Tipold, *Stellungnahme zum Entwurf*, cit., § 10. Nimmervoll, cit., nota 54 ao Artigo 104a, também criticou essa “descriminalização parcial”.

354 EBRV SexualStRÄG 2013, 6: inclui mendicância ativa e puramente passiva. A doutrina se divide sobre a quantidade de dinheiro ganho que o mendigo deve ter sido privado (Nimmervoll, cit., nota 98 ao Artigo 104a, mas Schwaighofer, cit., nota 13c ao mesmo artigo).

355 EBRV SexualStRÄG 2013, 3: não inclui crimes administrativos (*Verwaltungsstrafrecht*).

356 EBRV SexualStRÄG 2013, 3.

punido com base em ambas disposições, ainda que reine a incerteza quanto ao regime de concorrência de sanções³⁵⁷. No que diz respeito à relação entre o Artigo 104(a) e o Artigo 217 do Código Penal, se os elementos de ambas disposições forem satisfeitos, Artigo 217.1 aplica-se em adição ao Artigo 104 (a)(1), Artigo 217.2 aplica-se em vez do Artigo 104 (a) (1) e o Artigo 104 (a) (4) aplica-se além do Artigo 217³⁵⁸.

50. Em resumo, o quadro jurídico austríaco ainda precisa de reforma para alcançar a plena conformidade com o direito internacional. O crime de trabalho forçado (cometido contra os cidadãos) deve ser introduzido e o crime de trabalho forçado de estrangeiros deve ser estendido, com base no casamento forçado³⁵⁹. A solução legislativa consistiria em formular um único *Tatbestand* (fato) de trabalho forçado de cidadãos e estrangeiros na linha do conceito acima mencionado de trabalho forçado no direito internacional, que não distingue entre cidadãos e estrangeiros. Um genérico e isolado crime de exploração não parece ser uma opção, considerando a recente escolha política feita com a penalização do crime de exploração específica de casamento forçado (*Zwangsheirat*).

51. O elemento objetivo do crime de tráfico (*objektiver Tatbestand*) deve ser esclarecido e refinado, tanto no que diz respeito a algumas das condutas relevantes quanto no que atine aos meios ilegítimos, como o abuso de uma posição de autoridade. A concepção prevalecente, oficialmente apoiada pela EBRVStRÄG 2004 e EBRV SexualStRÄG 2013, resulta, em vários aspectos, excessivamente limitada.

52. Por exemplo, o conceito de “opressão implacável e duradoura de interesses vitais” restringe excessivamente o propósito de exploração do tráfico. A noção de exploração e o *erweiterte Vorsatz* de exploração devem ser explicitamente desconectados do tempo “duradouro” ou “prolongado” da conduta, a partir de qualquer exigência de “crueldade” e da natureza equívoca da “vitalidade” dos interesses da vítima. A exploração pode ter um caráter intermitente, irregular ou mesmo curto³⁶⁰, não ter um caráter particularmente “implacável” e não comprometer nenhum interesse “vital” da vítima³⁶¹. Qualquer reforma do direito penal neste campo deve estar ciente do fato de que a aceitação política e social das condições de trabalho exploradoras, especialmente entre os migrantes, contribui para

357 EBRV SexualStRÄG 2013, 3 e 7. Ver, para as várias posições contraditórias da doutrina, Nimmervoll, cit., nota 140 ao Artigo 140a, Schwaighofer, cit., nota 21 ao mesmo artigo, e Tipold, cit., nota 15 ao Artigo 116 FPG.

358 GRETA Report sobre Áustria, GRETA (2011) 10, § 137.

359 A disposição foi adotada para dar cumprimento ao Artigo 37 da Convenção do Conselho da Europa sobre a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica (ETS n. 210).

360 Conforme indicado no Comentário sobre a Carta da Rede UE de Especialistas Independentes sobre os Direitos Fundamentais, 2006. Na mesma linha de raciocínio, a Câmara de Recursos do ICTY.

361 A lição do caso *Pohl et al.*, cit., p. 969, não deve ser esquecida: mesmo sem evidências de maus-tratos, as pessoas podem ter sido exploradas caso tenham sido privados da liberdade de recusar certas condições de trabalho.

a dificuldade de identificar tal conduta³⁶² e que uma lei vaga não é uma boa lei: que o princípio fundamental da legalidade exige que os crimes sejam delineados com certeza.

C. Aplicação do regime jurídico aos fatos do caso (§§ 53-59)

A. Razões materiais para o arquivamento (§§ 53-55)

53. O *Landesgericht* de Viena encerrou a investigação porque, segundo seu entendimento, o período de três dias em Viena não foi suficiente para satisfazer os elementos do crime de tráfico e não houve reclamações ou evidências de maus-tratos. Esta aplicação do direito interno aos fatos não é compatível com o direito internacional. Em primeiro lugar, não há necessidade de evidências de maus-tratos para processar alguém por tráfico de pessoas. Em segundo lugar, a ação penal por crime de tráfico não depende da duração da conduta de tráfico e, menos ainda, da duração da efetiva exploração. Em relação ao direito austríaco e internacional, a exploração efetiva nem precisa necessariamente começar. É, portanto, duplamente errado dizer, como fez o *Landesgericht*, que “atos relevantes para a exploração do trabalho devem ser cometidos por um período de tempo mais longo” de três dias³⁶³.

54. Nos autos, há indicadores claros de exploração e tráfico, tanto no exterior como em solo austríaco: confisco de passaportes e telefones celulares das vítimas pelo empregador, retenção e redução unilateral do salário das vítimas pelo empregador, condições de trabalho insuportáveis, horário de trabalho excessivo, humilhação, abusos verbais, ameaças e uso de força contra as vítimas³⁶⁴. Os supostos eventos ocorridos em Viena podem ser classificados como alojamento no hotel (*beherbergen*), com organização do transporte (*befördern*) das vítimas. Os meios ilegítimos incluíam, no mínimo, intimidação (*Einschüchterung*), para não mencionar os abusos verbais.

55. As autoridades nacionais não levaram em consideração a cadeia de eventos que se estendia das Filipinas aos Emirados Árabes Unidos e Áustria e a presença do mesmo modelo de comportamento por parte da contratada em solo austríaco. A natureza de “crime continuado” (*Dauerdelikt*) dos fatos denunciados foi negligenciada³⁶⁵. Nem foi considerado o fato de que a duração dos fatos na Áustria foi necessariamente curta, desde o momento em que os empregadores e

362 UNODC, The concept of “exploitation”, cit., p. 11.

363 O mesmo erro foi cometido pelo Ministério Público de Viena: “Em primeiro lugar não deriva das declarações das vítimas que também foram exploradas na Áustria, uma vez que conseguiram escapar poucos dias depois de chegarem à Áustria”.

364 V. §§ 8-24 da sentença.

365 Os modos de ofensa de *Beherbergen, sonstigen Aufnahmen e Befördern* têm a natureza de “crime continuado” ou *Dauerdelikt* (Nimmervollil, cit., nota 6 ao Artigo 104a; cf. Rohlenac. República Tcheca [GC], n. 59552/08, § 28, CEDH 2015).

as vítimas estavam viajando para Londres, parando apenas por alguns dias em Viena.

B. Razões processuais para arquivamento (§§ 56-59)

56. As autoridades nacionais invocaram quatro razões processuais para encerrar a investigação: a ausência de jurisdição (*keine Zuständigkeit der österreichischen Straverfolgungsbeörden*) em relação ao recrutamento nas Filipinas e à alegada exploração nos Emirados Árabes Unidos; a ausência de um acordo de assistência jurídica mútua com os Emirados Árabes Unidos; a margem de apreciação das autoridades públicas garantida pelo Artigo 210 do Código de Processo Penal (CPP) e pela regra da lei austríaca segundo a qual nenhum processo penal pode ser conduzido na ausência do imputado, nos termos do Artigo 197 do CPP.

57. Se a ausência de jurisdição sobre os eventos ocorridos fora da Áustria poderia ser um obstáculo para o processo perante os tribunais austríacos à luz do quadro jurídico do país³⁶⁶, a ausência de um acordo mútuo de assistência jurídica com os Emirados Árabes Unidos não deveria por si só impedir o exercício da ação penal com base nos fatos que ocorreram na Áustria³⁶⁷. Nos casos em que as autoridades do país de origem das vítimas de tráfico ou dos autores do crime não estejam em condições de cooperar com as autoridades do país de destino ou de trânsito, existem outras vias legais abertas a estas autoridades para promover investigação, a ação penal, a possível detenção e assegurar o julgamento de supostos traficantes, incluindo os instrumentos EUROPOL, FRONTEX e INTERPOL ,disponíveis para a luta contra o tráfico de seres humanos, como, por exemplo, o sistema de mensagens Human Smuggling and Trafficking (HST) e o sistema de alerta e difusão INTERPOL, possivelmente o aviso azul ou verde. Nenhum destes foi utilizado pelas autoridades nacionais, mesmo com a identidade dos empregadores à sua disposição³⁶⁸. Os sistemas de alerta nacionais e internacionais poderiam ter sido ativados.

58. Finalmente, o Ministério Público não tem poder discricionário para promover a ação penal na Áustria, uma vez que o sistema austríaco é regulamen-

366 Ver o § 39 da decisão.

367 De fato, a Lei Federal dos Emirados Árabes Unidos n. 51 de 2006 sobre o tráfico de seres humanos segue em geral o Protocolo de Palermo e um Comitê Nacional está ativo para a Luta contra o Tráfico de Seres Humanos (UNODC, The concept of “exploitation”, cit., pp. 45-48). Além disso, a Unidade de Coordenação contra o Tráfico de Seres Humanos, criada dentro do Departamento de Assuntos Jurídicos da Liga Árabe monitora o fenômeno do tráfico na região árabe e atua como uma unidade de coordenação para os Estados árabes em sua implementação nacional das leis contra o tráfico. As autoridades austríacas não levaram em consideração estes fatos.

368 V. § 26 da decisão. Ver, também, a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o Plano Global de Ação das Nações Unidas para Combater o Tráfico de Pessoas, A/RES/64/293, 12 de agosto de 2010, a Declaração da UE sobre Tráfico de Seres Humanos, Rumo a uma ação global da UE contra o tráfico de seres humanos, 20 de outubro de 2009, e a Declaração de Bruxelas sobre a Prevenção e Combate ao Tráfico de Seres Humanos, 29 de Dezembro de 2002, que solicitou às autoridades nacionais e às agências judiciárias que se beneficiem do apoio operacional fornecido por organizações internacionais existentes na luta contra o tráfico.

tado, nos termos do Artigo 210 do CPP, pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal (ou de persecução obrigatória) e não pelo princípio de conveniência (ou discricionariedade da ação penal). Onde estejam presentes indícios suficientes do cometimento de um crime, o Ministério Público deve promover a ação penal, exceto nos casos de crimes de ação penal privada, que dependem da iniciativa da vítima. O tráfico humano é um crime que pode ser processado *ex officio* na Áustria e não há margem de discricionariedade para os membros do Ministério Público em relação à não persecução deste crime.³⁶⁹

59. A meu juízo, apenas um, mas importante, fator milita a favor da suspensão das investigações do caso: o contato tardio da vítima com as autoridades nacionais, o que dificultou o interrogatório dos supostos perpetradores e o desenvolvimento normal do processo. Em março de 2012, o processo deveria ter sido suspenso, e não arquivado, tendo em consideração a longa ausência dos supostos autores. Em qualquer caso, a investigação pode ser reaberta nos termos do Artigo 197 do CPP, conforme mencionado no § 116 da sentença.

VI. Conclusão (§§ 60-61)

60. À semelhança da luta contra a escravidão e do comércio de escravos no início do século XX, a luta contra o trabalho forçado e o tráfico para este fim tem figurado no topo das prioridades internacionais de direitos humanos desde o início do século. A Áustria fez um progresso significativo nesta luta, especialmente em termos de apoio social prestado às vítimas. No entanto, apesar da reforma de 2013, o quadro penal austríaco ainda é carente. Este caso poderia e deveria dar um novo impulso à reforma legislativa.

61. Supostamente, os requerentes foram forçados a trabalhar na Áustria e no exterior, e foram objeto de tráfico para fins de trabalho forçado em solo austríaco. As autoridades nacionais contestaram este fato, mas, no entanto, forneceram-lhes apoio social como se fossem vítimas de tráfico. Esta posição contraditória é exemplar dos pontos fortes e das fraquezas do sistema austríaco: eficaz na proteção das vítimas, ineficaz em punir os autores³⁷⁰. Em última análise, as autoridades nacionais no presente caso, não lograram investigar a fundo os fatos enunciados e, por fim, a responsabilizar judicialmente os autores. No entanto, também os demandantes têm uma responsabilidade importante por esta falha,

369 Resposta do governo ao Questionário GRETA publicado em agosto de 2010, Resposta à questão 53 (dever de investigar *ex officio*).

370 V. o Relatório do Departamento de Estado dos Estados Unidos sobre Tráfico de Pessoas para 2016 sobre a Áustria: “Condenar traficantes a penas proporcionais à gravidade do crime; ampliar e fortalecer os esforços para identificar as vítimas entre os migrantes irregulares, os requerentes de asilo e pessoas em prostituição; continuar a conscientizar os juizes sobre os desafios que as vítimas de tráfico devem enfrentar ao testemunhar contra seus exploradores”; e, na mesma linha, as recomendações muito úteis do Arbeitsgruppe “Menschenhandel zum sweckder Arbeitsausbeutung” Bericht 2012-2014, cit., pp. 25-27, e o Bericht des Menschenrecht-sbeirates”, cit., pp. 81-83

tendo em conta o atraso dos seus contatos com as autoridades nacionais. Naquele momento, e nas circunstâncias específicas do caso, poderia ter sido feito um pouco mais do que ativar os sistemas de alerta nacionais e internacionais. Eis o motivo pelo qual de todo modo estive suscetível a votar a favor da constatação de nenhuma violação.

* * *

2. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS - PLENÁRIO - PARADISO E CAMPENELLI C. ITÁLIA - PROCESSO N.º 25358/12 - JULGAMENTO DE 24 DE JANEIRO DE 2017

O caso: os Srs. Paradiso e Campanelli, dois cônjuges italianos, decidiram recorrer à prática de cessão temporária de útero em uma clínica russa. Em concordância com a legislação russa, os requerentes registraram a criança nascida da mãe substituta como filho do casal. Uma vez em território italiano, os cônjuges solicitaram o reconhecimento do certificado que atesta a parentalidade. No entanto, a pretensão foi recusada pelo funcionário público em razão da falsidade dos dados constantes do referido certificado, uma vez que se referia a “genitores” à generalidade dos dois cônjuges, mesmo não existindo nenhum vínculo biológico com a criança. Conseqüentemente, as autoridades nacionais decidiram retirar a criança dos requerentes, por ter sido considerada em “estado de abandono”. O menor foi adotado por outra família e aos recorrentes todo contato com a criança foi negado. Os Srs. Paradiso e Campanelli provocaram a Corte EDH, à alegação de violação do Artigo 8º CEDH, uma vez que as autoridades italianas interferiram arbitrariamente em sua vida familiar. Com a decisão de 27 de janeiro de 2017, a Segunda Seção da Corte reconheceu a violação convencional e condenou a Itália. Em particular, de acordo com os juízes, o afastamento da criança integrou uma interferência ilegítima na vida familiar dos requerentes e as autoridades nacionais não tiveram em consideração o *best interest* da criança. Na sentença de 24 de janeiro de 2017, o Plenário derrubou a decisão e concluiu pela inexistência da violação. Na opinião dos juízes, a precariedade da situação familiar dos requerentes, a ausência de vínculo biológico e a instabilidade jurídica da relação não permitiam considerar o núcleo como uma família *de facto*. Por conseguinte, com uma mudança de perspectiva, o Plenário analisou a questão sob o prisma da interferência na vida privada dos Srs. Paradiso Campanelli. No mérito, os juízes consideraram que as autoridades italianas haviam realizado uma ingerência legítima, com a intenção de perseguir um interesse geral e que, portanto, não houve qualquer violação do Artigo 8º CEDH.

Palavras-chave: cessão temporária de útero – direito ao respeito à vida privada e familiar – relações biológicas parentais - definição de interferência – proibição de tráfico e venda crianças

VOTO CONCORRENTE CONJUNTO DOS JUÍZES DE GAETANO, PINTO DE ALBUQUERQUE, WOJTYCZEK E DEDOV

1. Embora concordemos totalmente com o resultado do presente caso, temos reservas quanto à forma que a decisão foi motivada. A fundamentação mostra, em nossa opinião, todas as fraquezas e as inconsistências na abordagem adotada até o momento pela Corte em seus recursos relacionados ao Artigo 8º.

2. O Artigo 8º requer uma definição muito precisa do seu âmbito de aplicação. Segundo a sentença, a existência ou inexistência de vida familiar é essencialmente uma questão de fato, dependente da existência de laços pessoais estreitos e contínuos (Ver o § 140). Em nossa opinião, esta fórmula é, ao mesmo tempo, muito vaga e muito ampla. A abordagem adotada parece estar baseada no implícito pressuposto de os vínculos interpessoais existentes devam gozar, pelo menos *prima facie*, da proteção da possível interferência do Estado. A este respeito, salientamos que os vínculos pessoais estreitos e contínuos podem existir também fora do âmbito de qualquer vida familiar. A decisão não esclarece a natureza desses vínculos interpessoais específicos que se inserem na vida familiar. Ao mesmo tempo, a sentença parece atribuir grande importância aos laços emocionais (Ver os §§ 149, 150, 151 e 157). Em qualquer caso, os laços emocionais *per se* não podem criar uma vida familiar.

3. As várias disposições da Convenção devem ser interpretadas no contexto de todo o tratado e dos outros tratados internacionais relevantes. O resultado é que o Artigo 8º deve ser lido à luz do Artigo 12, que prevê o direito ao matrimônio e a constituir família. Ambos os artigos também devem ser colocados no contexto do Artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Artigo 23 do Acordo Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Esta, fortemente inspirado no Artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é formulado como segue:

“1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito a ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

2. O direito de casar-se e de constituir família é reconhecido aos homens e às mulheres que tenham idade para contrair matrimônio.

3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento de futuros cônjuges.

4. Os Estados Partes do presente Pacto devem adotar as medidas idôneas a garantir a igualdade de direitos e de responsabilidades dos cônjuges no que diz respeito ao matrimônio, durante o casamento e na hora de sua dissolução. Em caso de dissolução, deve ser assegurada a proteção necessária aos filhos”.

É importante notar a abordagem adotada pelo Comitê de Direitos Humanos no Comentário Geral n.º. 19: Artigo 23 (a família), § 2. A família é corretamente entendida como um núcleo que obteve justo reconhecimento jurídico ou social no Estado específico.

A mesma noção de *núcleo*, usada na Declaração Universal, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Artigo 10), pressupõe subjetividade jurídica da família como um todo (ou seja, o reconhecimento da família em seu conjunto como titular de direitos), bem como a estabilidade de laços interpessoais dentro da família. A ênfase colocada na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos sobre o caráter natural e fundamental da família coloca a família entre as instituições e valores mais importantes a serem protegidos em uma sociedade democrática. Ademais, a formulação e a estrutura do Artigo 23 do PIDCP, bem como a redação do Artigo 12 da Convenção, associam claramente a noção de família ao casamento. À luz de todas as disposições anteriores, a família deve ser entendida como um núcleo fundamental da sociedade, fundada principalmente no casamento entre um homem e mulher. A vida familiar compreende, antes de mais nada, laços entre cônjuges e entre genitores e filhos. Através do casamento, os cônjuges não só assumem obrigações legais, mas também optam pela proteção de sua vida familiar. A Convenção oferece uma forte proteção à família fundada no casamento.

Como afirmado anteriormente, a noção de família nos Artigos 8º e 12d a Convenção baseia-se sobretudo nas relações interpessoais regulamentadas por lei, bem como sobre a afinidade biológica. Essa abordagem não exclui a extensão da proteção prevista no Artigo 8º para as relações pessoais entre parentes mais distantes, como entre avós e netos. A proteção também pode ser concedida a alguns laços familiares estabelecidos *de facto* (ver, por exemplo, *Muñoz Díaz c. Espanha*, n.º 49151/07, CE-DU 2009 e *Nazarenko c. Rússia*, n.º 39438/13, ECHR 2015). A intensidade e os meios utilizados para a proteção em tais situações ficam a critério das políticas estaduais, sob a supervisão da Corte.

No caso de vínculos interpessoais *de facto* que não são formalizados pela legislação nacional, é necessário avaliar vários elementos a fim de determinar se há ou não uma vida familiar. Em primeiro lugar, dado que a noção de família pressupõe a existência de vínculos estáveis, é preciso olhar a natureza e estabilidade dos laços interpessoais. Em segundo lugar, no nosso entendimento, não é

possível estabelecer a existência de uma vida familiar sem examinar-se a forma como esses laços interpessoais são estabelecidos. Este elemento deve ser avaliado tanto do ponto de vista legal quanto moral. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. O direito não pode oferecer proteção ao *faits accomplis* em violação das normas jurídicas e dos princípios morais fundamentais. No caso em apreço, os vínculos entre os requerentes e a criança foram estabelecidos em violação das normas do direito italiano. Foram estabelecidos também em violação do direito internacional em matéria de adoção. Os requerentes celebraram um contrato para encomendara a concepção e a gestação de um filho por uma mãe de aluguel. A criança foi separada da mãe de aluguel com quem ele começou a desenvolver um vínculo único (ver abaixo). Além disso, os possíveis efeitos, sobre a criança, dessa separação inevitável das pessoas que cuidaram dela por algum tempo devem ser atribuídos aos próprios requerentes. Não é aceitável invocar os efeitos prejudiciais resultantes das próprias condutas ilícitas como escudo contra as interferências do Estado. *Ex iniuria ius non oritur*.

4. A decisão destaca, como argumento a favor das requerentes, o fato de eles terem construído um “projeto parental” (Ver os §§ 151 e 157). Essa argumentação dá origem a três observações. Em primeiro lugar, qualquer tipo de parentalidade que não seja baseado em vínculos biológicos é necessariamente fundado em um projeto e é o resultado de inúmeras tentativas. A existência de um “projeto parental” não diferencia este caso de outros casos de paternidade que não se baseiam em vínculos biológicos.

Em segundo lugar, como afirmado anteriormente, o vínculo *de facto* entre os requerentes e a criança foi ilegalmente constituído. A abordagem adotada pela maioria não é convincente na medida em que a existência de um projeto parental é considerada como um argumento a favor de proteção, independentemente da natureza ilegal do projeto específico reconhecida na fundamentação. O fato de os requerentes terem agido com premeditação a fim de contornar a legislação nacional serve apenas para comprometer a posição deles. Nas circunstâncias do caso específico, a existência de um “projeto parental” é, na verdade, uma circunstância agravante.

Em terceiro lugar, a paternidade merece proteção de forma independente do fato de fazer parte de um projeto maior. Não há razão para considerar que o Artigo 8º oferece maior proteção para atos premeditados.

5. A proteção efetiva dos direitos humanos requer uma definição clara sobre o conteúdo e o alcance do direito protegido, bem como sobre o tipo de interferência em relação a qual um direito específico atua como um escudo. Notamos nesse contexto que, segundo a maioria, “os fatos do caso se enquadram na vida privada dos requerentes” (ver § 164).

Além disso, “(...) o que está em discussão é o reconhecimento do direito de requerentes se tornarem genitores (ver *SH e outros c. Áustria*, citado acima, § 82), e o direito dos requerentes ao desenvolvimento pessoal por meio do papel de genitores que desejavam assumir em relação à criança” (ver § 163 da sentença).

A fundamentação também afirma o seguinte (no § 166): “Os requerentes neste caso foram afetados pelas decisões judiciais que implicaram o afastamento obrigatório da criança e sua entrega aos serviços sociais para fins de adoção. A Corte considera que as medidas adotadas em relação à criança - remoção, colocação em um lar adotivo, privação de todo contato com os requerentes, custódia legal - constituíam uma interferência na vida privada dos requerentes”.

É difícil concordar com a abordagem da maioria, bem como expressa nas passagens citadas acima. Em primeiro lugar, a noção de “fatos do caso” é necessariamente muito mais ampla do que a própria interferência, mesmo que esta deva, é claro, ser colocada em um contexto mais amplo. Esses “fatos” podem cair no âmbito de muitos dos direitos previstos pela Convenção. À Corte é solicitada a avaliar não tanto a compatibilidade dos fatos do caso com a Convenção, mas sobretudo a compatibilidade convencional da interferência específica reclamada em seu contexto mais amplo. O importante não é avaliar se os “fatos do caso” pertencem ao âmbito da vida privada dos requerentes, mas se a ingerência sofrida se enquadra no âmbito do direito dos requerentes à proteção da vida privada.

Em segundo lugar, não se pode argumentar que o que está em discussão é o direito ao respeito da decisão dos requerentes de se tornarem genitores. O que está em jogo não é a decisão de se tornarem genitores enquanto tal, mas a forma como tentaram atingir esse objetivo. O Estado não interferiu na decisão dos requerentes de se tornarem pais, mas apenas na implementação da decisão em violação da lei.

Em terceiro lugar, não há dúvida de que os requerentes foram prejudicados pelas decisões judiciais que levaram ao afastamento da criança e à entrega aos serviços sociais para efeitos de adoção. Isso não justifica a conclusão de que as medidas tomadas em relação à criança constituem necessariamente uma interferência na vida privada dos requerentes. O Artigo 8º não se destina a fornecer uma proteção contra qualquer ato que prejudique uma pessoa, mas contra atos específicos que equivalem a uma interferência, na acepção dessa disposição. A fim de verificar a existência de interferência em um direito, é necessário estabelecer preliminarmente o conteúdo do direito e os tipos de ingerência contra os quais oferece proteção.

Em conclusão, a fundamentação adotada pela maioria não esclarece o exato significado de vida privada, qual o âmbito da proteção oferecida pelo Artigo

8º, e o que constitui uma interferência de acordo com o significado do Artigo 8º. Lamentamos que a fundamentação se abstenha de esclarecer essas noções.

6. A Corte afirma corretamente (no § 202) que “admite que, proibindo a adoção privada com base em uma relação contratual entre indivíduos e restringindo o direito dos pais adotivos a introduzir menores estrangeiros na Itália aos casos em que as regras relativas à adoção internacional tenham sido respeitadas, o legislador italiano esteja tentando proteger as crianças de práticas ilegais, algumas das quais podem ser equivalentes ao tráfico de seres humanos”.

A criança no presente caso foi, na verdade, uma vítima de tráfico de seres humanos. Foi encomendada e comprada pelos requerentes. Deveria ser salientado a este respeito que os “fatos do caso” se enquadram no âmbito de aplicação de vários instrumentos internacionais.

Em primeiro lugar, é necessário fazer referência à Convenção da Haia de 29 de maio de 1993 relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional. De acordo com o Artigo 2º desta Convenção, uma adoção que se enquadre no âmbito da Convenção da Haia ocorre apenas se as autorizações necessárias não tenham sido obtidas mediante *pagamento* ou *mediante uma compensação de qualquer espécie*, e não foram revogadas.

Em segundo lugar, é relevante no caso em exame o Artigo 35 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Ele fornece:

“Os Estados Partes tomarão todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma”.

Esta disposição foi completada pelo Protocolo Facultativo à da Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil. Lamentamos o fato de o Protocolo ter sido omitido na parte da decisão que elenca os instrumentos internacionais relevantes sobre o assunto. Ele prevê que:

“Artigo 1º

Os Estados Partes proibirão a venda de crianças, a prostituição infantil e a pornografia infantil, conforme disposto no presente Protocolo.

Artigo 2º

Para os propósitos do presente Protocolo:

a) Venda de crianças significa qualquer ato ou transação pela qual uma criança é transferida por qualquer pessoa ou grupo de pessoas a outra pessoa ou grupo de pessoas, em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação; (...).”

Destacamos a definição particularmente ampla de venda de crianças, que inclui transações independentes de sua finalidade e, portanto, se aplica também aos contratos estipulados com o objetivo de adquirir direitos parentais. Os referidos tratados evidenciam uma forte tendência internacional no sentido de limitar a autonomia contratual, proibindo qualquer tipo de contrato que tenha por objeto a transferência de crianças ou a transferência de direitos parentais das crianças.

Em terceiro lugar, também o *soft law* relevante aborda o problema da maternidade substitutiva. De acordo com os Princípios adotados pelo Comitê *ad hoc* de Especialistas sobre o Progresso das Ciências Biomédicas do Conselho da Europa (um documento referido no § 79 da sentença):

“Nenhum médico ou instituição pode usar técnicas de fertilização artificial para a concepção de um filho por uma mãe substituta”.

Também é importante frisar, neste contexto, que a Declaração dos Direitos da Criança prevê, em geral:

“A criança, para o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade, necessita de amor e compreensão. Ela deve, na medida do possível, crescer sob os cuidados e responsabilidade dos pais e, em qualquer caso, na atmosfera de afeto e de segurança material e moral. Salvo em circunstâncias excepcionais, a criança em tenra idade não deve ser separada da mãe” (Princípio 6 *in principio*).

7. O presente caso aborda a questão da cessão temporária de útero. Para fins deste voto, entendemos cessão temporária de útero como a situação em que uma mulher (a mãe substituta) provê a gestação de um bebê implantado em seu útero, com o qual ela não é geneticamente aparentada, uma vez que a criança foi concebida a partir do óvulo de outra mulher (a mãe biológica). A mãe de substituta dá continuidade à gravidez assumindo o compromisso de entregar a criança a terceiros que encomendaram a gravidez. As pessoas que encomendem a gravidez podem ser ou não os doadores dos gametas (os pais biológicos).

Gostaríamos de expressar brevemente o nosso ponto de vista sobre isso, apontando apenas alguns dos muitos aspectos desse complexo problema.

De acordo com o Comitê dos Direitos da Criança, a cessão temporária de útero, senão regulamentada, equivale à venda da criança (ver as Observações Conclusivas sobre o segundo relatório periódico dos Estados Unidos da América apresentado nos termos do Artigo 12 do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, CRC/C/OPSC/USA/CO/2, §29, e as Observações Conclusivas sobre o terceiro e quarto relatórios periódicos da Índia, CRC/C/IND/CO/ 3-4, §§ 57-58).

Do nosso ponto de vista, cessão temporária de útero mediante retribuição, que seja regulamentada ou não, equivale a uma situação prevista no Artigo 1º do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança e, portanto, é ilegal de acordo com o direito internacional. Gostaríamos de enfatizar, neste contexto, que quase todos os Estados europeus atualmente proíbem a cessão temporária de útero sob pagamento (ver o material comparativo mencionado no § 81 da decisão).

De forma mais geral, consideramos a cessão temporária de útero, paga ou não, incompatível com a dignidade humana. Constitui um tratamento degradante, não só para a criança, mas também para a mãe substituta. A medicina moderna fornece fortes evidências de como o período pré-natal da vida humana tem um impacto decisivo no desenvolvimento subsequente do ser humano. A gravidez, com as suas preocupações, alegrias e dores, bem como o estresse do parto, cria um vínculo único entre a mãe biológica e o filho. Desde o início, a cessão temporária de útero tem como objetivo separar drasticamente este vínculo. A mãe substituta deve renunciar ao desenvolvimento de uma relação de amor e cuidado que dura a vida toda. O feto não somente é coercitivamente colocado em um ambiente biológico estranho, mas também é privado do que deveria ter sido o amor ilimitado de uma mãe na fase pré-natal. A cessão temporária de útero, ademais, impede o desenvolvimento daquele vínculo particularmente forte que se forma entre a criança e o pai que acompanha a mãe e o bebê durante a gravidez. Tanto a criança quanto a mãe substituta não são consideradas como fins em si mesmas, mas como meios de satisfazer os desejos de outras pessoas. Tal prática não é compatível com os valores subjacentes à Convenção. A cessão temporária de útero é ainda mais inaceitável quando a mãe substituta é paga. Nós lamentamos o fato de a Corte não ter tomado uma posição clara contra esta prática.

* * *

3. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS - SEÇÃO IV - ALEXANDRU ENACHE C. ROMÊNIA - PROCESSO N.º 16986/12 - JULGAMENTO DE 3 DE OUTUBRO DE 2017

O caso: o requerente, o Sr. Enache, condenado a sete anos de reclusão, havia solicitado duas vezes às autoridades nacionais a suspensão de sua pena por um ano para cuidar do filho, nascido há poucos meses. No entanto, os tribunais romenos rejeitaram suas petições porque o benefício da suspensão não era previsto por lei para os pais, mas reservado apenas às mães com filhos com menos de um ano de idade. O requerente, portanto, provocou a Corte Europeia reclamando uma violação do Artigo 14 CEDH, lido em conjunto com o Artigo 8º

CEDH por ter sido discriminado com base em seu sexo. Ademais, o Sr. Enache alegou a afronta ao Artigo 3º CEDH pelas más condições do centro de detenção de Bucareste, onde foi preso. Por meio da decisão de 3 de outubro de 2017, A Corte reconheceu a violação do Artigo 3º da CEDH, embora tenha declarado que não houve afronta ao Artigo 14 CEDH, lido em conjunto com o Artigo 8º CEDH. Em particular, os juízes consideraram que o Estado-Membro gozava de uma ampla margem de apreciação nas escolhas de política criminal e que, no caso em apreço, embora haja uma diferença de tratamento entre os sexos, há uma justificativa razoável para este tratamento diferenciado, ou seja, o *best interest* da criança e a proteção de maternidade.

Palavras-chave: suspensão da pena – direito ao respeito à vida privada e família – discriminação de gênero – margem de apreciação

VOTO CONJUNTO PARCIALMENTE DIVERGENTE DOS JUÍZES PINTO DE ALBUQUERQUE E BOŠNIAK

1. Infelizmente, discordamos da maioria em relação ao fato de não ter havido violação do Artigo 14c/c o Artigo 8º da Convenção. Depois de ter considerado a aplicável o Artigo 8º no presente caso, a maioria estabeleceu corretamente que o requerente estava em uma situação comparável à de uma mulher detida com um filho com menos de doze meses e que havia uma diferença de tratamento entre as duas categorias. No entanto, não podemos subscrever a conclusão da maioria segundo a qual há uma justificativa objetiva e razoável para esta diferença de tratamento.

2. De acordo com a jurisprudência consolidada desta Corte, as diferenças baseadas exclusivamente no gênero requerem “razões particularmente sérias”, “razões particularmente graves”, ou, como às vezes se diz, “razões particulares totalmente graves e convincentes” para serem justificadas (ver, por exemplo, *Van Raalte c. Holanda*, 21 de fevereiro de 1997, § 39 em *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I; *Petrovic c. Áustria*, 27 de março de 1998, § 37, *Reports* 1998-II; *Stec e outros c. Reino Unido* (dec.) [GC], n.º 65731/01 e 65900/01, §52, ECHR 2005-X; e *Vallianatos e outros c. Grécia* [GC], n.º 29381/09 e 32684/09, § 77, ECHR 2013 (excertos), e referências citadas neste acórdão). Mais especificamente, o Plenário salientou “que a promoção da igualdade entre os sexos é um objetivo prioritário entre os Estados-Membros do Conselho da Europa e que devem ser apresentadas razões particularmente sérias antes que uma diferença de tratamento possa ser avaliada como compatível com a Convenção (ver *Burghartz c. Suíça*, 22 de fevereiro de 1994, § 27, Série A n.º 280-B e *Schuler-Zgraggen c. Suíça*, 24 de junho de 1993, § 67, Série A n.º 263). Em particular, referências a tradições, suposições gerais ou comportamentos socialmente prevalentes em um determinado país são insuficientes para justificar uma diferença de tratamento

com base no sexo” (vide *Konstantin Markin c. Rússia* [GC], n.º 30078/06, ECHR 2012 (excertos)). Consideramos relevante para o presente caso que a Corte também tenha evidenciado que as sociedades europeias contemporâneas avançam em direção a uma maior partilha, entre homens e mulheres, das responsabilidades de criar seus filhos e que o papel do homem que cuida da família adquiriu reconhecimento (ibid., § 140). Além disso, como a Corte observou em *Petrovic c. Áustria* (citado acima, § 38) que, mesmo ciente das diferenças que podem existir entre a mãe e o pai na relação com a criança, se parte do pressuposto que, no que tange aos cuidados do infante, ambos os pais estão em “posições semelhantes”.

3. À luz da jurisprudência da Corte que dá destaque à igualdade de ambos os genitores quando em jogo o cuidado da criança e que exige razões particularmente sérias para justificar as diferenças de tratamento baseado em gênero, achamos difícil compartilhar o ponto de vista da maioria, segundo a qual as autoridades nacionais desfrutam uma grande margem de apreciação quando se trata de questões políticas penais (§ 72 da decisão), de modo a assim justificar a diferença de tratamento no caso em questão. As escolhas de políticas criminais devem ser razoáveis e a justificativa está sob a supervisão da Corte. Independentemente da amplitude desta margem, ela é emoldurada pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais protegidos pela Convenção e pela jurisprudência da Corte. Consequentemente, não se poderia exceder o requisito acima mencionado referente às razões particularmente sérias para cada diferença de tratamento baseada no sexo. Além disso, entendemos que a Corte seja obrigada a realizar uma avaliação autônoma da existência de tais razões particularmente sérias, cabendo ao Estado demandado cumprir o ônus da prova que lhe incumbe e justificar a diferença de tratamento (ver *mutatis mutandis DH c. República Tcheca ...*, § 188).

4. Acreditamos que, neste caso específico, o Governo romeno não conseguiu apresentar razões particularmente sérias para justificar a diferença de tratamento entre homem e mulher na situação do requerente. Segundo o Governo, a diferença de tratamento entre as duas categorias é do melhor interesse da criança. Também se refere ao vínculo específico entre mãe e o bebê durante os primeiros meses após o nascimento. Sob esta ótica, é evidente que a parte relevante da legislação romena, ou seja, o Artigo 453, § 1º, b, do Código de Processo Penal, visa à proteção da criança com idade inferior aos 12 meses. À luz da jurisprudência da Corte, que enfatiza a importância do pai durante os primeiros anos de vida da criança, fica difícil perceber como essa diferença de tratamento irá satisfazer o melhor interesse da criança, para não mencionar como o melhor interesse possa fornecer uma justificativa objetiva e razoável para excluir *ex lege* os pais por do círculo de beneficiários desta disposição.

5. A maioria encontra razões adicionais para a diferença de tratamento, como a proteção da mulher contra a violência sexual, abusos e assédios sexuais no ambiente penitenciário, bem como a necessidade de proteger mulheres grávidas e mães. Deixando de lado o fato de que tais argumentos não foram apresentados pelo Governo, é difícil dar-lhes relevância. Somos fortemente convencidos de que a maternidade em geral e as mulheres no período vulnerável após o nascimento não seriam menos protegidas se a lei previsse a suspensão da pena para pais de filhos recém-nascidos, se as suas circunstâncias particulares o permitissem. Os riscos associados a uma modificação da lei para permitir aos homens, assim como às mulheres, o requerimento de suspensão da pena para cuidar de recém-nascido são muito baixos. Como o Governo sustentou em várias ocasiões, os juízes levariam em consideração todas as circunstâncias e aceitariam a suspensão apenas se houvesse justificativas. Uma mudança da lei para consentir aos homens as mesmas oportunidades das mulheres não acarretaria a uma suspensão automática das penas de todos os pais que têm filhos com idade inferior a um ano (assim como a versão atual não implica um diferimento automático para as mães). Isso simplesmente daria a homens e mulheres o direito de discutir sobre o porquê de sua pena dever ser postergada. Assegurar tanto os pais quanto as mães tenham oportunidades iguais de apresentar o próprio caso perante o juiz não representa sérios riscos ou ameaças ao sistema judicial ou ao objetivo mais amplo de justiça da sociedade romena. Quando muito, seria o contrário. Isso garantiria que mulheres e homens fossem vistos como principais *caregivers* e que os pais sejam igualmente importantes na vida de seus filhos. Isso ajudaria indiretamente a promover, em vez de obstáculos, a igualdade de gênero na Romênia.

6. Levando isso em consideração, não vemos razões particularmente sérias para justificar a diferença de tratamento. Pelo contrário, somos da opinião de que o aumento dos benefícios concedidos aos condenados de ambos os sexos seria, no caso em exame, no pleno e no proclamado melhor interesse de uma criança. Já que diminuir o nível de proteção não seria consentido nem aconselhado, e não existe nenhuma boa razão para criar tal separação, seria reconhecida a violação do Artigo 14 e a lei seria alterada de modo a permitir a homens e mulheres a solicitação da suspensão da pena por responsabilidade parental.

7. Portanto, acreditamos ter havido violação do Artigo 14, combinado com o Artigo 8º da Convenção.

* * *

4. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS - PLENÁRIO - LOPES DE SOUSA FERNANDES C. PORTUGAL - PROCESSO N.º 56080/13 - JULGAMENTO DE 19 DE DEZEMBRO DE 2017

O caso: em 26 de novembro de 1997, o marido da recorrente, o Sr. Lopes de Sousa, foi submetido a uma operação para extração de pólipos nasais no hospital de Vila Nova de Gaia, em Portugal. Após a cirurgia, o Sr. Lopes de Sousa contraiu uma meningite bacteriana, diagnosticada dois dias após sua saída. A saúde do Sr. de Sousa sofreu subitamente uma piora drástica e, após três meses, faleceu de peritonite e perfuração visceral. A esposa do Sr. de Sousa recorreu aos tribunais internos para apurar as causas da morte do marido. O processo penal terminou em 2009 com a absolvição dos médicos e a ação civil, iniciada em 2003, finalizou com uma improcedência em 2013. Tendo se valido dos recursos internos, a Sra. Lopes de Sousa Fernandes provocou a Corte Europeia, invocando os artigos 2º, 6º e 13 da CEDH. Em particular, segundo a requerente, o óbito do marido foi provocado pela inexperiência de serviços médicos e as autoridades nacionais (disciplinares, criminais e civis) não esclareceram cuidadosamente as causas da morte. Com a decisão de 15 de dezembro de 2015, a Seção IV da Corte concluiu pela violação do Artigo 2º da CEDH, sob a perspectiva processual e substantiva. O caso foi encaminhado ao Plenário. Com a decisão de 19 de dezembro de 2017, o Plenário reformou parcialmente o julgamento da Seção IV e reconheceu a violação do Artigo 2º ECHR apenas sob o prisma processual. Em particular, a Corte enfatizou que as obrigações incumbidas aos Estados Contratantes em matéria de responsabilidade médica são limitadas à previsão de um quadro legal capaz de obrigar os estabelecimentos de saúde, públicos ou privados, a tomar as medidas adequadas para proteger a vida dos pacientes. Portanto, a Corte considerou que somente em casos excepcionais o Estado pode ser responsável por negligência médica nos termos do Artigo 2º ECHR (por exemplo, quando a vida de um paciente é deliberadamente colocada em risco devido à impossibilidade de acesso a tratamento de emergência). Por esses motivos, o Plenário concluiu pela inexistência de violação do Artigo 2º CEDH sob o aspecto substancial. Ao contrário, confirmou a condenação no que concerne ao Artigo 2º ECHR processual, uma vez que as autoridades nacionais não deram uma resposta rápida e adequada aos pedidos da requerente para apurar as causas da morte do marido.

Palavras-chave: direito à vida – obrigações positivas de proteção à vida – culpa médica – responsabilidade culposa

VOTO PARCIALMENTE CONCORRENTE E PARCIALMENTE DIVERGENTE DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE

INDICE: I. Introdução (§§ 1-2). Primeira Parte – As origens do direito à assistência sanitária (§§ 3-59). – II. O direito à saúde no direito internacional (§§

3-28). – A. *Standards* universais (§§ 3-15). – 1. As declarações fundamentais (§§ 3-4). – 2. Os instrumentos gerais de direito internacional (§§ 5-10). – 3. Instrumentos internacionais relativos a grupos específicos (§§ 11-15). – B. *Standards* regionais (§§ 16-26). – 1. Fora da Europa (§§ 16-19). – 2. Na União Europeia (§§ 20-21). – 3. No Conselho da Europa (§§ 23-26). – C. Conclusões preliminares (§§ 27-28). – III. O direito à assistência sanitária na Convenção (§§ 29-59). – A. O direito de grupos específicos (§§ 29-43). – 1. Presidiários e soldados (§§ 29-38). – 2. Crianças e pessoas com deficiência (§§ 39-41). – 3. Migrantes (§§ 42-43). – B. O direito emergente da população em geral (§§ 44-53). – 1. Incidentes sanitários no ambiente externo (§§ 44-46). – 2. Acidentes de trabalho (§§ 47-48). – 3. Incidentes sanitários em hospitais ou estabelecimentos de saúde (§§ 49-53). – C. Conclusões preliminares (§§ 54-59). – 4. Conceituando uma abordagem *pro persona* para o direito à assistência com base na Convenção (§§ 60-72). – A. Obrigações materiais (§§ 60-66). – 1. A obrigação de respeitar (§§ 60-61). – 2. A obrigação de proteção (§§ 62-66). – B. As obrigações processuais (§§ 67-70). – 1. A obrigação de prestar contas e explicar (§§ 67-68). – 2. A obrigação de investigar e processar (§§ 69-70). – C. Conclusão preliminar (§§ 71-72). – C. A aplicação de uma abordagem *pro persona* ao presente caso (§§ 73-91). – A. Crítica da abordagem ideológica da maioria (§§ 73-81). – 1. Restringindo a jurisprudência da Corte (§§ 73-78). – 2. Reescrevendo a história (§§ 79-81). – B. Uma abordagem do caso em exame com base nos direitos humanos (§§ 82-89). – 1. As “péssimas condições estruturais e operacionais” do tratamento (§§ 82-85). – 2. Delineando as consequências da história (§§ 86-89). – C. Conclusão preliminar (§§ 90-91). – VI. Conclusão (§§ 92-94).

I. Introdução (§§ 1-2)

1. Concordo com a maioria no sentido de que houve uma violação processual do Artigo 2º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (“a Convenção”), visto que o Estado demandado não forneceu uma explicação razoável sobre a morte do marido da requerente, nem uma resposta adequada e tempestiva em um crítico caso de responsabilidade médica. Lamento que a maioria não tenha considerado as implicações desta falha no que diz respeito ao aspecto substantivo do Artigo 2º. Não concordo com o padrão estrito adotado pela maioria para a responsabilidade do direito internacional das Partes Contratantes nos casos de responsabilidade médica, que não está de acordo com a anterior jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (a “Corte”) e com os *standards* fixados pelo direito internacional e, em particular, pelo Conselho da Europa. Também discordo do juízo iníquo da maioria no que concerne às provas presentes nos autos, que negligenciou as muito claras e proeminentes provas de uma falha sistêmica ou estrutural na assistência sanitária fornecida à época.

2. Este voto divide-se em duas partes. Na primeira, eu trato das origens do direito à assistência sanitária³⁷¹ tanto no direito internacional quanto nos termos da Convenção. É dada especial atenção a uma análise da jurisprudência da Corte no tocante ao direito à assistência sanitária de certos grupos da população e ao emergente direito à assistência sanitária da população em geral. Com base neste estudo, a segunda parte deste voto procura conceituar uma abordagem *pro persona* do direito à assistência sanitária ao abrigo da Convenção. Esta leitura intencional e de princípio (*effet utile*) da Convenção busca provar como existe na Convenção um direito material aos cuidados de saúde e como este direito implica um dever de respeito e proteção da saúde que inclui um padrão de razoabilidade no âmbito de um quadro consistente de obrigações fundamentais. Em caso de morte ou maus-tratos, as Partes Contratantes têm a obrigação de fornecer uma explicação convincente sobre as circunstâncias do ocorrido e, para tanto, apurar os fatos e processar os responsáveis. Uma vez esclarecido isso, não me sinto simplesmente autorizado, mas obrigado a escrever todas as considerações jurídicas necessárias ao caso em exame e, por fim, concluir que também houve violação do aspecto substancial do Artigo 2º da Convenção.

Primeira parte

As origens do direito à assistência sanitária (§§ 3-59)

II. O direito à assistência sanitária no direito internacional (§§ 3-28)

A. Standards universais (§§ 3-15)

1. As declarações fundamentais (§§ 3-4)

3. Nos tempos modernos, o direito de desfrutar do mais alto padrão de saúde alcançável foi declarado pela primeira vez no Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), que definiu a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de patologia ou enfermidade” e considerou “o desenvolvimento desigual em diferentes países em relação à promoção da saúde e o controle de patologias, em particular de patologias transmissíveis, como um perigo comum”³⁷². Com base nesses princípios jurídicos voltados para o futuro, a Constituição da OMS ten-

371 Neste parecer, a expressão direito à assistência sanitária é entendida como no § 24 do Relatório Explicativo da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e a Dignidade Humana no que diz respeito às aplicações da biologia e da medicina, ETS n. 164 (Convenção de Oviedo). O Artigo 10 do Código Europeu de Segurança Social (reformado), 1990, ETS n. 139 também classifica a assistência médica como inclusiva da assistência de clínicos gerais e especialistas, assistência farmacêutica, odontológica e hospitalar, reabilitação médica e transporte médico.

372 Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde conforme adotado na Conferência Internacional de Saúde, em Nova York, de 19 a 22 de julho de 1946; assinada em 22 de julho de 1946 pelos representantes de 61 Estados (Documentos Oficiais da Organização Mundial da Saúde, n. 2, p.100), que entrou em vigor em 7 de abril de 1948.

tou criar uma verdadeira “Magna Carta da Saúde”³⁷³, que representa o conceito mais amplo e liberal de responsabilidade internacional da saúde já oficialmente promulgado³⁷⁴. Dois anos depois, o Artigo 25.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos lançou as bases para o quadro jurídico internacional aplicável ao direito à assistência médica sanitária, afirmando o direito de cada um, não só dos cidadãos ou residentes, a “um padrão de vida adequado em relação à saúde e ao bem-estar de si próprio e de sua família”, incluindo a assistência médica³⁷⁵. Este direito foi reafirmado por várias declarações da OMS, dentre as quais se destaca, sobretudo, a Declaração de Alma-Ata sobre Cuidados Primários de Saúde de 1978 e a Declaração Mundial da Saúde de 1998³⁷⁶. Ao adotar o termo “assistência sanitária” em vez de “assistência médica”, a OMS reconheceu que o pleno desenvolvimento da saúde requer não apenas tratamentos médicos e medicamentos, mas também de uma maneira mais gerais, algumas condições práticas básicas, como nutrição adequada.

4. Em concomitância com essas grandes declarações de princípio, o Artigo 5º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (CEDR)³⁷⁷ de 1965 proibiu todas as formas de discriminação no acesso à assistência sanitária e estabeleceu uma cláusula geral de acesso igualitário à saúde pública e à assistência médica. Esse tipo de cláusula seria posteriormente replicada em uma pluralidade de outros atos internacionais específicos.

2. Os instrumentos gerais do direito internacional

5. Foi somente em 1966 que a comunidade internacional enunciou o conteúdo do direito à assistência sanitária³⁷⁸. De acordo com o Artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDES-

373 “Magna Carta of health”, 36 *American Journal of Public Health* (1946), p. 1041.

374 Allen, “World Health and World Politics”, 4 *International Organization* (1950), p. 30.

375 Sobre a saúde como uma questão global e o direito global à saúde, vide Meier e Onzivu “The evolution of human rights in World Health Organization policy and the future of human rights through global health governance”, 128 *Public Health* (2014), 179-187; Meier, “Global health governance and the contentious politics of human rights: mainstreaming the right to health for public health advancement”, 46 *Stanford Journal of International Law* (2010), 1-50; Meier, “The World Health Organization, the Evolution of Human

Rights, and the Failure to Achieve Health for All”, in Harrington and Stuttaford (eds.), *Global Health and Human Rights: Legal and Philosophical Perspectives*, New York: Routledge, 2010, 168-189; Gruskin et al., “History, Principles, and Practice of Health and Human Rights”, 370 *Lancet* (2007), 449-455; Gostin and Taylor, “Global Health Law: A Definition and Grand Challenges”, 1 *Public Health Ethics* (2008), 53-63; Slezák et al., “The Global Health System: Actors, Norms, and Expectations in Transition”, 7 *PLOS Medicine* (2010); Lee, *Globalization and health: an introduction*, Palgrave: Macmillan, 2003.

376 Alguns desses standards foram convertidos em disposições de tratados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), como por exemplo em suas Convenções n. 155, sobre Segurança e Saúde Ocupacional, 1981; n. 161, sobre Serviços de Medicina Ocupacional, 1985; n. 169, sobre Povos Indígenas e Populações Tribais em Países Independentes, 1989; e n. 182, sobre as Perigosas Formas de Trabalho Infantil, 1999.

377 Adotado e aberto para assinatura e ratificação com a Resolução 2601 da Assembleia Geral de 21 de dezembro de 1965; entrou em vigor em 4 de janeiro de 1969, de acordo com o Artigo 19.

378 8 Este parecer não leva em consideração os instrumentos internacionais de proteção à saúde em conflitos armados.

C)³⁷⁹, “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”. Isso requer, como pressupostos “necessários”, a redução da taxa de natimortos e de mortalidade infantil, bem como benefícios para o crescimento saudável infantil; a melhoria de todos os aspectos da higiene ambiental e industrial; a prevenção, o tratamento e o controle de doenças endêmicas, epidêmicas, profissionais e outras; e a criação de condições para garantir todos os serviços e cuidados médicos em caso de enfermidade³⁸⁰. Um modelo biomédico restrito foi, portanto, descartado.

6. O Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), em seu Comentário Geral n. 14 sobre o direito ao mais alto padrão de saúde possível afirmou: “a saúde é um direito humano fundamental necessário ao exercício de todos os outros direitos humanos”³⁸¹. Em relação ao seu propósito, o CDESC sustentou que “o direito à saúde deve ser entendido como um direito à disponibilidade das instalações, bens, serviços e condições necessários à obtenção do mais alto padrão de saúde possível”³⁸². Para este propósito, o CDESC solicitou que os sistemas de saúde e de assistência sanitária pública ostentassem as chamadas características DAAQ: Disponibilidade³⁸³, Acessibilidade³⁸⁴, Aceitabili-

379 Adotado e aberto para assinatura, ratificação e adesão pela Resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral de 16 de dezembro de 1966; entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976, como disposto no Artigo 27.

380 Sobre a assistência sanitária como uma questão de direitos humanos, vide Tobin, *The Right to Health in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012; San Giorgi, *The Human Right to Equal Access to Health Care*, Cambridge: Intersentia, 2012; Meier et al., “Conceptualizing a Human Right to Prevention in Global HIV/AIDS Policy”, *Public Health Ethics* (2012) 263-282; Hessler and Buchanan, “Specifying the content of the Human Right to HealthCare”, in Buchanan (ed.), *Justice and Health Care: Selected Essays*, Oxford: Oxford University Press, 2009; Yamin, “Will We Take Suffering Seriously? Reflections on What Applying a Human Rights Framework to Health Means and Why We Should Care”, 10 *Health & Human Rights* (2008), 45-63; Riedel, “The International Protection of the Right to Health”, in Rüdiger Wolfrum et al. (eds.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, vol. IV, 764-776; London, “What Is a Human-Rights Based Approach to Health and Does It Matter?”, in 10 *Health & Human Rights* (2008) (1), 65-80; Meier and Mori, “The Highest Attainable Standard: Advancing a Collective Human Right to Public Health”, 37 *Columbia Human Rights Law Review*, 101 (2005), 101-147; Yamin, “The Right to Health Under International Law and Its Relevance to the United States”, 95 *American Journal of Public Health* (2005), 1156-1161; Gruskin and Tarantola, “Health and Human Rights”, in Detels et al. (eds), *Oxford Textbook of Public Health* 311 (2015); Oppenheimer et al., “Health and Human Rights: Old Wine in New Bottles”, 30 *Journal of Law Medicine & Ethics* (2002), 522-532; Kinney, “The International Human Right to Health: What Does This Mean for Our Nation and World?”, 34 *Indiana Law Review* (2001), 1457-1475; Farmer, “Pathologies of Power: Rethinking Health and Human Rights”, 89 *American Journal of Public Health* (1999), 1486-1496; Mann et al. (eds.), *Health and Human Rights: A Reader*, London: Routledge, 1999; Toebes, *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Antwerp: Intersentia, 1999; and Mann, “Health and Human Rights: If Not Now, When?”, 2 *Health & Human Rights* (1997), 113-120.

381 CDESC, Comentário Geral n. 14: O direito ao mais alto padrão de saúde possível (Artigo 12), 11 de agosto de 2000, § 1. Sobre o trabalho normativo do CDESC em matéria de direito à saúde, vide Saul et al., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Commentary, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press, 2012, 1025-1029; e Riedel, “New Bearings to the State Reporting Procedure: Practical Ways to Operationalize Economic, Social and Cultural Rights – the Example of the Right to Health”, in von Schorlemer (ed.), *Praxishandbuch UNO*, Berlin: Springer, 2003, 345-358.

382 CDESC, Comentário Geral n. 14, cit., § 9.

383 O CDESC exige que as instalações, serviços e bens, juntamente com os fatores determinantes de saúde, como água potável e segura, serviços de saúde adequados, hospitais, clínicas e outros edifícios ligados à área da saúde, médicos, pessoal especializado e medicamentos essenciais, estejam o suficientemente presentes. Para alguns exemplos de ação do CDESC, Ver Tobin, *op.cit.*, p. 161

384 Acessibilidade significa que os serviços, os bens e as informações relacionados à saúde devem ser física e economicamente acessível, sem discriminação, especialmente para os cidadãos vulneráveis e marginalizados. Para exemplos da ação do CDESC, vide Tobin, *op.cit.*, pp. 168-172.

dade³⁸⁵ e Qualidade³⁸⁶. Uma vez que o compromisso dos Estados signatários do PIDESC estava limitado à maximização de recursos disponíveis e o Artigo 12 não especificava qual nível mínimo satisfaria essas características, o CDESC definiu “uma obrigação principal de garantir a satisfação, pelo menos, dos níveis mínimos essenciais de cada direito consagrado no Pacto, inclusive quanto à assistência sanitária primária essencial”³⁸⁷. Essas previsões mínimas essenciais nem mesmo estão sujeitas às realização progressiva ou aos limites de recursos e, *a fortiori*, não variam de Estado a Estado de acordo com os recursos disponíveis³⁸⁸. Não se aplica nenhuma cláusula derogatória dos direitos consagrados no Pacto³⁸⁹, mas apenas uma cláusula contida no Artigo 4º, sobre as limitações, que devem “ser compatíveis com a natureza desses direitos”. Consequentemente, o alcance dos níveis mínimos essenciais do direito assegura um “nível” essencial de assistência sanitária universalmente aplicável³⁹⁰. Isso inclui pelo menos o acesso ao sistema sanitário, serviços e bens em uma base não discriminatória, especialmente para grupos vulneráveis e marginalizados, e o acesso a medicamentos essenciais (utilizáveis para as doenças mais graves e crônicas), conforme definido a cada vez pelo Programa de Ação da OMS sobre Medicamentos Essenciais³⁹¹. Em três palavras, isso significa que a atenção das previsões essenciais do direito à saúde não refere-se exclusivamente aos procedimentos (como planos de ação), mas também aos resultados. O CDESC então indicou

385 O CESCR acredita que os serviços, bens e as instalações devem respeitar a ética médica, respeitar a confidencialidade e melhorar a saúde de quem os utiliza.

386 A qualidade exige que as instalações, serviços e bens sejam científica e clinicamente adequados e de boa qualidade, o que requer, segundo a Comissão, *inter alia*, uma equipe de saúde capaz, medicamentos e equipamentos cientificamente aprovados e não ultrapassados, água segura e potável, bem como saneamento adequado.

387 CDESC, Comentário Geral n. 14, cit., § 43. Vide, também, Young, “The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content”, 33 *Yale Journal of International Law* (2008), 113-175; Riedel, “The Human Right to Health: Conceptual Foundations”, in Clapham et al. (eds), *Realizing the Right to Health*, Zürich: Rüffer/RundRub, 2009, 21-39; Forman et al. “Conceptualizing minimum core obligations under the right to health: How should we define and implement the ‘morality of the depths?’”, 20 *International Journal of Human Rights* (2016), 531-548; Forman et al., “What do core obligations under the right to health bring to universal health coverage?”, 18 *Health and Human Rights Journal* (2016), 23-34; e Forman, “Can Minimum Core Obligations Survive a Reasonableness Standard of Review Under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights?”, *Ottawa Law Review*, Vol. 47, n. 2, 2016, 557-573. A palavra “chave” é usada nestes textos indistintamente em relação às palavras “essencial” e “substancial”.

388 Vide as Diretrizes de Maastricht sobre violações de direitos econômicos, sociais e culturais, 22-26 de janeiro de 1997, § 9.

389 Comentário Geral n. 14, cit., § 47.

390 Comentário Geral n. 14, cit., §§ 9 e 12.

391 Ver “The Use of Essential Drugs: Ninth Report of the WHO Expert Committee”, 2000. Embora a OMS indique que a definição exata do que são medicamentos essenciais continua a ser da responsabilidade do Estado, dá uma lista modelo de Medicamentos Essenciais. Vide, também, CDESC, Observações Conclusivas sobre Angola, E/C.12/AGO/CO/3, § 37, Quênia, E/C.12/KEN/CO/1, § 32, e Tajiquistão, E/C.12/TJK/CO/1, § 70; Comissão da ONU para os direitos humanos “O acesso a medicamentos no contexto do direito de todos ao gozo demais alto padrão possível de saúde física e mental”, 11 de junho de 2013, A/HRC/23/L.10 / Rec. EU; e Comissão para os Direitos Humanos, Resolução 2003/29, “Acesso aos medicamentos no contexto das epidemias como HIV/AIDS, tuberculose e malária”, 22 de abril de 2003. Na literatura, v. Yamin, “Not Just a Tragedy: Access to Medications as a Right Under International Law”, 21 *Boston University International Law Journal* (2003), 302-371; Joseph, “Pharmaceutical Corporations and Access to Drugs: The ‘Fourth Wave Of Corporate Human Rights Scrutiny’”, 25 (2) *Human Rights Quarterly* (2003), 425-452; Rubenstein, “Human Rights and Fair Access to Medication”, 17 *Emory International Law Review* (2003) 525; Marcas, “Access to essential medicines as a component of the right to health”, in Clapham et al. (eds), *Realizing the Right to Health*, citado acima, 82-101; Perekudoff, *Health, Essential Medicines, Human Rights & National Constitutions*, Vrije Universiteit Amsterdam, 2008; Hogerzeil e Mirza, *The World Medicines Situation 2011: Access to Essential Medicines as Part of the Right to Health*, WHO / EMP / MIE / 2011.2.10; e Saul et al., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases and Materials*, citados acima, p. 1018.

que essa interpretação do PIDESC deriva da Declaração de Alma-Ata³⁹², lida em conjunto com o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento.

7. Além disso, o CDESC destacou como a obrigação de respeitar o direito à saúde inclui a abstenção de negar ou limitar o acesso à justiça para todos os indivíduos, incluindo presidiários ou detentos, minorias, requerentes de asilo e imigrantes ilegais para serviços de saúde preventiva e cuidados paliativos. A obrigação de proteção inclui as obrigações de os Estados adotarem legislações ou outras medidas que garantam a paridade de acesso à saúde e aos serviços sanitários prestados por terceiros, bem de garantirem que os médicos e outros profissionais de saúde respeitem os padrões adequados de preparação, capacidade e código de conduta ética. A obrigação a cumprir compreende a garantia de um número suficiente de hospitais, clínicas e outras unidades de saúde, além da promoção e do apoio à criação de instituições que forneçam assistência e serviços para a saúde mental, com a devida atenção à distribuição equitativa no território estatal, como também a obrigação de garantir um direito especificamente previsto pelo PIDESC quando os indivíduos ou um grupo não conseguem, por razões além de seu controle, efetivar esse direito por si próprios com os meios disponíveis. Além disso, também o setor privado empresarial tem responsabilidades em relação à implementação do direito à saúde³⁹³. Finalmente, o CDESC sustentou que cada pessoa ou grupo que tenha sido vítima de violação do direito à saúde deveria ter tido acesso a um efetivo processo ou a outros remédios apropriados nos planos nacional e internacional.

8. Embora o direito à saúde não seja diretamente contemplado no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP), o Artigo 6º protege o direito à vida, sob o qual muitas vezes foi subsumido. No que diz respeito ao compromisso dos Estados de assegurar o direito à vida previsto no Artigo 6.1, o Comitê de Direitos Humanos (HRC) estatuiu que “a proteção deste direito exige que os Estados adotem medidas positivas”³⁹⁴. No campo da saúde pública, o Comitê incluiu a desnutrição e as doenças fatais no escopo de proteção do direito à vida. O Comitê considerou que teria sido preferível que os Estados tomassem

392 A Declaração adotada na Conferência Internacional sobre Assistência Sanitária de Base, Alma Ata, 1978, destacou a função central da assistência sanitária de base no sistema de saúde de uma nação (Artigo VI). Incluindo a disponibilidade de medicamentos essenciais entre os oito componentes da assistência sanitária de base elencados (Artigo VII.3), a Declaração estabeleceu o limite entre o objetivo do mais alto padrão de saúde possível e o acesso aos medicamentos essenciais.

393 Comentário Geral n. 14, cit., § 42.

394 Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral n. 6, Artigo 6 (XVI sessão, 1982), HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), § 5. Ver, também, as Resoluções 2002/31 e 2003/28 da Comissão de Direitos Humanos sobre o direito de todos ao gozo do mais alto padrão de saúde mental e física possível.

todas as medidas possíveis para reduzir a mortalidade infantil e aumentar a expectativa de vida, principalmente no que diz respeito ao tratamento do HIV³⁹⁵.

9. De acordo com o Alto Comissariado para os Direitos Humanos e a OMS, o direito à saúde inclui alguns direitos, entre os quais o direito a um nível mínimo de acesso à assistência sanitária e aos medicamentos essenciais. Como o Alto Comissário explicou:

“Não obstante as restrições de recursos, algumas obrigações têm efeito imediato, como o compromisso de garantir o direito à saúde de maneira não discriminatória, de desenvolver legislação e planos de ação, ou outras etapas semelhantes em direção à plena realização deste direito, como acontece para qualquer direito humano. Os Estados também devem garantir um nível mínimo de acesso aos elementos materiais essenciais do direito à saúde, como o fornecimento de medicamentos essenciais e serviços de saúde para as mães e as crianças.”³⁹⁶

10. Em um espírito semelhante, o Relator Especial sobre o direito ao gozo ao mais alto padrão de saúde possível apontou o seguinte:

“Embora sujeito à implementação progressiva e a limites de recursos, o direito à saúde impõe várias obrigações com efeito imediato. Estas incluem garantias de não discriminação e tratamento equo, como a obrigação de adotar medidas deliberadas, concretas e direcionadas à plena realização do direito à saúde, como a elaboração de estratégias nacionais de saúde pública e planos de ação. Realização progressiva significa que os Estados têm um dever de agir de forma tão rápida e eficaz quanto possível para a plena realização do direito à saúde”.³⁹⁷

3. Instrumentos internacionais relacionados a grupos específicos

11. O inovador Artigo 12 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação da Mulher (CEDAW) de 1979 estabelece uma obrigação de resultado (“garantirão”) em relação a alguns serviços sanitários relacionados à gravidez, ao parto e ao período pós-natal³⁹⁸, além da obrigação de meio

395 Por exemplo, sobre a falta de acesso a medicamentos antirretrovirais, cf. Observações Conclusivas sobre Uganda, § 14; e sobre o Quênia (2005), CCPR/CO/83/KEN, § 15.

396 Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, O direito à saúde, ficha técnica n. 31, 2008, página 5.

397 V. o site do Relator Especial (consultado em 30 de outubro de 2017) e o Relatório Especial sobre o direito de todos ao gozo do padrão de saúde física e mental mais alto possível A/HRC/4/28, 17 de janeiro de 2007, § 63. Nesse sentido, v., também, outros relatórios, como A/72/137, de 14 de julho de 2017, § 24, e A/71/304, de 5 de agosto de 2016, § 27. Quanto ao acesso a medicamentos essenciais, cf., em particular, o Relatório sobre o acesso a medicamentos, de 1º de maio de 2013, A/HRC/23/42; Diretrizes para as indústrias farmacêuticas, de 11 de agosto de 2008, A/63/263; As responsabilidades das indústrias farmacêuticas, de 13 de setembro de 2006, A/61/338; e Propriedade intelectual e acesso a drogas, E/CN.4/2004/49/Add.1.

398 Adotada e aberta para assinatura, ratificação e acesso pela Resolução da Assembleia Geral 34/180 de 18 de dezembro de 1979; entrou em vigor em 3 de setembro de 1981, de acordo com o Artigo 27.1. Vide, também, o Artigo 11.1, f; e 14 .2, b, da CEDAW.

(“*adotarão as medidas necessárias*”) para eliminar a discriminação contra as mulheres no campo da assistência sanitária a fim de garantir, com base na igualdade entre homens e mulheres, acesso à assistência sanitária. O Comitê para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher também requereu que os Estados signatários garantissem o fornecimento de serviços adequados às mulheres, relacionados à maternidade, ao parto e ao período pós-natal, incluindo assistência obstétrica de emergência.³⁹⁹ Ao mesmo tempo, o Comitê também observou que “o Estado é diretamente responsável pela ação das instituições privadas quando estas exerçam serviços de saúde, e que, ademais, o Estado sempre mantém a obrigação de regular e fiscalizar instituições de saúde privadas”⁴⁰⁰.

12. O Artigo 24 da Convenção dos Direitos da Criança de 1989⁴⁰¹ reconhece o direito da criança a desfrutar do “mais alto padrão de saúde possível” e de sistemas para o tratamento de enfermidade e reabilitação, mas impõe aos Estados signatários uma obrigação de meio (“*devem envidar esforços para assegurar*”) para que nenhuma criança seja privada de seu direito de acesso a serviços de saúde. Esta obrigação genérica é prestada em forma material em outras algumas obrigações de resultado mais concretas, como a obrigação de garantir o fornecimento da necessária assistência médica e sanitária a todas as crianças com um foco especial no desenvolvimento da assistência sanitária primária, e a obrigação de garantir cuidados pré-natais e pós-natais adequados para as mães⁴⁰². O Comitê para os Direitos da Criança sustentou que os Estados têm como principal obrigação assegurar a cobertura universal dos serviços de assistência sanitária primária de alta qualidade, a incluir prevenção, promoção da saúde, cuidados, tratamentos e medicamentos essenciais⁴⁰³. Tais obrigações principais não devem estar sujeitas à disponibilidade de recursos⁴⁰⁴.

13. O Artigo 4º da Convenção sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços e sobre o Controle de Resíduos Perigosos e sua Eliminação⁴⁰⁵ impõe uma obrigação de meio (“*tomar medidas adequadas*”) para prevenir a poluição por resíduos perigosos e outros resíduos decorrentes de sua gestão e, em caso de

399 Vide, em particular, a Recomendação n. 24 sobre Mulheres e Saúde do Comitê para a eliminação da discriminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, 1999, A/54/38/ Rev.1, §§ 14 e 17; e Freeman et al., *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2012, 329-332.

400 CEDAW, *Alyne da Silva Pimentel c. Brasil*, 10 de agosto de 2011, CEDAW/C/49/D/17/2008, § 7.5.

401 Adotada e aberta para assinatura, ratificação e acesso pela Resolução da Assembleia Geral 44/25 de 20 de novembro de 1989; entrou em vigor em 2 de setembro de 1990, de acordo com o Artigo 49.

402 Os artigos 3, 3, 17, 23, 25, 32 e 28 preveem medidas para grupos específicos de crianças vulneráveis.

403 Comitê dos Direitos da Criança, Comentário Geral n. 15, O Direito da Criança ao gozo do mais Alto Padrão de Saúde Possível (Artigo 24), de 17 de abril de 2013, CRC/C/GC/15, § 73. Cf., também, o Comentário Geral relacionado n. 4 (2003) sobre a saúde de adolescentes e desenvolvimento no contexto da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1º de Julho de 2003, CRC/GC/2003/4.

404 Relatório do Comitê para os Direitos da Criança na Quadragésima sexta sessão, CRC/C/46/3, de 22 de abril de 2008, capítulo VII, § 89.

405 Adotada em 22 de março de 1989 pela Conferência de Plenipotenciários da Basileia, Suíça; entrou em vigor em 1992.

ocorrência de poluição, para minimizar as suas consequências sobre a saúde humana e o meio ambiente.

14. O Artigo 28 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias⁴⁰⁶ de 1990 estabelece o direito à igualdade de acesso para os trabalhadores migrantes e suas famílias a qualquer assistência médica urgentemente necessária para a preservação de suas vidas ou para evitar danos irreparáveis à sua saúde independentemente de quaisquer irregularidades relacionadas com a sua estadia ou emprego.

15. Mais recentemente, o Artigo 25 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁴⁰⁷ de 2006 foca no acesso não discriminatório à assistência sanitária. Ademais, prevê uma obrigação de resultado (“tomarão”) para garantir os serviços de saúde especificamente necessários para as pessoas com deficiência em razão de suas deficiências, inclusive o diagnóstico precoce e a intervenção apropriada, além de serviços voltados a minimizar e prevenir outras deficiências, tanto entre crianças como entre adultos⁴⁰⁸. Em um caso, o Comitê para os Direitos das Pessoas com Deficiência estabeleceu que a recusa da Suécia a garantir a autorização para construção de uma piscina interna para a hidroterapia em casa destinada à reabilitação de uma pessoa com deficiência violou o referido Artigo 25⁴⁰⁹.

B. *Standards regionais*

1. *Fora da Europa (§§ 16-19)*

16. Vários instrumentos legislativos regionais protegem o direito à saúde, direta e indiretamente. O Artigo 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos protege o direito à vida. O Artigo 5º protege o direito à integridade física no § 1, e o direito de não ser submetido a tortura ou outros tratamentos degradantes no § 2⁴¹⁰. Com base nos direitos enunciados, a Comissão Interame-

406 Aprovada pela Resolução 45/158 da Assembleia Geral de 18 de dezembro de 1990; em vigor em 1º de julho de 2003. V., também, os arts. 43, e, e 45, c.

407 Adotada em 13 de dezembro de 2006, entrou em vigor em 3 de maio de 2008. Vide, também, a Declaração sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (1975); Princípios para a Proteção de Pessoas com Doença mental e Melhora da Saúde Mental (1991); Equiparação das Oportunidades para Pessoas com Deficiência (1993); e Comentário Geral n. 5 do CESCR sobre Pessoas com Deficiência, de 9 de dezembro de 1994, E/1995/22.

408 Sobre o direito à assistência sanitária deste grupo, vide Perlin, “*International Human Rights Law and Comparative Mental Disability Law: The Universal Factors*”, 34 *Syracuse Journal of International Law & Commerce* (2006-2007), 333-357; Gable e Gostin, “*Mental Health as a Human Right*”, em Clapham et al. (eds), *Realizando o direito à saúde*, cit., III, 249-261; Mégret, “*The Disabilities Convention: Human Rights of Persons With Disabilities or Disability Rights?*”, 30 *Human Rights Quarterly* (2008), 494-516; Gostin and Gable, “*The Human Rights of Persons with Mental Disabilities: A Global Perspective on the Application of Human Rights Principles to Mental Health*”, 63 *Lei de Maryland Review* (2004), 20-121.

409 Comitê para os Direitos das Pessoas com Deficiência, comunicação n. 3/2011,CRPD/C/7/D/3/2011, de 21 de maio de 2012, § 8.8.

410 Adotado pela Conferência Interamericana de Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

ricana de Direitos Humanos dispôs com êxito sobre a ajuda imediata a cidadãos que vivem com HIV/AIDS⁴¹¹.

17. A jurisprudência da Corte Interamericana tem evoluído significativamente. No caso de *Albán-Cornejo e outros c. Equador*⁴¹², a Corte Interamericana não encontrou provas suficientes para atribuir ao Estado uma responsabilidade internacional, nos termos do Artigo 4º da Convenção Americana, sobre a morte de Laura Albán. De qualquer forma, o Estado foi responsabilizado pela violação do direito a um tratamento digno, no que concerne à falta de fiscalização e regulação dos serviços de interesse público, como os serviços de saúde administrados por entes públicos ou privados⁴¹³. No caso da comunidade indígena *Xákmok Kásek c. Paraguai*⁴¹⁴, a Corte atribuiu a morte de algumas pessoas à falta de adequada assistência sanitária, na qual se incluía a assistência por pessoal devidamente treinado para lidar com partos e uma adequada assistência pré-natal e pós-parto⁴¹⁵. No caso *Suarez Peralta c. Equador*⁴¹⁶, a Corte também constatou uma violação da obrigação de monitorar e supervisionar os serviços de assistência sanitária, tendo em vista a assistência médica recebida de profissionais não autorizados em uma clínica que o Estado não supervisionava⁴¹⁷. No caso *Gonzales Lluy et al. c. Equador*⁴¹⁸, a Corte Interamericana reconheceu especificamente um direito de acesso a medicamentos essenciais⁴¹⁹ e uma violação do direito à vida e à integridade pessoal em relação à obrigação de monitorar e supervisionar o fornecimento de transfusões de sangue, depois que o sangue foi entregue sem passar nem mesmo pelos controles de segurança mais elementares, como para o HIV⁴²⁰.

18. O Artigo 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴²¹ prevê o direito à saúde, entendido como o gozo do “mais alto nível de bem-estar físico, mental e social” e prevê várias obrigações de resultado (“garantir”), compreendendo a assistência sanitária básica, ou seja, cuidados de saúde essenciais

411 Comissão Interamericana, *Jorge odir Miranda Cortez e outros v. El Salvador*, relatório n. 29/11, processo 12.249, decisão de admissibilidade de 7 de março de 2001.

412 Corte Interamericana, *Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador* (mérito, compensação e despesas), acórdão de 22 de novembro de 2007, série C n. 171.

413 *Ibid.* § 119.

414 Corte Interamericana, *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek v. Paraguai* (mérito, indenizações e despesas), acórdão de 24 de agosto de 2010.

415 *Ibid.*, §§ 231-234.

416 Corte IDH, *Caso Suarez Peralta v. Equador* (exceções preliminares, mérito, indenizações e despesas), acórdão de 21 de maio de 2013.

417 *Ibid.*, §§ 152 e 153.

418 Corte Interamericana, *Caso Gonzales Lluy e outros v. Equador* (objeções preliminares, mérito, indenizações e despesas), acórdão de 1º de setembro de 2015.

419 *Ibid.*, §§ 194 e 197.

420 *Ibid.*, § 189.

421 Adotada em San Salvador em 17 de novembro de 1988; entrou em vigor em 16 de novembro de 1999.

disponibilizados a todos os indivíduos e famílias da comunidade. No caso *Jorge Odir Miranda Cortez c. El Salvador*, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos entendeu que, embora não fosse competente para determinar se El Salvador violou o Artigo 10 do Protocolo de San Salvador, teria “levado em consideração as disposições relativas ao direito à saúde na sua análise do mérito da causa”⁴²².

19. O Artigo 16 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981⁴²³ é menos exigente do que o seu correspondente americano. Reconhece o direito de desfrutar do “mais alto padrão de saúde mental e física possível”, mas estabelece apenas uma obrigação genérica de meio (“*tomar medidas necessárias*”) para implementá-lo e uma obrigação de resultado concreto para “garantir” que as pessoas recebam assistência médica “quando estiverem doentes”. O Artigo 18.4 prevê os direitos dos idosos e deficientes a medidas especiais de proteção de acordo com suas necessidades físicas ou morais. O Artigo 14 da Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança⁴²⁴ protege o direito ao gozo do “mais alto nível de saúde física, mental e espiritual” e prevê uma série de obrigações de meio para implementá-lo (*comprometer-se a buscar a máxima implementação*) e várias obrigações de desempenho específico (*tomar medidas para*), incluindo “garantir a disponibilidade da necessária assistência médica e sanitária a todas as crianças e, em especial, da assistência sanitária primária”. A Comissão Africana para Direitos Humanos e dos Povos constatou uma violação dos melhores padrões de saúde física e mental em várias ocasiões, inclusive por falha no fornecimento de medicamentos adequados⁴²⁵.

2. Na União Europeia (§§ 20-21)

20. O objetivo da ação da União Europeia (UE) em matéria de políticas sanitárias é indicado pelo Artigo 168 do Tratado sobre o Funcionamento da União (TFUE). A saúde é uma matéria de competência “complementar”, no âmbito da qual a União pode “apoiar, coordenar e completar a ação de Estados-Membros”, com base no disposto no Artigo 2.5 TFUE. É de competência dos governos nacionais organizar a assistência sanitária e assegurar a sua disponibilidade, ao passo que o papel da UE é completar as previsões nacionais promovendo a cooperação

422 *Jorge Odir Miranda Cortez c. El Salvador*, cit. § 47.

423 Assinado em Nairóbi em 27 de junho de 1981. V., também, o Artigo 14 da Carta Africana sobre os Direitos e o Bem-estar da Criança.

424 Adotada pela Organização para a Unidade Africana em 1990, com entrada em vigor em 1999.

425 *Free legal assistance Group e outros c. Zaire*, comunicação n. 25/89, 47/90,56 / 91.100 / 93. V., também, *SERAC e CESR v. Nigéria*, comunicação n. 155/96, 15º Relatório Anual de Atividades 2001-2002, anexo V, e *Purohit e Moore v. Gâmbia*, comunicação n. 241/2001, 16º Relatório de Atividades 2002-2003, anexo VII.

entre os Estados-Membros, mediante a adoção de medidas de incentivo, disponibilização de fundos e assim por diante.

21. O problema da saúde também é tratado pelo Artigo 35 da Carta dos Direitos Fundamentais, que garante o direito de acesso à assistência sanitária preventiva e o direito de gozar de cuidados médicos nas condições estabelecidas pela lei e práticas nacionais⁴²⁶. A norma estabelece uma meta ideal, estatuidando que “[um] elevado nível de proteção da saúde humana” deve ser assegurado na definição e execução de todas as políticas e ações da União. Por exemplo, de acordo com o Artigo 15 da Diretiva 2003/9/CE⁴²⁷, os Estados-Membros devem garantir que os requerentes de asilo recebam a assistência sanitária necessária, inclusive a emergencial e tratamentos essenciais de enfermidades, e tornem disponível a assistência médica ou de outro tipo que seja necessária aos requerentes de asilo com necessidades especiais.

22. A UE atingiu um elevado nível de harmonização normativa quanto aos padrões de assistência sanitária, especialmente no que atine à segurança do paciente. A norma mais importante é a Recomendação de 9 de junho de 2009 sobre Segurança do Paciente, inclusive no que diz respeito à prevenção e ao controle de infecção nosocomial (IN)⁴²⁸. O Parlamento Europeu também adotou uma Resolução em outubro de 2013⁴²⁹ solicitando que a segurança do paciente fosse ainda mais prioritária nos planos europeu e nacional. Vários documentos de orientação e relatórios também foram produzidos pelo Centro Europeu de Prevenção e Controle de Doenças para dar suporte aos Estados-Membros. Além dessas diretrizes e relatórios que se referem diretamente ao problema da segurança dos pacientes e das IN, a UE também editou normas em áreas indiretamente ligadas à segurança do paciente. De acordo com o Artigo 168.5 do TFUE, a UE pode adotar normas no âmbito de muitas ameaças sanitárias transfronteiriças, excluindo qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros. Neste domínio, é de notar a aprovação, pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, da Decisão n. 1082/2013/UE sobre graves ameaças transfronteiriças à saúde⁴³⁰. No campo da circulação do paciente na UE, a Di-

426 McHale, “*Fundamental rights and health care*”, em Mossialos et al., *Health Systems Governance in Europe - The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, 282-314.

427 Diretiva do Conselho 2003/9/CE, de 27 de janeiro de 2003, que estabelece as normas mínimas para o acolhimento de requerentes de asilo nos Estados-membros.

428 Recomendação do Conselho (2009/C 151/01), de 9 de junho de 2009, em matéria de segurança do paciente, incluindo a prevenção e controle de infecções nosocomiais.

429 Resolução do Parlamento Europeu, de 22 de outubro de 2013, sobre o relatório da Comissão ao Conselho com base nos relatórios dos Estados-membros sobre a implementação da Recomendação do Conselho (2009/C 151/01) de 9 de junho de 2009 sobre segurança de pacientes, incluindo a prevenção e o controle de infecções nosocomiais(2013/2022 (INI)).

430 Decisão n. 1082/2013/UE do Parlamento Europeu e do Conselho sobre graves ameaças transfronteiriças à saúde, que revoga a Decisão n. 2119/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de setembro de 1998, sobre a criação de uma rede de controle epidemiológico e de controle de doenças transmissíveis no Comunidade.

retiva 2011/24/UE sobre a aplicação dos direitos dos pacientes na assistência sanitária direito transfronteiriça⁴³¹ estabelece o “princípio geral” pelo qual o Estado-Membro de origem deve reembolsar os custos dos pacientes que recebem assistência sanitária transfronteiriça.

3. No Conselho da Europa (§§ 23-26)

23. Artigo 11 da Carta Social Europeia (CSE) reconhece explicitamente o direito à proteção da saúde. Os Estados devem tomar medidas apropriadas para remover as causas dos problemas de saúde e fornecer serviços para prevenir doenças. A CSE também reconhece o direito à assistência médica e social (Artigo 13).

24. O Comitê Europeu dos Direitos Sociais (ECSR) destacou que o Artigo 11 da CSE integra os Artigos 2º e 3º da Convenção e que os direitos relativos à saúde contidos nestas disposições estão intimamente ligados, dado que “a dignidade humana é o valor fundamental e, indubitavelmente, a base das normas positivas europeias de direitos humanos - seja na Carta Social Europeia, seja na Convenção Europeia de Direitos Humanos - e a assistência sanitária é um pré-requisito para a preservação da dignidade humana”⁴³². O ECSR também estipulou que os Estados devem garantir a melhor saúde possível para os cidadãos de acordo com os conhecimentos atuais e que seus sistemas de saúde devem responder de forma adequada aos riscos para a saúde que são aqueles que podem ser controlados pela ação humana e que devem ser acessíveis a todos. Ademais, as restrições à aplicação do Artigo 11 não podem ser interpretadas de forma a impedir que grupos desfavorecidos exerçam seu direito à saúde. O ECSR considerou as condições que regem o acesso aos cuidados levando em conta a Recomendação 1626 (2003) da Assembleia Parlamentar sobre a reforma dos sistemas de saúde na Europa: “conciliar equidade, qualidade e eficiência”, que convidou os Estados-membros a adotarem como principal critério para julgar o sucesso das reformas do sistema de saúde o acesso efetivo à assistência sanitária para todos, sem discriminação, como direito humano fundamental. O direito de acesso à assistência sanitária exige que os custos dos cuidados de saúde sejam suportados, pelo menos em parte, por toda a comunidade e que não representem uma despesa realmente excessiva para os indivíduos. Devem ser tomadas medidas para reduzir os encargos financeiros para os pacientes das categorias mais desfavorecidas da população. O acesso aos cuidados deve ser baseado em critérios transparentes, acordados no plano nacional, levando em consideração o risco de deterioração das condições clínicas ou da qualidade de vida. Uma cláusula de derrogação poderia ser aplicada

431 Diretiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2011, sobre a aplicação dos direitos dos pacientes que recebem assistência sanitária transfronteiriça.

432 Repertório de jurisprudência do Comitê Europeu dos Direitos Sociais, 2008, pp.81-89.

nos termos do Artigo F. O ECSR constatou muitas violações desta obrigação pelos Estados⁴³³, inclusive por não fornecer cuidados primários e medicamentos⁴³⁴.

25. O Artigo 3º da Convenção de Oviedo garante igualdade de acesso à assistência sanitária e uma qualidade adequada. Esta é uma obrigação de meio (“tomar as medidas adequadas em vista de”), que toma em consideração as necessidades de saúde e os recursos disponíveis. A intenção desta disposição, de acordo com a Exposição de Motivos, não é criar um direito individual com base no qual os indivíduos possam ajuizar processos contra o Estado, mas, sobretudo, instar a adoção de medidas necessárias como parte da própria política social, a fim de garantir o acesso equo à assistência sanitária.

26. Finalmente, “a Declaração sobre os Direitos dos Pacientes na Europa” foi o resultado de um fórum consultivo com especialistas realizado em Amsterdã no ano de 1994 sob os auspícios do Escritório Regional da OMS para Europa. É o primeiro instrumento jurídico internacional global concernente aos direitos dos pacientes. A Declaração dá uma imagem dos diferentes direitos usufruídos pelos pacientes, ou seja, o direito à informação, ao consentimento, à confidencialidade e à privacidade, aos cuidados e tratamentos, a registrar reclamações e ao ressarcimento, ou seja, a capacidade de ser compensado pelos danos causados pelo atendimento. Saliendo que os grupos vulneráveis e marginalizados nas sociedades tendem a suportar de forma excessiva os problemas de saúde, a OMS estendeu os princípios DAAQ para incluir o princípio de confiabilidade, segundo o qual os Estados e os outros sujeitos responsáveis respondem pela observância dos direitos humanos, e o princípio da universalidade, com base no qual os direitos humanos, inclusive o direito à saúde, são universais e inalienáveis⁴³⁵.

C. Conclusões preliminares (§§ 27-28)

27. Considerando a vasta e, em alguns casos, universal, ratificação das normas internacionais mencionadas acima, como a consolidação de uma imensa gama de normas de *soft law* de suporte e desenvolvimento nos últimos sessenta anos, que evidencia a existência de uma *opinio juris* consistente, pode-se dizer

433 Vide, por exemplo, o *Fórum Europeu dos Ciganos e Viajantes (ERTF) v. República Tcheca*, reclamação coletiva n. 104/2014, sobre o acesso inadequado à assistência sanitária por parte dos Ciganos; *Conferência das Igrejas Europeias (CEC) v. Holanda*, reclamação coletiva n. 90/2013, 10 de novembro de 2014, sobre a necessidade de disponibilizar a todas as pessoas que se hospedam na Holanda irregularmente um tratamento médico necessário; *Defesa de crianças internacionais (DCI) v. Bélgica*, reclamação coletiva n. 69/2011, 23 de outubro de 2012, sobre a negligência médica entre os menores estrangeiros acompanhados; *Centro Europeu dos Direitos dos Ciganos (ERRC) v. Bulgária*, reclamação coletiva n. 46/2007, 3 de dezembro de 2008, sobre os problemas enfrentados por muitos ciganos no acesso aos serviços de saúde; e *Federação Internacional da Liga para os Direitos Humanos (FIDH) v. França*, reclamação coletiva n. 14/2003de, 3 de novembro de 2004, sobre a negação de assistência médica imediata aos filhos de imigrantes ilegais.

434 Centro Europeu para os Direitos dos Ciganos (ERRC), cit.

435 OMS, Saúde e direitos humanos, ficha informativa n. 323, de dezembro de 2015. Vide, também, Potts, *Accountability and the Right to the Highest Attainable Standard of Health*, Open Society Institute, Public Health Programme, University of Essex, Human Rights Centre, 2008.

que o direito à saúde ganhou o status de regra costumeira internacional⁴³⁶. Esta norma também encontra correspondência em um corpo crescente de normas constitucionais⁴³⁷. Como emerge do direito internacional e constitucional, o direito à assistência sanitária tem um núcleo que compreende o direito de acesso a estruturas sanitárias adequadas, bens e serviços com base não discriminatória, especialmente para os grupos fragilizados e marginalizados, cuidados médicos urgentes primários e medicamentos essenciais. Essa era também a perspectiva inicial do CDESCR em 1993, que confinou o conceito de obrigações essenciais à assistência primária⁴³⁸. O Artigo 24 da universalmente ratificada CRC confirmou essa tendência, considerando nela incluída a necessidade de tutela da assistência sanitária para crianças⁴³⁹. Não há razão para distinguir os adultos das crianças, visto que “os direitos à vida e ao tratamento humano são ligados direta e imediatamente à assistência sanitária”⁴⁴⁰.

28. O núcleo essencial do direito não está sujeito a cláusulas de implementação progressiva ou a limites de recursos. Portanto, ele constitui uma estrita obrigação de resultado para os Estados. Isso significa três coisas. Antes de tudo, qualquer violação das obrigações essenciais pode ser detectada e punida pelos tribunais. Em segundo lugar, todos os Estados são obrigados a fornecer tal assistência sanitária, independentemente de terem ratificado ou não as normas internacionais e quaisquer que sejam as diretrizes de *soft law* acima mencionadas. Em terceiro lugar, todos os Estados devem garantir a mencionada assistência sanitária a todos, independentemente da nacionalidade da pessoa que necessite. Neste contexto, é pertinente lembrar a interdependência e a indivisibilidade que existe entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, que devem ser entendidos como um *unicum* no que concerne aos direitos humanos, sem qualquer ordem de precedência quanto à aplicabilidade em qualquer caso pelas autoridades competentes⁴⁴¹.

436 Riedel, “The Human Right to Health”, cit., 32.

437 Entre aqueles que argumentam que há um reconhecimento crescente do direito à saúde a no direito constitucional, vide den Exter, “The right to health care under European law”, *Diametros* 51 (2017): 173–195; Saul et al., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases and Materials*, citado acima, 1061-1070; Tobin, cit., 202-208; Perehudoff, *Health, Essential Medicines, Human Rights & National Constitution*, mencionado acima; e Kinney e Clark, “Provisions for Health and Health Care in the Constitutions of the Countries of the World”, 37 *Cornell International Law Journal* (2004)285-305.

438 CDESCR, Comentário Geral n. 3, A natureza das obrigações dos Estados Partes (Artigo 2º, §1, do Pacto) UN Doc. E/1991/23, 1990, ponto 10, e CDESCR, Uma avaliação da obrigação de tomar medidas para o máximo de recursos disponíveis no âmbito de um protocolo facultativo ao Pacto, de 10 de maio de 2007, Doc. UN E/C.12/2007/1, § 6. No entanto, não concordo com a opinião de que tal obrigação fundamental deveria ser uma presunção fraca, refutável, dependente do poder discricionário do Estado sobre os recursos limitados.

439 Cf., por exemplo, o relatório do CRC sobre a Bielorrússia, CRC/C/15/Add.17, § 14.

440 Caso *Albán Cornejo e outros v. Equador*, citado acima § 117; *Caso Suárez Penalta v. Equador*, citado acima, § 130; e o Caso de *Llyu et al v. Equador*, citado acima, § 171.

441 *Airey v. Irlanda*, 9 de outubro de 1979, § 26, Série A n. 32; *Caso Acevedo Buendía e outros (“Empregados redundantes e aposentados da controladoria”) v. Peru* (objeção preliminar, mérito, reparação e custas), Sentença de 1º de julho de 2009, série C n. 198, *Caso Suárez Penalta c. Equador*, citado acima, § 131; *Caso Llyu e outros v. Equador*, citado acima, § 172; e CDESCR, Comentário Geral n. 9: a aplicação interna do Acordo, E/C.12/1998/24, 3 de dezembro de 1998, ponto 10.

III. O direito à assistência sanitária na Convenção (§§ 29-59)

A. O direito de grupos específicos (§§ 29-43)

1. Presidiários e soldados

29. O direito à assistência sanitária não está entre os direitos garantidos pela Convenção ou pelos seus Protocolos⁴⁴². No entanto, é um direito implícito que emerge de muitos artigos. A primeira frase do Artigo 2º convida o Estado a se abster de tirar vidas de maneira intencional ou ilegal, e a tomar as medidas adequadas de proteção daqueles que estão sob sua jurisdição⁴⁴³. Apesar disso, a Corte considerou que a obrigação positiva de “tomar as medidas adequadas” para proteger a vida deve ser aplicada no contexto de cada atividade, seja pública ou não, onde o direito à vida possa estar em risco, incluída a esfera da saúde pública⁴⁴⁴. Nesse contexto, a Corte foi confrontada com um ampla gama de problemáticas relacionados à saúde referidas nos artigos 2º, 3º e 8º da Convenção. O primeiro caso referia-se à situação de saúde dos presidiários.

30. A Corte considerou, inequivocamente, que as autoridades nacionais têm a obrigação de proteger a saúde e o bem-estar das pessoas que foram privadas de sua liberdade. A obrigação de proteger a vida dos presidiários⁴⁴⁵ também implica a obrigação das autoridades de lhes fornecer os serviços médicos necessários para salvaguardar suas vidas⁴⁴⁶. Quando estabelece estas obrigações, e em um espírito de consistência com os padrões estabelecidos por outras agências e órgãos do Conselho da Europa, a Corte frequentemente se refere a instrumentos de *soft-law* que estabelecem um direito à assistência sanitária em prisão⁴⁴⁷, bem como ao trabalho do Relator Especial para as Nações Unidas para o direito de todos ao gozo do mais alto padrão de saúde física e mental possível⁴⁴⁸ e às diretrizes da OMS sobre saúde pública⁴⁴⁹.

442 *Vasileva v. Bulgária*, n. 23796/10, § 63, 17 de março de 2016 e os precedentes nele citados.

443 *LCB v. Reino Unido*, 9 de junho de 1998, § 36, Reports of Judgments and Decisions 1998-III e *Jasińska v. Polónia*, n. 28326/05, § 57, 10 de junho de 2010.

444 *Vó v. França* [GC], n. 53924/00, § 89, ECHR 2004-VIII, e *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. România* [GC], n. 47848/08, § 130, ECHR 2014.

445 *Kalashnikov v. Rússia*, n. 47095/99, §§ 95 e 100, ECHR 2002-VI; *Khudobin v. Rússia*, n. 59696/00, § 96, ECHR 2006-XII (excertos); *Naumenko v. Ucrânia*, n. 42023/98, § 112, 10 de Fevereiro de 2004; *Dzieciak v. Polónia*, n. 77766/01, § 91, 9 de dezembro de 2008; e *Karpylenko v. Ucrânia*, n. 15509/12, § 79, 11 de fevereiro de 2016.

446 *Tăis v. França*, n. 39922/03, § 98, 1 de junho de 2006; *Huyulu v. Turquia*, n. 52955/99, §58, 16 de novembro de 2006; e *Jasinskis v. Letónia*, n. 45744/08, § 60, 21 de dezembro de 2010.

447 Por exemplo, a recomendação n. R (98) 7 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-membros no que diz respeito aos aspectos éticos e organizacionais da assistência sanitária em presídio e a Recomendação Rec (2006) 2 do Comitê de Ministros aos Estados-membros sobre as normas penitenciárias europeias. Sobre a importância dessas recomendações, v., por exemplo, *Murray v. Holanda* [GC], n. 10511/10, § 66, ECHR 2016, e *Ska-womir Musiał v. Polónia*, n. 28300/06, §§ 62, 63 e 96, 20 de janeiro de 2009.

448 *Hiller v. Áustria*, n. 19671/14, § 37, 22 de novembro de 2016.

449 *Kozhokar v. Rússia*, n. 33099/08, §§ 77-79 e 108, 16 de dezembro de 2010, e *Fedosejevs v. Letónia* (dez.), n. 37546/06, §§§ 60-61 e 73-75, 19 de novembro de 2013.

31. À luz destas fontes de *soft-law*, a Corte considerou que uma falta de assistência sanitária apropriada poderia corresponder a um tratamento contrário ao Artigo 3º da Convenção⁴⁵⁰. A Corte entende que a “adequação da assistência médica continua sendo o elemento mais difícil para determinar”. Ao afirmar isso, a Corte reconhece como a assistência médica não é automaticamente reconhecida como adequada sempre que um presidiário é examinado por um médico com a prescrição de algum tratamento⁴⁵¹. As autoridades devem manter também um registro do estado de saúde do presidiário e dos cuidados que ele segue enquanto detido⁴⁵², bem como assegurar que o diagnóstico e os cuidados sejam prestados prontamente e com precisão⁴⁵³ e que a supervisão seja regular, sistemática e compreenda uma estratégia geral de tratamento, quando necessário para o tipo de condição médica⁴⁵⁴. As autoridades também devem demonstrar que foram criadas as condições necessárias para que os tratamentos prescritos pudessem ser efetivamente seguidos⁴⁵⁵. Ao mesmo tempo, a obrigação do Estado de tratar um presidiário gravemente enfermo é de meio, não de resultado (*due diligence test*)⁴⁵⁶. Por exemplo, em *Mustafayev*⁴⁵⁷, a Corte criticou a demora no tratamento de um presidiário gravemente enfermo. Em relação à tese do Governo de que não havia conexão entre a morte do filho do requerente e a transferência tardia ao hospital, a Corte respondeu principalmente que o objeto de seu exame foi exclusivamente “se as autoridades estatais respeitaram ou não a obrigação de salvaguardar a vida do filho do requerente, fornecendo-lhe tratamento médico adequado em tempo hábil”⁴⁵⁸. A Corte também sustentou que os atendimentos médicos nas estruturas carcerárias devem ser apropriados, assim como devem estar em um nível comparável àquele que as autoridades nacionais se comprometeram a garantir a toda a população. Isso não significa, no entanto, que todo presidiário deve ter garantido o mesmo nível de atendimento médico prestado pelas melhores estruturas sanitárias fora da prisão⁴⁵⁹. A Corte está “preparada para aceitar que, em princípio, os

450 *Hummatov v. Azerbaijão*, n. 9852/03 e n. 13413/04, 29 de novembro de 2007; *Ukhan v. Ucrânia*, n. 30628/02, 18 de dezembro de 2008; *Petukhov v. Ucrânia*, n. 43374/02, 21 de outubro de 2010; e *Sergey Antonov v. Ucrânia*, n. 40512/13, §§ 72-74, 22 de outubro de 2015.

451 *Hummatov*, cit., § 116.

452 *Khudobin*, cit., § 83.

453 *Kelnik v. Ucrânia*, n. 72286/01, §§ 104-106, 28 de março de 2006, e *Hummatov*, citado em precedência, § 115.

454 *Popov v. Rússia*, n. 26853/04, § 211, 13 de julho de 2006, e *Hummatov*, citado acima, §§ 109 a 114.

455 *Holomiov v. Moldávia*, n. 30649/05, § 117, 7 de novembro de 2006, e *Hummatov*, cit., § 116.

456 *Goginashvili v. Geórgia*, n. 47729/08, § 71, 4 de outubro de 2011, e *Jasbi v. Geórgia*, n. 10799/06, 8 de janeiro de 2013.

457 *Mustafayev v. Azerbaijão*, n. 47095/09, 4 de maio de 2017. A situação foi comparada a *Anguelova v. Bulgária*, n. 38361/97, §§ 127-130, ECHR 2002-IV; *Tais*, citado anteriormente, §§ 99-102; *Huyl*, citado acima, §§ 61-68; e *Jasinskis*, citado acima, §§ 62-67.

458 *Ibid.*, § 65.

459 *Mirilashvili v. Rússia* (dez.), n. 6293/04, 10 de julho de 2007, e *Blokhin v. Rússia* [GC], n. 47152/06, § 137, ECHR 2016.

recursos das estruturas médicas no sistema penitenciário são limitados em relação às clínicas civis⁴⁶⁰.

32. A qualidade da assistência médica é posta em causa quando os medicamentos necessários não estão disponíveis, especialmente se essa deficiência tiver um impacto direto e prejudicial no estado de saúde do requerente⁴⁶¹. Por exemplo, em *Makharadze e Sikharulidze*⁴⁶², a Corte declarou que “O Estado não conseguiu garantir o acesso tempestivo a testes laboratoriais de suscetibilidade relevantes, que eram indispensáveis para um diagnóstico precoce e preciso, e a preparação de uma terapia necessária para o tratamento eficaz da microbactéria do requerente”.

33. Neste ponto é importante destacar que, nos termos do Artigo 39 do Regulamento da Corte, a Corte ordenou anteriormente que um requerente que estava no novo hospital da penitenciária fosse colocado em um estabelecimento médico especializado capaz de fornecer medicamentos antituberculosos apropriados. Considerou-se que, sempre que a condição de um recluso esteja crítica, pode haver uma obrigação direta, nos termos da Convenção, de se recorrer a uma estrutura médica especializada caso não haja, no setor penitenciário, uma assistência médica comparável⁴⁶³. Acima de tudo, a Corte indicou, preliminarmente, que, segundo o Artigo 46 da Convenção, o Estado era obrigado a admitir um paciente em uma estrutura especializada onde ele permaneceria sob constante supervisão médica e receberia serviços de saúde correspondentes às suas necessidades⁴⁶⁴, a fornecer cobertura médica gratuita e completa durante a vida do requerente⁴⁶⁵ e a tomar as medidas necessárias durante a urgência para garantir condições de detenção apropriadas e adequadas tratamento de saúde para os presidiários, como o requerente, que precisam de tratamento especial para o seu estado de saúde⁴⁶⁶.

34. Além disso, a Corte considerou que as autoridades estatais devem responder pelo tratamento das pessoas privadas de liberdade. A piora aguda do estado de saúde de uma pessoa nas estruturas carcerárias inevitavelmente levanta dúvidas sobre a adequação do tratamento médico dentro deles⁴⁶⁷. Então, “onde um presidiário morre devido a um problema de saúde, o Estado deve fornecer

460 *Grishin v. Rússia*, n. 30983/02, § 76, 15 de novembro de 2007.

461 *Makharadze e Sikharulidze v. Geórgia*, n. 35254/07, § 80, 22 de novembro de 2011; *Pitalev v. Rússia*, n. 34393/03, § 57, 30 de julho de 2009; e *Mirilashvili*, citado acima.

462 *Makharadze e Sikharulidze*, cit., § 90.

463 *Aleksanyan v. Rússia*, n. 468/06, §§ 155-157, 22 de dezembro de 2008, e *Akhmetov v. Rússia*, n. 37463/04, § 81, 1 de abril de 2010.

464 *Amirov v. Rússia*, n. 51857/13, § 118, 27 de novembro de 2014.

465 *Oyal v. Turquia*, n. 4864/05, 23 de março de 2010.

466 *Dybeku v. Albânia*, n. 41153/06, § 64, 18 de dezembro de 2007.

467 *Farbuhs v. Letônia*, n. 4672/02, § 57, 2 de dezembro de 2004, e *Khudobin*, citado acima, § 84.

uma explicação quanto à causa da morte e o tratamento dado à pessoa afetada antes de sua morte⁴⁶⁸. Se o prontuário médico do requerente não contiver nenhum registro, o Governo não terá satisfeito seu ônus da prova quanto à disponibilidade de supervisão médica adequada e tratamento de saúde para o requerente na prisão⁴⁶⁹.

35. No entanto, a Corte considerou que “Artigo 3º não pode ser interpretado no sentido de satisfazer todos os desejos e preferências do presidiário para o tratamento médico”⁴⁷⁰. Nesse sentido, o Estado não poderia ser responsabilizado por atrasos causados pela recusa do requerente a se submeter a exames médicos ou a aceitar tratamentos, quando as provas à disposição da Corte demonstrarem que foi disponibilizada assistência médica qualificada para o requerente, mas ele ou ela voluntariamente recusou⁴⁷¹.

36. Finalmente, o Artigo 3º da Convenção não pode ser construído como contendo a obrigação geral de libertar os presidiários por razões de saúde. Em vez disso, a compatibilidade do estado de saúde de um presidiário com a sua própria detenção contínua, mesmo se ele ou ela estiver gravemente doente, diz respeito à capacidade do Estado de fornecer os tratamentos necessários com a qualidade exigida na prisão⁴⁷². Quando a autoridade penitenciária é capaz de lidar com os problemas de saúde do recluso tratando-o em hospitais penitenciários e fornecendo supervisão médica regular e sistemática, o problema de liberação é supérfluo⁴⁷³. Este não foi o caso presente em *Kats e outros*⁴⁷⁴, onde as autoridades penitenciárias negaram tratamento “mínimo” a um recluso acometido de várias doenças crônicas e também atrasaram a libertação do presidiário.

37. As autoridades estatais que decidem deter pessoas com deficiência devem demonstrar uma atenção especial à garantia de condições que levem em consideração as necessidades especiais decorrentes da deficiência do presidiário⁴⁷⁵. O mesmo é verdade para pessoas involuntariamente colocadas em instituições psiquiátricas. No caso de pacientes com doenças mentais, é necessário levar em consideração especialmente sua vulnerabilidade⁴⁷⁶. Por exemplo, em *Stawomir-*

468 *Kats e outros v. Ucrânia*, n. 29971/04, § 104, 18 de dezembro de 2008.

469 *Malenko v. Ucrânia*, n. 18660/03, §§ 55-58, 19 de fevereiro de 2009; *Ashot Harutyunyan c. Armênia*, n. 34334/04, § 112, 15 de junho de 2010; *Inakli Mindadze v. Geórgia*, n. 17012/09, § 47, 11 de dezembro de 2012; e, inversamente, *Goginashvili*, citado acima, § 72.

470 *Mathew v. Holanda*, n. 24919/03, § 186, ECHR 2005-IX.

471 *Kryazev v. Rússia*, n. 25948/05, § 103, 8 de novembro de 2007.

472 *Rozbkov v. Rússia*, n. 64140/00, § 104, 19 de julho de 2007.

473 Combinar com *Sarban v. Moldávia*, n. 3456/05, § 79, 4 de outubro de 2005, e *Popov*, citado acima, § 211.

474 *Kats e outros*, cit. § 104.

475 *Jasinskis*, citado acima, § 59; *Preço v. Reino Unido*, n. 33394/96, § 30, ECHR 2001-VII; *Farbtuh*, citado acima, § 56; e as fontes de direito internacional citadas nos §§ 39 a 41.

476 Cf. *mutatis mutandis*, *Keenan v. Reino Unido*, n. 27229/95, § 111, ECHR 2001-III; *Rivière v. França*, n. 33834/03, § 63, 11 de julho de 2006; *Resources on behalf of Valentin Câmpeanu*, citado acima, § 131.

Musiał, a Corte entendeu que “o fracasso das autoridades em tratar o paciente... em um hospital psiquiátrico adequado ou em uma estrutura penitenciária com uma enfermaria psiquiátrica especializada o expôs a um possível risco para a saúde”⁴⁷⁷.

38. Observando os importantes paralelismos entre as pessoas sob custódia e os alistados durante o serviço militar obrigatório, a Corte considerou que também os alistados estão inteiramente nas mãos do Estado e as Partes Contratantes têm o ônus da prova de uma explicação plausível para qualquer lesão ou morte que possa ocorrer nas Forças Armadas⁴⁷⁸ e demonstrar que não cumpriram sua obrigação positiva de fornecer prontamente tratamento médico adequado ao alistado para seus problemas de saúde⁴⁷⁹. Em *Metin Gültekin e outros*⁴⁸⁰, a Corte concluiu que o Governo reclamado não se desincumbiu do seu ônus da prova. Do momento em que às autoridades militares, foram dadas amplas indicações de que o militar poderia ter tido hepatite, elas sabiam ou deveriam saber dos riscos para a vida dele. Quando as condições do soldado pioraram, seus sintomas se tornaram impossíveis de ignorar ou entender mal e um médico militar da enfermaria do batalhão o transferiu para o hospital por suspeita de hepatite. Apesar disso, a decisão não foi implementada até o dia seguinte. Foi constatada uma violação do Artigo 2º em relação à falha do Governo no cumprimento de sua obrigação positiva de proteger o direito à vida de Toğay Gültekin.

2. Crianças e pessoas com deficiência (§§ 39-41)

39. De acordo com a decisão proferida no caso *İlbeyi Kemaloğlu e Meriye Kema-loğlu*⁴⁸¹, os professores são responsáveis por proteger a saúde e o bem-estar dos alunos, especificamente crianças pequenas que são particularmente vulneráveis e sob seu controle exclusivo. Por isso, o Estado foi considerado responsável pela morte de um menino de sete anos que ele tentava ir para casa sozinho após sair mais cedo da escola devido a más condições climáticas. Esta obrigação deixa de ser vinculativa quando a conduta da criança é excessivamente imprudente, como no caso de *Ilya Petrov*⁴⁸². Apesar da conduta aventureira da menina que brincava com o transformador elétrico, a Corte repreendeu o Estado por não ter desenvolvido um sistema para monitorar a correta aplicação das regras de segurança nas operações de uma subcentral elétrica em uma área de recreação

477 *Slawomir Musiał*, citado acima, § 96.

478 *Beker v. Turquia*, n. 27866/03, §§ 41-43, 24 de março de 2009.

479 *Metin Gültekin e outros v. Turquia*, n. 17081/06, § 48, 6 de outubro de 2015.

480 *Ibid.*

481 *İlbeyi Kemaloğlu e Meriye Kemaloğlu v. Turquia*, n. 19986/06, § 35, 10 de abril de 2012.

482 *Ilya Petrov v. Bulgária*, n. 19202/03, §§ 62 e 63, 24 de abril de 2012.

infantil, nas proximidades de uma área residencial, que causou a eletrocussão da criança⁴⁸³. Em *Oruk*⁴⁸⁴, a Corte destacou a especial vulnerabilidade das seis crianças mortas pela explosão de munições perto de um campo de tiro militar, que elas confundiram com brinquedos inofensivos. Como resultado, a Corte constatou uma violação substancial do Artigo 2º da Convenção, uma vez que não havia sido adotada nenhuma medida para proteger os residentes e especialmente as crianças que moravam perto do campo de tiro do risco efetivo causado por munições não detonadas, das quais as autoridades militares tinham “conhecimento preciso”⁴⁸⁵.

40. Em *Cevrioglu*⁴⁸⁶, o filho de dez anos do requerente morreu caindo em um grande buraco cheio d’água fora de um prédio privado em construção em uma área residencial. Não obstante a ausência de risco iminente, o Estado demandado em tal contexto tinha uma responsabilidade mais rigorosa em relação aos membros de sua comunidade que tiveram que conviver com os reais riscos causados pelas obras nas portas de suas casas. A Corte reiterou que sua tarefa não era estabelecer responsabilidade individual, mas, sobretudo, p determinar se o Estado satisfaz sua obrigação de proteger o direito à vida por meio da adoção e da implementação adequada do quadro normativo, incluindo um mecanismo de inspeção. Em *Nencheva e outros*⁴⁸⁷, a Corte levou em consideração o fato de que a morte de algumas crianças em um lar adotivo não foi um evento inesperado, uma vez que as autoridades já haviam sido informadas das péssimas condições de vida no lar, bem como o aumento da taxa de mortalidade nos meses anteriores àquela época. Em *Câmpeanu*⁴⁸⁸, da mesma forma, a resposta das autoridades estatis à difícil situação do Hospital Neuropsiquiátrico Poiana Mare (PMH) na época dos fatos foi considerada inadequada, tendo em vista que as autoridades estavam plenamente cientes da falta de aquecimento e alimentação adequada, assim como da carência de materiais e recursos médicos, inclusive medicamentos, que levou ao aumento das mortes no inverno de 2003. Decidindo colocar o Sr. Câmpeanu no PMH, apesar das suas múltiplas deficiências e de um estado já acentuado de vulnerabilidade, as autoridades nacionais colocaram desarrazadamente sua vida em perigo. O fracasso contínuo da equipe médica na prestação de assistência e cuidados adequados ao Sr. Câmpeanu tinha sido um outro fator decisivo para determinar sua morte precoce. Não atendendo o requisito do *standard* de proteção da vida do Sr. Câmpeanu, o Estado violou a parte substancial do Artigo 2º.

483 Mas, diversamente, *Fedina v. Ucrânia*, n. 17185/02, § 54, 2 de setembro de 2010.

484 *Oruk v. Turquia*, n. 33647/04, § 64, 4 de fevereiro de 2014.

485 *Ibid.*, § 65 (“*connaissance précise des risques réels*”).

486 *Cevrioglu v. Turquia*, n. 69546/12, 4 de outubro de 2016.

487 *Nencheva e outros v. Bulgária*, n. 48609/06, 18 de junho de 2013.

488 *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu*, cit.

41. Os exemplos anteriores evidenciam a orientação incerta da Corte sobre o Artigo 2º. Enquanto em alguns casos a Corte exige a existência de um nexo de causalidade e de subjetividade entre a ação ou omissão dos agentes do Estado e o dano causado, em outras decisões, a Corte não requer tal nexo. Em alguns casos, a Corte adotou uma visão mais ampla e abstrata responsabilidade do Estado e se concentrou principalmente nas regras de segurança geral e nas obrigações.

3. *Migrantes (§§ 42-43)*

42. As necessidades de assistência sanitária foram invocadas como um escudo contra a expatriação ou expulsão de migrantes, mas a Corte foi raramente compreensiva em relação às demandas⁴⁸⁹. Em casos extremos, a Corte admitiu que esses casos poderiam dizer respeito ao Artigo 3º da Convenção.⁴⁹⁰

43. A Corte, infelizmente, estabeleceu um padrão muito rigoroso em *N. c. Reino Unido*⁴⁹¹, um caso que envolvia a repatriação para Uganda de uma paciente com HIV, onde tinha acesso a cuidados médicos. Neste caso, a Corte considerou que a expulsão da requerente não acarretava uma violação do Artigo 3º. O motivo era suficientemente claro: estabelecer uma obrigação aos Estados de fornecer assistência médica a estrangeiros sem uma autorização de residência representaria um encargo financeiro muito elevado e favoreceria uma Europa como a ilha dos doentes do mundo. Noutras palavras, a Corte foi movida pela preocupação de não abrir as portas para a imigração médica. O mesmo subpadrão de proteção guiou a Corte em *Bensaid*⁴⁹² a sustentar que a expulsão de uma pessoa acometida de esquizofrenia não encetava a violação do Artigo 3º nem do Artigo 8º, malgrado o possível risco de piora devido à falta de assistência adequada no país de destino.

B. *O direito emergente da população em geral (§§ 44-53)*

1. *Incidentes sanitários no ambiente externo (§§ 44-46)*

44. As violações do direito ao respeito à moradia não se limitam a violações físicas ou concretas, como a entrada não autorizada na casa de uma pessoa, mas também inclui aqueles que não são concretos ou físicos, como o ruído, as emis-

489 *Arcila Henao v. Holanda* (dez.), n. 13669/03, 24 de junho de 2003; *Karagoz v. França* (dec.), n. 47531/99, 15 de novembro de 2001; *Ndangoya v. Suécia* (dez.), n. 17868/03, 22 de junho de 2004; e *Salkic e outros v. Suécia* (dez.), n. 7702/04, 29 de junho de 2004.

490 *D. v. Reino Unido*, 2 de maio de 1997, Reports 1997-III.

491 *N. v. Reino Unido* [GC], n. 26565/05, ECHR 2008. Ver o meu voto separado sobre este caso na jurisprudência, juntamente com *SJ v. Bélgica* [GC], n. 70055/10, 19 de março de 2015.

492 *Bensaid v. Reino Unido*, n. 44599/98, Reports 2001-1.

sões, os odores e outras formas de interferência⁴⁹³. No caso de *López Ostra*⁴⁹⁴, que diz respeito à poluição causada por ruído e odores provocados por uma estação de tratamento de resíduos, a Corte sustentou que “a poluição ambiental severa pode afetar o bem-estar dos indivíduos e impedi-los de desfrutar de suas próprias casas de forma a afetar negativamente sua vida privada e familiar, sem, entretanto, colocar seriamente em risco sua saúde”. Esta linha foi conseqüentemente seguida em *Guerra e outros*⁴⁹⁵, onde a Corte observou que “o efeito direto das emissões tóxicas sobre o direito ao respeito da vida privada e familiar dos requerentes significa que o Artigo 8º é aplicável”. Em *Tătar*⁴⁹⁶, os requerentes - um pai e seu filho - argumentaram que os sintomas da asma pioraram devido à exposição ao cianeto de sódio proveniente de uma mina de ouro que ficava perto de sua casa. Não obstante os requerentes não tenham conseguido provar o nexo de causalidade entre a exposição ao cianeto de sódio e a asma de seu filho, a Corte considerou que as autoridades nacionais falharam na avaliação dos riscos associados às atividades da empresa e na tomada das medidas necessárias para proteger o direito das pessoas a um ambiente seguro e saudável. Em *Öneryıldız*⁴⁹⁷, o Plenário consolidou a jurisprudência anterior, concluindo que a obrigação positiva de tomar todas as medidas adequadas para salvaguardar a vida para os fins do Artigo 2º se aplicava às atividades perigosas, que deveriam ser disciplinadas por normas relativas à concessão de licenciamento, ao estabelecimento, ao funcionamento, à segurança e à supervisão da atividade. Nesse caso, a falta de normas de segurança quanto aos riscos imediatos e conhecidos causados por resíduos domésticos resultaram em uma explosão fatal. Além disso, a Corte elaborou uma escolha adequada de política geral na situação examinada⁴⁹⁸. Finalmente, a Corte reconheceu que, no contexto de atividades perigosas, o escopo das obrigações positivas nos termos do Artigo 2º se sobrepôs em grande parte àqueles referidos no Artigo 8º⁴⁹⁹. Conseqüentemente, os princípios desenvolvidos na jurisprudência da Corte em relação às matérias de planejamentos ambientais que afetam a privacidade, a casa e a saúde podem ser invocados para a proteção do direito à vida.

45. Após ter lidado com casos de atividades humanas perigosas⁵⁰⁰, a Corte passou a examinar os riscos naturais. A decisão sobre o caso *Budayeva e outros*⁵⁰¹

493 *Hatton e outros v. Reino Unido* [GC], n. 36022/97, § 96, ECHR 2003-VIII.

494 *López Ostra v. Espanha*, 9 de dezembro de 1994, § 51, Série A n. 303-C.

495 *Guerra e outros v. Itália*, 19 de fevereiro de 1998, § 57, Reports 1998-I.

496 *Tătar v. Romênia*, n. 67021/01, 27 de janeiro de 2009.

497 *Öneryıldız v. Turquia* [GC], n. 48939/99, § 93, ECHR 2004-XII.

498 *Ibid.*, § 107.

499 *Ibid.*, §§ 90 e 160. Vide, também, *Giacomelli v. Itália*, n. 59909/00, ECHR 2006-XII.

500 Cf., também, *Flamenbaum e outros v. França*, n. 3675/04 e 23264/04, 13 de dezembro de 2012; *Deés v. Hungria*, n. 2345/06, 9 de novembro de 2010; *Grimovskaya v. Ucrânia*, n. 38182/03, 21 de julho de 2011; e *Bor v. Ungheria*, n. 50474/08, 18 de junho de 2013.

501 *Budayeva e outros v. Rússia*, n. 15339/02 e 4 outros, § 146, ECHR 2008 (excertos).

é um divisor de águas na jurisprudência da Corte. No primeiro caso deste tipo, a Corte foi provocada a decidir sobre um deslizamento de terra que matou oito pessoas, inclusive o marido da primeira requerente, e a ausência de ação do Estado em face de um perigo natural iminente que tinha sido claramente identificável e relacionado a uma calamidade recorrente que afeta uma área desenvolvida para habitação ou uso humano. A Corte concluiu que havia um nexo de causalidade entre as deficiências administrativas graves, que dificultaram a implementação de políticas de planejamento territorial e de emergência, e a morte de Vladimir Budayev e as lesões sofridas pelo primeiro e segundo requerentes e seus familiares. De forma similar, em *Kolyadenko e outros*⁵⁰², os requerentes reclamaram que as autoridades colocaram suas vidas em perigo ao liberar uma grande quantidade de água, sem qualquer aviso prévio, da bacia de Pionerskoye em um rio que por anos as autoridades não foram capazes de manter em bom estado de conservação, causando uma inundação repentina na área ao redor da bacia, onde os recorren-tes viviam. A Corte sustentou que as autoridades não cumpriram os requisitos técnicos e de segurança e, portanto, os riscos potenciais, inclusive o risco para a vida humana, sem êxito na adoção de atos normativos e regulamentares, e permitindo o desenvolvimento urbano na área abaixo da barragem *Pionerskoye*. Uma vez que se poderia razoavelmente esperar que as autoridades estavam cientes do maior risco de consequências em caso de inundação, a Corte decidiu a favor dos requerentes. Em *Georgele Georgeta Stoicescu*⁵⁰³, a Corte fez uma crítica direta à escassez de medidas gerais e preventivas para proteger a saúde pública dos cães abandonados nas ruas de Bucareste, independentemente do fato de as autoridades estarem cientes de um risco real, imediato e individual para o requerente.

46. Como estes exemplos anteriores sugerem, a Corte pretendeu constatar violações dos artigos 2º e 8º da Convenção quando a ação ou a omissão de uma autoridade criou ou permitiu a criação de um ambiente inseguro que, consequentemente, causou danos à vida de um indivíduo ou à sua saúde, e mesmo quando não estabelecido o nexo causal. A situação objetiva de risco à vida ou à saúde poderia ser iminente ou não. O requisito da Corte em relação ao conhecimento do perigo pela autoridade varia consideravelmente, indo desde o conhecimento direto do risco até a real suposição do conhecimento em si.

2. Acidentes de trabalho (§§ 47-48)

47. A Corte considerou que as Partes Contratantes têm uma obrigação de diligência em garantir que a saúde dos indivíduos não seja colocada em risco

502 *Kolyadenko e outros v. Rússia*, n. 17423/05 e 5 outros, 28 de fevereiro de 2012.

503 *Georgele e Georgeta Stoicescu v. Romênia*, n. 9718/03, 26 de julho de 2011.

pelo Estado durante seu trabalho. Foi então sustentado que o Estado possui uma obrigação positiva de salvaguardar a vida e a saúde dos seus cidadãos, e também para fornecer-lhes informações adequadas e alertá-los sobre os riscos associados para o seu trabalho. O Tribunal, no entanto, não conseguiu chegar a uma abordagem consistente com a causalidade e a conexão subjetiva entre a conduta das autoridades e danos à vida ou à saúde, às vezes avaliando ambos os requisitos, ou pelo menos um deles, ou às vezes nenhum. Em *L.C.B.*⁵⁰⁴, onde o próprio demandante está sofrendo de leucemia provavelmente devido à exposição de seu pai à radiação prejudicial enquanto ele estava estacionado como um soldado na Ilha de Natal o Tribunal considerou, em princípio, que os Estados têm uma obrigação não apenas de se abster de tirar vidas intencionalmente, mas também de tomar todas as medidas adequadas para salvaguardar a vida daqueles que estão sob sua jurisdição. No entanto, o Tribunal rejeitou o mérito nos fatos do caso a existência de qualquer nexo causal entre as possíveis radiações do pai e da doença do requerente. Na *Roche*⁵⁰⁵, o Tribunal deu um passo adiante e impôs ao Estado demandado a obrigação de fornecer todas as informações úteis para permitir que o recorrente avalie os riscos de saúde associados ao seu trabalho. Uma vez que o estado respondente não havia estabelecido um mecanismo que teria permitido ao requerente avaliar os riscos causados por sua exposição ao gás mostarda e gás nervoso durante os testes realizados nele na década de 1960, enquanto servia ao exército britânico, o Tribunal considerou uma violação do Artigo 8. Em *Binişan*⁵⁰⁶, o recorrente queixou-se de que seu acidente ocorreu devido à falha da Companhia Ferroviária do Estado na adoção de medidas que garantam condições seguras de trabalho. O Tribunal concluiu, após avaliação das provas disponíveis, que “as autoridades nacionais não mostraram a devida diligência na proteção da vida do candidato”⁵⁰⁷. Em *Brincat et al.*⁵⁰⁸, o tribunal criticou a falta de padrões e outras medidas práticas (além da distribuição de máscaras) para evitar o risco representado pela exposição ao amianto, mesmo que os certificados médicos produzidos pelos requerentes não estabeleceram uma relação causal direta entre os danos à saúde e o fato de trabalharem na indústria da construção e reparação naval. No entanto, o Tribunal considerou conforme estabelecido, com base em suas avaliações e evidências científicas disponíveis, que o governo maltês sabia ou deveria saber dos riscos resultantes da exposição ao amianto pelo menos a partir do início dos anos setenta e que não foram realizados testes nas oficinas (ou em qualquer outro local) onde os candidatos, como os demais funcionários, foram expostos ao

504 *L.C.B. c. Regno Unito*, citada anteriormente, § 36, e *Keenan*, supramencionada, § 89.

505 *Roche c. Regno Unito* [GC], n. 32555/96, ECHR 2005-X.

506 *Binişan c. Romania*, n. 39438/05, 20 maio 2014.

507 *Ibid.*, § 90.

508 *Brincat e altri c. Malta*, n. 60908/11 e outros 4, 24 julho 2014.

amianto. Em outras palavras, o Tribunal julgou a existência de causalidade com base nas evidências do suposto conhecimento do governo sobre o perigo.

48. No entanto, o Artigo 2 da Convenção não pode ser interpretado como garantia para cada indivíduo de um nível absoluto de segurança em cada atividade em que o direito à vida pode estar em risco, em particular quando a pessoa em questão assume alguma responsabilidade relativa ao acidente ter-se exposto a um risco injustificado⁵⁰⁹. Portanto, o comportamento negligente das vítimas é um fator importante na avaliação do Tribunal da responsabilidade do Estado, especialmente quando a vítima assumiu um risco óbvio que uma pessoa normal deveria reconhecer e evitar. Por exemplo, em *Prilutskiy c. Ucrânia*⁵¹⁰, o Tribunal rejeitou uma interpretação “paternalista” da obrigação positiva do Estado decorrente de atividades perigosas, invocando a noção de autonomia pessoal. O filho do candidato participou de uma corrida privada organizada, durante a qual ele morreu. Já que o dano resultante de tal corrida não era diferente dos danos causados pelo tráfego rodoviário, não foi reivindicado nenhuma regulamentação regulatória. O tribunal concluiu que naquele caso, portanto, não houve violação do Artigo 2. Pelo contrário, em *Kalender c. Turquia*⁵¹¹ a conduta negligente das vítimas, que haviam sido atropeladas por um trem, não foi considerada um “fator decisivo” à vista das várias deficiências graves no cumprimento das regras de segurança por parte das autoridades estatais.

3. Acidentes sanitários em hospitais ou unidades de saúde (§§ 49-53)

49. Embora o Tribunal tenha, em alguns casos, estabelecido a obrigação de devida diligência dos Estados em relação aos acidentes de saúde em hospitais, reteria-se principalmente à parte processual do Artigo 2 da Convenção e raramente se desviou do que foi encontrado nos tribunais nacionais e por especialistas. Em *Erikson*⁵¹², o tribunal considerou que o Artigo 2 incluiu a exigência de “hospitais terem padrões de proteção da vida de seus pacientes e também a obrigação de estabelecer um sistema judicial eficiente em estabelecer a causa de uma morte ocorrida no hospital e qualquer responsabilidade por parte dos profissionais de saúde

509 *Bone c. Francia* (dec.), n. 69869/01, 1o março 2005; *Kalender c. Turquia*, n. 4314/02, § 49, 15 dezembro 2009; *Fedina*, supramencionada § 65; e *Gökdemir c. Turquia* (dec.), n. 66309/09, 19 maio 2015.

510 *Prilutskiy c. Ucrânia*, n. 40429/08, §§ 32-35, 26 fevereiro 2015. O Tribunal é muito relutante em criticar os Estados nos termos do Artigo 2 no caso de vítimas de acidentes esportivos (*Furdik c. Eslováquia* (dec.), n. 42994/05, 2 dezembro 2008; *Molie c. România* (dec.), n. 13754/02, 1 de setembro de 2009; *Vrábel c. Eslováquia* (dec.), n. 77928/01, 19 de janeiro de 2010; *Kocesi c. l'ex Repubblica di Macedonia* (dec.), n. 41107/07, 22 de outubro de 2013; e *Cavit Tınarhoğlu c. Turquia*, n. 3648/04, §§ 104-106, 2 de fevereiro de 2016), de acidentes marítimos (*Leray e altri c. França* (dec.), n. 44617/98, 16 de janeiro de 2001 ou ferroviários (*Bone*, citada anteriormente), ou de acidentes rodoviários.

511 *Kalender*, citada anteriormente §§ 41 e 47.

512 *Erikson c. Itália* (dec.), n. 37900/97, 26 outubro 1999.

envolvidos”⁵¹³. Enquanto *Calvelli e Ciglio* se referiam aos erros dos médicos, em *Dodov* a conduta negligente que colocou em risco a vida da Sra. Stoyanova aparentemente tinha sido cometida por um assistente médico. O tribunal afirmou que a obrigação de regular as atividades das unidades de saúde pública e prever soluções em caso de negligência também deve abranger tal pessoal, cujos atos também podem colocar em perigo a vida de pacientes em risco⁵¹⁴. Em qualquer caso, se um Estado Contratante tiver previsto medidas inadequadas para garantir que esses requisitos fossem cumpridos, questões como um erro de julgamento por uma coordenação entre profissionais de saúde ou negligência profissional são insuficientes em si mesmos para mostrar que um Estado violou o Artigo 2 da Convenção⁵¹⁵. Esses princípios também se aplicam a lesões graves que entram no âmbito de aplicação do Artigo 8⁵¹⁶.

50. Muitos candidatos sugeriram que de acordo com o Artigo 2 ou o Artigo 8 da Convenção o Estado deveria pagar uma forma particular de tratamento ou tipo de medicamentos porque eles não podem pagar tais custos. Tais reclamações até agora encontraram indiscriminadamente oposição no Tribunal. Em *Nitecki*⁵¹⁷, o Tribunal não criticou o Estado demandado por não ter pago o preço total de um medicamento que salva vidas, mas apenas 70% do seu custo, apesar de a recorrente não ter suportado os 30% restantes e conseqüentemente não conseguir seguir com o tratamento médico prescrito; a sua condição médica grave (esclerose lateral amiotrófica) e sua deficiência foi avaliada no mais alto grau. Em *Sentges*⁵¹⁸, um grande número de pessoas com deficiência com distrofia muscular de Duchenne, uma doença que leva à deterioração progressiva dos músculos, perda da capacidade de trabalhar e possivelmente perda da função pulmonar e cardíaca, um braço robótico foi negado pelo seguro médico porque não era coberto por nenhum sistema de seguro social. Apesar de ter encontrado o nexo de causalidade, o Tribunal rejeitou a reclamação sobre o Artigo 8 com base em uma margem de apreciação que deve ser concedida aos estados no contexto da distribuição de recursos estaduais limitados e o precedente que uma decisão neste caso pode ter criado para todas as Partes Contratantes da Convenção. O Tribunal observou que o recorrente teve acesso a cuidados básicos de saúde e que todos os aspectos além dos acima mencionados e além do padrão básico estava dentro da margem de apreciação do Estado. Em *Pentiacova e 48 outros*⁵¹⁹, o tribunal rejeitou o caso

513 A jurisprudência Erikson foi confirmada pela primeira vez pelo *Powell c. Regno Unito* (dec.), n. 45305/99, ECHR 2000-V, e sucessivamente *Calvelli e Ciglio c. Italia* [GC], n. 32967/96, § 48, ECHR 2002-1.

514 *Dodov c. Bulgaria*, n. 59548/00, §§ 70, 79-83 e 87, 17 janeiro 2008.

515 Ver, em particular, *Calvelli e Ciglio*, citada anteriormente, § 49, e *Powell*, citada anteriormente.

516 *Spyra e Kranczkowski c. Polonia*, n. 19764/07, § 82, 25 de setembro de 2012.

517 *Nitecki c. Polonia* (dec.), n. 65653/01, 21 de março de 2002.

518 *Sentges c. Paesi Bassi* (dec.), n. 27677/02, 8 de julho de 2003.

519 *Pentiacova e 48 altri c. Moldova* (dec.), n. 14462/03, 4 de janeiro de 2005.

dos numerosos candidatos deficientes que sofrem de disfunção renal crônica que não podiam pagar por muita hemodiálise e não lhes tinha sido providenciadas as medidas necessárias a expensas do Estado devido às condições orçamentais, porque eles não tinham produzido nenhuma prova de que suas vidas tinham sido postas em risco, independentemente do fato de que um dos demandantes, entretanto, tivesse morrido desta doença. Em *Gheorghe*⁵²⁰, o candidato sofria de hemofilia e só poderia receber um coagulante especial, Fator VIII, gratuito em caso de episódio de sangramento e em um hospital. Embora o Tribunal estivesse ciente da gravidade e irreversível estado de saúde do requerente e “criticara” a ausência de tratamento constante de saúde, decidida a favor do Estado requerente, a partir do momento que o requerente teve acesso ao mesmo tratamento que o Governo forneceu a outros em circunstâncias semelhantes. Finalmente, em *Hristozov e outros*⁵²¹, os candidatos sofriam de vários tipos de câncer terminal reclamaram que, uma vez que os tratamentos convencionais não funcionaram em seus casos, a lei nacional tinha que dar a eles o direito de ter acesso a um produto experimental, mas não testado, que seria fornecido gratuitamente pela empresa que o estava desenvolvendo. O tribunal garantiu uma ampla margem de apreciação aos Estados Contratantes, argumentando como cada um poderia lidar de forma diferente com as condições e métodos de acesso a medicamentos não autorizados. Uma exceção louvável a esta tendência é *Oyal c. Turquia*⁵²², que reconheceu o direito de acesso a medicamentos vitais e contínuos durante toda sua vida para um paciente HIV positivo, como o “remédio mais apropriado em tais circunstâncias”.

51. Além disso, em *Chipre c. Turquia*⁵²³, o tribunal considerou que um problema com base no Artigo 2 poderia surgir quando as autoridades de um estado Contraente colocarem a vida de um indivíduo em risco ao negar cuidados de saúde que se comprometem a disponibilizar para população geral. A negação de atendimento médico urgente também foi o objeto de *Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk*⁵²⁴, em que os médicos causaram a morte da paciente ao transferi-la sem tratamento e violaram seus deveres no que diz respeito ao pagamento de tributos sobre tratamentos médicos. O tribunal considerou a decisão do paciente recusar tratamento médico de emergência, que estava subordinado a uma obrigação pecuniária, em nenhum caso pode ser considerado como ocorreu na forma informada ou de forma que abone as autoridades nacionais de sua responsabilidade no que diz respeito ao tratamento dever ser fornecido. O tribunal concluiu que

520 *Gheorghe c. Romania* (dec.), n. 19215/04, 22 de setembro de 2005.

521 *Hristozov e altri c. Bulgaria*, n. 47039/11 e 358/12, ECHR 2012 (extratos).

522 *Oyal*, citada anteriormente.

523 *Cipro c. Turchia* [CG], n. 25781/94, ECHR 2001-IV.

524 *Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk c. Turchia*, n. 13423/09, ECHR 2013.

a equipe médica foi colocada “perfeitamente ciente” do risco para a saúde do paciente que consistia em transferi-la para outro hospital. Além disso, a legislação nacional não tinha medidas para remediar a falha neste caso para fornecer o tratamento médico exigido pelas condições médicas do paciente falecido.

52. Em *Asiye Genç c. Turquia*⁵²⁵, o Tribunal veio avaliar a política de saúde geral do Estado demandado censurando a quantidade e as condições insatisfatórias dos departamentos de neonatologia intensiva e, em particular das incubadoras, nos hospitais da região, que demonstraram como “o Estado não havia se comprometido o suficiente para garantir um contínuo e adequado funcionamento do serviço público de saúde e, de forma mais geral de seu sistema de proteção à saúde, e que a escassez de vagas não era ligada apenas a uma escassez de vagas causada pela chegada repentina do pacientes “. O Tribunal concluiu, portanto, que, devido à escassez de acesso a incubadoras em funcionamento, um bebê prematuro com risco de vida tinha feito várias viagens de ida e volta desnecessárias na ambulância à espera de qualquer tratamento ou exame apropriado e, em última análise, foi privado do acesso a qualquer tratamento de emergência. Em outras palavras, o tribunal considerou ser esta situação “análoga à proibição da assistência médica por colocar em perigo a vida de uma pessoa”⁵²⁶, aceitando que o Artigo 2 parte de pressupostos, como a disponibilidade de ferramentas específicas de neonatologia intensiva, neste caso as incubadoras.

53. Em *Aydoğdu*⁵²⁷, o Tribunal fez uma analogia entre as circunstâncias da estadia da criança no Hospital Ataturk e as circunstâncias em que a vida de uma pessoa é posta em risco pelos atos criminosos de outro⁵²⁸, referindo-se ao teste de Osman⁵²⁹. Além da negligência e falta de coordenação dos médicos em serviço, o Tribunal constatou a existência de deficiências estruturais, ou seja, a falta crônica e conhecida de serviços neonatais adequados e recursos técnicos, e a existência de um nexo causal entre essas deficiências e a morte da criança. Adaptando a linguagem do teste de Osman ao caso, o tribunal decidiu que era necessário determinar se as autoridades nacionais fizeram tudo o que era racionalmente esperado deles para proteger a vida da criança de um risco “real” (“*menacée de manière réelle*”) da qual o Governo não poderia ignorar⁵³⁰, e não provar que a criança envolvida não morreria se o atendimento médico tivesse sido fornecido⁵³¹. Com base na

525 *Asiye Genç c. Turquia*, n. 24109/07, 27 de janeiro de 2015.

526 *Ibid.*, § 82. Portanto, o ponto 181 da presente sentença não é correto, enquanto o Tribunal nunca disse que “houve uma rejeição”.

527 *Aydoğdu c. Turquia*, n. 40448/06, 30 de agosto de 2016.

528 *Aydoğdu*, citada anteriormente, § 87.

529 *Osman c. Reino Unido*, 28 de outubro de 1998, § 115, Reports 1998-VIII.

530 *Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk*, citadas anteriormente, § 89; *Asiye Genç*, citada anteriormente, § 75; e *Aydoğdu*, citada anteriormente, § 77. Note-se que estes casos estendem a noção de risco à vida compreendendo o risco à integridade física.

531 *Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk*, citadas anteriormente, § 96, e *Aydoğdu*, citada anteriormente, § 83.

orientação indicada, *mutatis mutandis*, por *Nencheva e outros* (citado acima, § 108), o Tribunal então decidiu que o Governo não tinha demonstrado que tomar medidas para evitar tal risco teria representado um fardo excessivo ou insustentável a respeito às escolhas operacionais a serem feitas em termos de propriedade e recursos, atribuindo-se portanto, um poder de revisão das medidas econômicas e gerenciais. De uma forma linguisticamente tortuosa, o tribunal concluiu que o efeito combinado da conduta negligente dos médicos responsáveis com as deficiências sistêmicas levaram à exclusão do paciente do acesso ao atendimento de urgência “adequado” (“*soins urgents adéquats*”), situação que foi semelhante (“*ce qui s’apparente*”) à negação de tratamento capaz de colocar em risco a vida da criança⁵³². Ao fazê-lo, o Tribunal assimilou, em direito, conduta negligente (tratamento inadequado) e negação de tratamento. Finalmente, no processo *Elena Cojocar*, a Corte concluiu que a falta de coordenação de serviços médicos e demora na gestão do tratamento emergência “apropriado” atestou disfuncionalidade dos serviços hospitalares público, embora nenhuma deficiência real sistêmica ou estrutural tenha sido identificadas⁵³³. A grave violação da *legis artis* pelo profissional, que causou a morte da filha recém-nascida e da neta dos requerentes, baseou-se na responsabilidade do Estado respondente pelo direito internacional.

C. Conclusão preliminar (§§ 54-59)

54. Em sua jurisprudência, o Tribunal estabelece normas de saúde muito diferentes para diferentes grupos de pessoas. Os prisioneiros e os soldados têm um status privilegiado perante o Tribunal, muitas vezes se beneficiando de um padrão de proteção mais elevado do que a população em geral. A justificativa dada é que os membros desses grupos estavam em uma “posição vulnerável”⁵³⁴. Desde os tratamentos e serviços necessários aos reclusos incluem o fornecimento de medicamentos essenciais e cuidados de saúde primários⁵³⁵, dentaduras⁵³⁶, calçados ortopédicos⁵³⁷, óculos⁵³⁸, remédios para dor nas costas crônica⁵³⁹, assistência por pessoal qualificado⁵⁴⁰, exames por especialistas, acompanhamento independente da iniciativa tomada pelo paciente⁵⁴¹, pode-se concluir que o nível mínimo de

532 *Aydoğdu*, citada anteriormente, § 88.

533 *Ibid.*, § 111.

534 *Salman c. Turquia* [GC], n. 21986/93, § 99, ECHR 2000-VII, e *Metin Gültekin e altri*, citadas anteriormente, §§ 32 e 34.

535 *Tarariyeva c. Rússia*, n. 4353/03, § 87, ECHR 2006-XV (extratos); *Dzieciak*, citada anteriormente, § 101, *Pitalev*, citada anteriormente, § 57; e *Mirilashvili c. Rússia* (dec.), n. 6293/04, 10 de julho de 2007.

536 *V.D. c. România*, n. 7078/02, §§ 97 e 98, 16 de fevereiro de 2010.

537 *Vladimir Vasilyev c. Rússia*, n. 28370/05, §§ 68-70, 10 de janeiro de 2012.

538 *Slyusarev c. Rússia*, n. 60333/00, §§ 43 e 44, 20 de abril de 2010.

539 *Kupczak c. Polónia*, n. 2627/09, § 68, 25 de janeiro de 2011

540 *Farbutbs*, citada anteriormente, § 60, e *Semikhvostov c. Rússia*, n. 2689/12, 6 de fevereiro de 2014.

541 *Tarariyeva*, supracitada, § 80

atendimento de saúde concedido a presidiários é muito maior do que o esperado para o homem comum nas ruas⁵⁴². Além disso, os atrasos no diagnóstico⁵⁴³ ou nos tratamentos necessários⁵⁴⁴ ou a interrupção abrupta do tratamento⁵⁴⁵ são considerados violações da Convenção. Fora da prisão e do quartel, apenas dois grupos se beneficiam da proteção reforçada do Tribunal: crianças e pessoas com deficiência. Esses dois grupos, no entanto, desfrutam de um grau de proteção inferior ao de prisioneiros e militares, desde que o acesso a medicamentos essenciais e cuidados de saúde primários não é garantido para eles. As necessidades de saúde dos migrantes são ainda mais negligenciadas pelo Tribunal, como fica evidente na questionável decisão N. c. *Reino Unido*, uma vez que a este grupo foi concedido um nível de proteção inferior, abaixo do padrão.

55. Também a avaliação de provas em casos relativos à lei os cuidados de saúde variam consideravelmente. Normalmente, em casos de negligência em incidentes médicos ou relacionados à saúde em hospitais ou outras unidades de saúde, o Tribunal não discute o que foi estabelecido pelos tribunais nacionais em relação à cadeia de eventos, o nexo causal em relação à conduta da autoridade competente e morte ou danos graves sofridos pela vítima, e o grau de conhecimento das autoridades médicas relevantes, e acredita serem os instrumentos nacionais suficientes⁵⁴⁶. O Tribunal raramente se desviou do que foi encontrado por especialistas nacionais, como em *Elena Cojocar*, ou decidiu que as ferramentas nacionais não eram suficientes, como em *Oyal*⁵⁴⁷. Ainda assim, com outros tipos de incidentes relacionados à saúde, o Tribunal não se abstém de contestar e redefinir os fatos estabelecidos pelas jurisdições nacionais. Em alguns casos, o Tribunal veio para avaliar as provas disponíveis, mesmo as científicas e médicas, e para substituir o ponto de vista de tribunais nacionais com o seu. De forma aparentemente paradoxal, a complexidade científica dos elementos de prova constituíam às vezes em limitações pelo Tribunal, que, em outras ocasiões, está pronto para contestar fatos científicos e causalidade como em *Makharadze e Sikharulidze*⁵⁴⁸, *Tătar*⁵⁴⁹ e *Brincat e outros*⁵⁵⁰. Em particular, o Tribunal expandiu sua jurisdição

542 Mas não inclui o acesso aos programas de troca de agulhas, segundo *Shelley c. Regno Unito*, n. 23800/06, 4 de janeiro de 2008.

543 *Vasyukov c. Rússia*, n. 2974/05, §§ 75 e 76, 5 de abril de 2011.

544 *Dziedzic*, citada anteriormente, §§ 94 e 101, e *Tarıryeva*, citada anteriormente, §§ 88 e 89.

545 *Paladi c. Moldova* [GC], n. 39806/05, § 68, 10 de março de 2009.

546 Ver, entre muitos outros precedentes, *Eugenia Lazăr c. România*, n. 32146/05, 16 de fevereiro de 2010; *G.N. e altri c. Itália*, n. 43134/05, 1º de dezembro de 2009; *De Santis e Olanda c. Itália* (dec.), n. 35887/11, 9 de julho de 2013; *Balci c. Turquia* (dec.), n. 58194/10, 20 de outubro de 2015; e *Sayan c. Turquia*, n. 81277/12, § 112, 11 de outubro de 2016.

547 Ambas citadas anteriormente.

548 *Makharadze e Sikharulidze*, citadas anteriormente, §§ 78-81.

549 *Tătar*, citada anteriormente, §§ 104-107.

550 *Brincat e altri*, citada anteriormente, § 106. Ver, para outros exemplos, *Metin Gültekin e altri*, citada anteriormente, §§ 43-45; *Cevrioglu*, citada anteriormente, § 65, *Binişan*, citada anteriormente, §§ 80, 81, 88 e 89; e *İlbeyi Kemaloğlu e Meriye Kemaloğlu*, citada anteriormente, §§ 20, 21 e 41.

em questões de causalidade, declarando que o âmbito de aplicação do Artigo 2 não pode ser interpretado como limitado no tempo e à causa direta da morte do indivíduo, uma vez que a cadeia anterior de eventos também pode desencadear responsabilidade legal internacional⁵⁵¹, e determinar o que foi ou não “o fator decisivo” na cadeia de eventos.⁵⁵²

56. O âmbito da revisão do Tribunal em casos de negligência médica ou casos envolvendo incidentes de saúde em hospitais e outros setores da saúde a prestação de serviços é limitada, pois o Tribunal limita as suas decisões aos aspectos processuais dos arts. 2 ou 3 e raramente trata do âmbito substancial. Quando o faz, o Tribunal avalia apenas deficiências estruturais nos sistemas de saúde como a falta de legislação adequada ou de recursos técnicos. Com outros, por outro lado, o Tribunal avalia sempre ambas as partes do artigo em questão e raramente considera a existência de deficiências estruturais, como a falta de um quadro normativo adequado.⁵⁵³ Em princípio, o Tribunal também considerou, tanto nos casos relacionados a incidentes relacionados à saúde no ambiente livre, como em *Öneryıldız*⁵⁵⁴ e *Budayeva e outros*⁵⁵⁵, e aqueles relativos a acidentes de trabalho, como em *Brincat e outros*⁵⁵⁶, que “o propósito das obrigações positivas decorrentes do Artigo 2 da Convenção se sobrepõe amplamente aos mencionados no Artigo 8”. Isso também deve se aplicar a obrigações positivas substanciais, como a obrigação de salvaguardar a saúde dos pacientes em hospitais e outras unidades de saúde.

57. Os pré-requisitos para responsabilidade de direito internacional nos casos dos cuidados de saúde não poderiam ser mais incertos. Situações que não são diferentes são decididas de forma diferente. Negligência, descuido, má conduta intencional, um erro de julgamento por parte do profissional de saúde, coordenação insuficiente entre os profissionais no tratamento de um detido, como em *Tarariyeva*⁵⁵⁷, ou um militar, como em *Metin Gültekin e outros*⁵⁵⁸, são por si só suficientes para convocar um Estado contratante para prestar contas do ponto de vista das obrigações positivas a que se refere o Artigo 2 da Convenção para proteger a vida⁵⁵⁹. No entanto, este não é o caso do tratamento de qualquer outro cidadão. Negligência, descuido, ignorância consciente, um erro de julgamento

551 *Dodov*, citada anteriormente, § 70

552 *Kalander*, citada anteriormente, §§ 43-47.

553 *Brincat e altri*, citada anteriormente, e *Lovginyi c. Ucrânia*, n. 22323/08, 23 de junho de 2016.

554 Citada anteriormente, §§ 90 and 160.

555 Citada anteriormente, § 133.

556 Citada anteriormente, § 85.

557 Citada anteriormente.

558 Citada anteriormente.

559 Para outros exemplos, ver *Karsakova c. Rússia*, n. 1157/10, 27 de novembro de 2014; *Mustafayev*, citada anteriormente; e *Kats e altri*, citada anteriormente.

por parte de um funcionário público, ou falta de coordenação entre os funcionários públicos envolvidos nas situações de risco para a população em geral ou para uma categoria específica de pessoas, mas são suficientes para levantar uma questão com base no Artigo 2, como em *Budayeva e outros*⁵⁶⁰, mas não no caso de médicos profissionais ou pessoal de saúde.

58. Pior ainda, em casos de responsabilidade médica ou casos relacionados a incidentes de saúde em hospitais e outras unidades de saúde, o Tribunal oscila entre o requisito segundo o qual os operadores estão “perfeitamente cientes” das consequências negativas de sua conduta, como em *Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk*, e o teste clássico de *Osman*, como em *Aydoğdu*, onde o Tribunal considera como é suficiente estabelecer uma ligação causal e conhecimento ou conhecimento putativo (“sabia ou deveria saber”) pela autoridade médica qualificada⁵⁶¹. A hesitação do Tribunal quanto à conexão subjetiva é agravada por uma simplificação dos vários graus de *mens rea*. Negligência inconsciente, imprudência ou ignorância intencional pode ser tão sério quanto a plena consciência, dependendo das circunstâncias. Também com outros tipos de incidentes de saúde, o tribunal exige muito menos. Muitas vezes não dá ênfase explícita nonexo causal entre a conduta do agente do Estado e o dano⁵⁶². Muitas vezes ele não presta atenção à ausência de um risco iminente, como em *Cevrioğlu* ou *Georgele Georgeta Stoicescu*⁵⁶³. Em muitos casos, simplesmente não leva em consideração o conhecimento das autoridades responsáveis, omitindo qualquer consideração implícita ou explícita do teste de *Osman*. Apesar do menor padrão imposto pelo Tribunal em relação a este outro tipo de incidentes de saúde, o tribunal estava, no entanto, disposto a encontrar o estado responsável ao abrigo do direito internacional.

59. O raciocínio simples que poderia ser feito é que esta variedade de abordagens metodológicas é o resultado de uma grande margem de apreciação em um ramo muito complexo do direito, que cruza o conhecimento científico e questões difíceis de responsabilidade médica e podem ter consequências graves no tesouro. Esse raciocínio não deve ser seguido, pois aqui novamente a jurisprudência tem se mostrado flutuante. Ao avaliar a margem de apreciação, os compromissos e limites financeiros do estado e as possíveis consequências financeiras das obrigações da Convenção são primordiais quando se trata de decidir casos que dizem respeito aos migrantes, mas não os casos que dizem respeito aos presos⁵⁶⁴. Em

560 Citada anteriormente.

561 Todas citadas anteriormente.

562 Por exemplo, *Arskaya c. Ucrânia*, n. 45076/05, § 90, 5 de dezembro de 2013; *Metin Gültekin e altri*, citada anteriormente, § 36, *Mustafayev*, citada anteriormente, § 65; *Salakhov e Ishyayeva c. Ucrânia*, n. 28005/08, §§ 167 e 181, 14 de março de 2013; *Tatar*, citada anteriormente, §§ 96 e 97, e *Brincat e altri*, citada anteriormente, §§ 109-117.

563 Ambas citadas anteriormente.

564 *Poltoratskiy c. Ucrânia*, n. 38812/97, § 148, 29 de abril de 2003.

casos de negligência médica, como *Aydoğdu e Asiye Genç*, o Tribunal reconhece sua competência para revisar as escolhas operacionais realizadas em termos de prioridades e recursos, como em casos envolvendo incidentes sanitários no espaço livre, como *Öneryıldız, Budayeva e outros e Kolyadenko e outros*⁵⁶⁵. O Tribunal reconhece sua competência para revisar a política do Governo sobre segurança no trabalho, como em *Brincate e outros*⁵⁶⁶. Mas quando o problema é o fornecimento de medicamentos essenciais a pacientes específicos, como em *Sentges*⁵⁶⁷, o Tribunal já não está pronto para examinar as mesmas competências, invocando uma grande margem de apreciação. O princípio da eficácia (*effet utile*) da proteção dos direitos humanos, que em *Georgel e Georgeta Stoicescu*⁵⁶⁸, e muitos outros casos relativos a incidentes de saúde no ambiente livre e no local de trabalho, limitada a margem de apreciação, de repente vem esquecido. Como pode o tribunal criticar as autoridades nacionais por não ter incubadoras caras funcionando, políticas antipoluição, planejamento territorial, anti-inundação, política de segurança no trabalho ou até mesmo uma política de controle de cães vadios e tolerar ao mesmo tempo a negação de drogas que salvam vidas? Para evitar deixar a impressão de estranhamente resolver alguns problemas enquanto evita outros, o tribunal deve estar preparado para resolver seriamente os dilemas jurídicos em certa monta, no que diz respeito à alocação de recursos escassos entre a saúde e outros setores do Estado legitimado, que a jusante, no que diz respeito à execução dos recursos de indivíduos na área de saúde, com base em uma abordagem *pro persona* ao direito à saúde. Isso requer uma interpretação de princípio, orientado (*effet utile*) pela Convenção, para o qual as considerações escritas abaixo serão dedicadas.

IC. CONCEITUANDO UMA ABORDAGEM PRO PERSONA PARA O DIREITO AOS CUIDADOS DE SAÚDE SOB A CONVENÇÃO (§§ 60-72)

Obrigações substantivas (§§ 60-66)

A obrigação de respeitar (§§ 60-61)

60. A saúde é acima de tudo uma questão de autonomia pessoal⁵⁶⁹. Em princípio, todo indivíduo deve estar livre de todas as espécies de cuidados de saúde impostos. O estado, portanto, tem a obrigação de respeitar e não interferir nas escolhas de saúde dos indivíduos. Conseqüentemente, o estado deve buscar consentimento livre e informado quando for necessário interferir na integridade

565 Todas citadas anteriormente.

566 Citada anteriormente.

567 Citada anteriormente.

568 Citada anteriormente.

569 *Testimoni di Geova di Mosca e altri c. Russia*, n. 302/02, § 136, 10 de junho de 2010, e os casos citados no § 48 deste Parecer.

física do paciente e solicitar e garantir este consentimento quando isso acontece no setor privado⁵⁷⁰. Portanto, a falta de regras adequadas para estabelecer o poder de decisão do paciente, incluindo seu consentimento informado para o processamento constitui uma violação do Artigo 2 da Convenção⁵⁷¹.

61. Portanto, consentimento informado e, na sua ausência, necessidade médica, são os pilares de qualquer interferência na vida do paciente⁵⁷². Isso, em princípio, proíbe a administração forçada do medicamento⁵⁷³, a alimentação forçada⁵⁷⁴, administração forçada de sangue⁵⁷⁵, cirurgia forçada⁵⁷⁶, fotografias e exames de sangue forçados⁵⁷⁷, esterilização forçada⁵⁷⁸, presença não autorizada de estudantes de medicina durante operações médicas⁵⁷⁹ e a contínua conservação ou implantação de embriões contra a vontade de um dos doadores⁵⁸⁰. Neste conteúdo, é justo o atrito entre o reconhecimento do Tribunal do “princípio da santidade da vida” de uma parte e sua crescente abertura às demandas de “qualidade de vida” de outra.⁵⁸¹ Esse atrito levou o Tribunal a estabelecer que “o fim indigno e angustiante da vida “constitui uma interferência com o direito de respeito à vida privada garantido nos termos do Artigo 8 § 1 da Convenção⁵⁸², e estabelecer neste último o chamado “direito de decidir de que modo e em que momento a vida deve terminar, certificando-se de que ele ou ela estava em condições de formar livremente sua própria vontade e de agir em consequência”⁵⁸³. Em *Lambert e outros*, o Tribunal revisou a redação, reconhecendo que isso era verdade “mesmo quando o paciente era incapaz de expressar sua vontade”⁵⁸⁴. Apesar da falta de consenso uniforme pelos estados membros do Conselho da Europa ao permitir a suspensão do tratamento de manutenção de vida artificial, o Tribunal

570 Ver Artigo 5º da Convenção de Oviedo e seu relatório explicativo, bem como o relatório do Relator Especial sobre o direito de todos ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental, A / 64/272, 10 de agosto de 2009, sobre a garantia do consentimento informado como essenciais para obter o gozo do direito à saúde.

571 *Arskaya*, citada anteriormente, § 90.

572 *Trocellier c. Francia* (dec.), n. 75725/01, 5 outubro 2006; *Codarcea c. Romania*, n. 31675/04, 2 de junho de 2009; e *Csoma c. Romania*, n. 8759/05, 15 de janeiro de 2013.

573 *Glass c. Regno Unito*, n. 61827/00, ECHR 2004-II.

574 *Nevmerzhijsky c. Ucraina*, n. 54825/00, ECHR 2005-II (extratos); *Ciorap c. Moldova*, n. 12066/02, 19 de junho de 2007; e *Rappaz c. Svizzera* (dec.), n. 73175/10, 26 de março de 2013.

575 *Jalloh c. Germania* [GC], n. 54810/00, ECHR 2006-IX.

576 *Bugomil c. Portugallo*, n. 35228/03, 7 de outubro de 2008.

577 *M.A.K. e R.K. c. Regno Unito*, n. 45901/05 e 40146/06, 23 de março de 2010.

578 *V.C. c. Slovacchia*, n. 18968/07, ECHR 2011 (extratos).

579 *Konolova c. Russia*, n. 37873/04, 9 de outubro de 2014.

580 *Evans c. Regno Unito* [GC], n. 6339/05, ECHR 2007-I.

581 *Pretty c. Regno Unito*, n. 2346/02, § 65, ECHR 2002-III; *Koch c. Germania*, n. 497/09, § 51, 19 de julho de 2012; *Arskaya*, citada anteriormente, § 69, e *Lambert e altri c. Francia* [GC], n. 46043/14, § 142, ECHR 2015 (extratos).

582 *Pretty*, citada anteriormente § 67; *Haas c. Svizzera*, n. 31322/07, § 50, ECHR 2011; e *Lambert e altri*, citado acima, § 180. Note a evolução da linguagem: em *Pretty*, o Tribunal “não estava disposto a excluir”, mas em *Haas* estava pronto para incluir tal direito sob a égide do Artigo 8.

583 *Haas*, citada anteriormente, § 51, e *Koch*, citada anteriormente, § 52.

584 *Lambert e altri*, citada anteriormente, § 178

decidiu, no entanto, com base em matéria de direito comparado não publicada, que havia um consenso sobre a importância fundamental dos desejos do paciente no processo de tomada de decisão, sempre que esses desejos tiverem sido expressos. Portanto, o tribunal aceitou que, na ausência de indícios anteriores ou de um “testamento biológico”, os desejos presumidos do paciente poderiam ser verificados por vários meios, incluindo um ou mais depoimentos⁵⁸⁵.

A obrigação de proteção (§§ 62-66)

62. O direito do Estado de tomar as medidas adequadas para salvaguardar as vidas daqueles que estão sob sua jurisdição resultam em certas circunstâncias em uma obrigação positiva de tomar medidas operacionais preventivas para proteger um indivíduo cuja vida ou saúde esteja em risco como resultado de atos criminosos de outro indivíduo, ou de automutilação⁵⁸⁶. Em tais casos, o trabalho do Tribunal é determinar se as autoridades sabiam ou deveriam ter sabido da existência de um risco real e imediato e, no caso, se tinham feito tudo o que podiam para evitar que a vida do indivíduo envolvido tivesse sido colocada em risco de maneira evitável⁵⁸⁷. O mesmo se aplica *a fortiori* à obrigação de tomar medidas específicas para proteger pessoas vulneráveis de maus-tratos que as autoridades teriam ou deveriam ter conhecimento⁵⁸⁸. É evidente que as pessoas necessitadas de assistência médica urgente e primária e medicamentos essenciais estão em uma condição de vulnerabilidade. Mais geralmente, pessoas em hospitais ou outras unidades de saúde estão em situação de vulnerabilidade em pé de igualdade com as pessoas nas demais “instituições totais”⁵⁸⁹. Portanto, de acordo com a Convenção, a responsabilidade do direito internacional do estado pela falha na falta de proteção no contexto de incidentes de saúde depende de três condições cumulativas, duas das quais são objetivas e uma subjetiva. São elas (1) a existência de uma situação de risco imediata, (2) o nexo de causalidade entre a conduta das autoridades e os danos causados e (3) conhecimento ou conhecimento putativo das

585 Também é altamente questionável se existe um direito de acesso ao diagnóstico pré-natal (ver *Costa e Pavan c. Itália*, n. 54270/10, 28 de agosto de 2012, e *R.R. c. Polónia*, n. 27617/04, ECHR 2011 (extratos); ver também a No entanto, parece claro que não há direito de acesso à inseminação artificial consagrado na Convenção (*Dickson c. Reino Unido* [GC], n. 44362/04, ECHR 2007-V), ou ao aborto (*Tysiác c. Polónia*, n. 5410/03, ECHR 2007-I; *A, B e C c. Irlanda* [GC], n. 25579/05, ECHR 2010, e *P e S. c. Polónia*, n. 57375/08, 30 outubro 2012), à fertilização in vitro com gametas doados (*S.H. c. Áustria* [GC], n. 57813/00, ECHR 2011), ao suicídio assistido (*Pretty*, citada supra) ou a medicamentos necessários para suicídio (*Haas*, citado acima) e acordos de barriga de aluguel (*Mennesson c. França*, n. 65192/11, ECHR 2014 (extratos O Tribunal também está disposto a aceitar proibições gerais em alguns desses casos.

586 *Osman*, citada anteriormente, § 115, e *Keenan*, citada anteriormente, §§ 89 e 90.

587 *Uçar c. Turquia*, n. 52392/99, §§ 85 e 86, 11 de abril de 2006, and *Renolde c. França*, n. 5608/05, §§ 80 e 81, ECHR 2008 (extratos).

588 *Z e altri c. Reino Unido* [GC], n. 29392/95, § 73, ECHR 2001-V.

589 Embora eu não possa expandir o conceito de uma “instituição totalizante” no espaço limitado a esta opinião, é importante notar que a vulnerabilidade das pessoas no hospital ou outros serviços de saúde, como lares de idosos, leprosários e cuidados de saúde, são bem conhecidos dos sociólogos, em *the Characteristics of Total Institutions* de Erving Goffman al *Discipline and Punish* di Michel Foucault's, ao menos dos primeiros cinquenta anos do século passado. A situação deles foi equiparado ao de pessoas em outras instituições “abrangentes”, como prisões, quartéis, orfanatos e escolas.

autoridades (“eles sabiam ou deveriam ter sabido”) das possíveis consequências prejudiciais das suas ações ou omissões. Em qualquer caso, esta responsabilidade pode ser deduzida quando não seria possível esperar nenhuma outra conduta razoável por parte das autoridades.

63. A primeira condição para a responsabilidade do Estado nos termos do direito internacional deve ser verificada quando as necessidades de saúde de um grupo específico da população encontra deficiências estruturais ou sistêmicas. Se as autoridades sabem ou deveriam saber que uma parte da população, como uma categoria particular de pacientes (por exemplo, cidadãos de uma cidade ou os pacientes de um determinado hospital), recebe cuidados de saúde com deficiências estruturais ou sistêmicas, e eles falham em prevenir danos a membros desse grupo, o Estado pode ser responsabilizado pela omissão em função de violações dos direitos humanos resultantes, mesmo quando as pessoas interessadas ainda não estejam em risco iminente⁵⁹⁰. A natureza estrutural ou sistêmicas das deficiências cria *per se* um risco presente de danos que podem se materializar a qualquer momento.⁵⁹¹

64. Para que um Estado evite a responsabilidade de acordo com o direito internacional previsto na Convenção, não basta que as atividades de cuidados de saúde estejam limitados por uma estrutura legislativa e administrativa e regulamentar apropriada e que haja um mecanismo de supervisão para verificar o fortalecimento desse quadro, conforme estabelecido pelo Tribunal em *Powell*⁵⁹². A obrigação de tomar medidas legislativas adequadas ou outras medidas gerais não são, de forma alguma, exaustivas das obrigações dos estados Membros⁵⁹³. Obrigações executivas concretas também vêm do direito a cuidados de saúde consagrados na Convenção. Evitando a questão da proteção específica do direito individual de cada paciente e protegendo os profissionais de saúde em uma bolha legal intocável, *Powell* torna a proteção da Convenção ilusória para os pacientes⁵⁹⁴. *Powell* busca uma convenção em favor de poucos, profissionais de saúde e suas seguradoras, e não muitos, os pacientes. Isso deve ser rejeitado sem reservas. Afinal, o próprio Tribunal reconhece que “o conhecimento de fatos e possíveis erros cometidos em operações de assistência médica é essencial para permitir que

590 Na minha opinião conjunta com Valiulienė c. Lituânia, no. 33234/07, 26 de março de 2013, já tinha exigido uma revisão do teste de Osman em casos de violência doméstica quando a natureza generalizada do problema for conhecida pelas autoridades, como na Lituânia.

591 Para exemplo deste perigo atual, ver *Cevrioğlu*, citada anteriormente, ou *Georgel e Georgeta Stoicescu*, citada anteriormente.

592 *Powell*, citada anteriormente.

593 Para razões similares, ver CESCR, Comentário geral n. 3, supracitado, § 4.

594 Como indicado no § 69 da sentença citada *Arskaya*. Até hoje, trata-se do único caso de responsabilidade médica na qual o Tribunal encontrou carências na legislação de um Estado membro.

as instituições e equipe médica em causa remediem as deficiências e evitem erros semelhantes”.⁵⁹⁵

65. O dever do Estado de proteger os direitos à vida e à integridade física deve ser considerado como inclusivo da adoção de medidas razoáveis para garantir a saúde das pessoas⁵⁹⁶. Interferência com o direito de saúde estão sujeitos a um teste rigoroso de proporcionalidade (“absolutamente necessário”, Artigo 2 § 2 da Convenção) e também ao absoluto, regra não derogável (artigo 15 § 2 da Convenção), que pressupõe o respeito a um núcleo inviolável que transcende as circunstâncias de cada caso específico. A mesma regra obrigatória se aplica à interferência com a proibição da tortura e tratamento degradante (artigos 3 e 15 § 2 da Convenção). Nem mesmo a guerra ou qualquer outra situação de perigo público, nem mesmo a tradição cultural ou diversidade religiosa limita sua aplicabilidade do cerne do direito, pois dá vida a um irreduzível, fundamental reconhecimento na ausência do qual o direito perde o seu valor⁵⁹⁷. Um núcleo específico, neste caso, não favoreceria a aplicação de parte dos juizes, em consideração à sua indeterminação. Mas isso não significa que o cerne do direito seja uma entidade excessivamente rígida, extrapolada do contexto e baseada em valores imutáveis. A definição do cerne deste direito poderia evoluir à luz de outras melhores informações científicas e descobertas.

66. Os direitos à vida e à integridade física impõem obrigações essenciais para salvaguardar a vida e a saúde de todas as pessoas sob a jurisdição dos Estados signatários da Convenção. Lendo a convenção à luz do direito internacional consuetudinário mencionado acima, essas obrigações essenciais incluem o acesso a serviços de emergência e tratamento médico primário⁵⁹⁸, bem como acesso a medicamentos essenciais.⁵⁹⁹ O núcleo orientado para o resultado é um “pisso”, o nível básico de proteção à saúde da Convenção, não um “teto”. Além da proteção deste núcleo essencial, o direito à saúde é submetido em sua “margem externa” a um teste de proporcionalidade, desde que haja casos em que a obrigação de proteger o núcleo essencial esteja satisfeito, mas os estados ainda não forneçam “medidas de saúde razoáveis” (proporcional)⁶⁰⁰. Tal teste de proporcionalidade

595 *Oyal*, citada anteriormente, § 76, e de novo em *Genç*, citada anteriormente, § 85.

596 *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu*, supracitado, § 132.

597 Ver a minha opinião em relação à sentença *Konstantin Markin c. Russia* ([GC], n. 30078/06, ECHR 2012 (Extratos) e a contestação da jurisprudência constitucional suíça e alemã sobre o *menschenwürdiges Existenzminimum*.

598 Ver no mesmo sentido, *Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk*, citada anteriormente, e *Furdik*, citada anteriormente.

599 Ver, no mesmo sentido, la più importante *Oyal*, citada anteriormente.

600 Ver o caso do direito constitucional sulaficano do *Ministro della Sanità e altri c. Campagna d'azione per il trattamento*, causa CCT 8/02, 5 julho 2002, que rejeitou a aplicabilidade direta de um núcleo mínimo, mas em qualquer caso, descobriu que as restrições sobre nevirapina excluiu aqueles que poderiam ser razoavelmente incluídos no programa, e ordenou ao governo que ampliasse a disponibilidade do medicamento. Como o juiz Goldstone argumentou *extra curia*, esta jurisprudência deve ser considerada como um desafio de fornecer mais informações sobre o conceito de núcleo mínimo e não como uma decisão definitiva de abandoná-lo (prefácio a *Courting Social Justice, Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World*, ed. Gauri and Brinks, Cambridge: CUP, 2008, p. XII).

evita, de um lado um risco de menor proteção da “margem externa” sobre o direito e, por outro lado, o oposto, risco excessivamente expansivo de um efeito colonizando a “margem externa” do direito à saúde, sob a qual conteria outros direitos independentes relacionados aos determinantes fundamentais da saúde, como abrigos básicos, saneamento e serviços de saúde a água. Mais importante ainda, mesmo que o reconhecimento judicial do direito aos cuidados de saúde possa ter um impacto nos orçamentos e políticas sociais isso certamente não quebra o princípio da separação democrática dos poderes, desde que a decisão judicial sobre as medidas de saúde estejam limitadas a informações científicas e testes de proporcionalidade (ou razoabilidade).⁶⁰¹

Obrigações processuais (§§ 67-70)

1. A obrigação de prestar contas e explicar (§§ 67-68)

67. O estado tem a obrigação geral de cuidar da vida das pessoas sob seu controle. Como regra geral, morte ou maus-tratos de um indivíduo sob custódia levanta problemas no cumprimento por parte do Estado de sua obrigação de proteger o direito de uma pessoa à vida⁶⁰². Consequentemente, torna-se obrigatório que o estado seja responsável por quaisquer danos sofridos sob custódia, uma obrigação em particularmente convincente quando alguém morre⁶⁰³. Esta obrigação foi posteriormente estendida a outros casos em que os indivíduos estão sob controle do Estado, como soldados durante o serviço militar⁶⁰⁴, mas também os acidentes da população civil⁶⁰⁵. A mesma obrigação para o Estado deve existir para os indivíduos encontrados em hospitais públicos ou nas mãos de médicos ou profissionais de saúde e demais funcionários, que são funcionários públicos, ainda mais quando a capacidade dos pacientes de se defenderem sozinhos for limitada⁶⁰⁶.

68. Quando nenhuma explicação razoável for dada à morte ou ferimentos sofridos nas circunstâncias mencionadas, deve ser estabelecida uma violação substancial do direito aos cuidados de saúde. Na verdade, o Tribunal já reconhe-

601 Isso também responde à tese de que os juízes não são competentes na área de micro-gestão de cuidados médicos. Esta crítica simplesmente ignora o fato de que os juízes civis, administrativos e criminais muitas vezes se deparam com dilemas concretos que envolvem solicitações simultâneas de cuidados de saúde de diferentes pacientes, em situações nas quais os recursos insuficientes estão disponíveis. Eles os determinam precisamente com base no teste de proporcionalidade.

602 *Slimani c. Francia*, n. 57671/00, § 27, ECHR 2004-IX (extratos).

603 *Salman*, citada anteriormente, § 99, e *Makbaradze e Sikharulidze*, citada anteriormente, §§ 71-72, e os casos nela citados.

604 *Metin Gültekin e altri*, citada anteriormente, §§ 32 e 33; *Beker*, citada anteriormente, §§ 41-43; e *Munadyan c. Armenia*, n. 11275/07, § 133, 24 novembro 2016.

605 *Oruk*, citada anteriormente, § 67.

606 *Dodov*, citada anteriormente, § 81; *Câmpeanu*, citada anteriormente, § 130, *Kats e altri*, citada anteriormente, § 104, *Aleksanyan*, citada anteriormente, § 147; *Khudobin*, citada anteriormente, § 84; e *Z.H. c. Ungheria*, n. 28973/11, §§ 31-32, 8 de novembro de 2012.

ceu tal obrigação em um caso recente turco sobre responsabilidade médica. Em *Aydoğdu*, o tribunal sediou a constatação de violação substancial, entre outros motivos, pela falta de explicações suficientes sobre os eventos e o desfecho fatal⁶⁰⁷.

2. As obrigações de investigar e processar (§§ 69-70)

69. Conforme demonstrado acima, a confiabilidade é uma dimensão crucial para garantir o direito à vida e integridade física sob o direito internacional e europeu. Isso obviamente inclui investigação, processo e possivelmente punir violações desses direitos, que em termos práticos significa que as autoridades estaduais têm o dever *ex officio* de identificar causas de morte ou ferimentos graves e os responsáveis⁶⁰⁸. Isto há ainda mais razão no contexto de negligência médica, em vista da complexidade os problemas factuais e técnicos que normalmente recaem nesses casos e o fato de que as verdadeiras circunstâncias da morte ou lesão grave são, ou podem ser amplamente limitadas ao conhecimento de funcionários e autoridades do Estado.⁶⁰⁹

70. Portanto, não é suficiente, na esfera específica da negligência médica, podendo as vítimas atuar em matéria civil, em conjunto ou não com ação em tribunais criminais, permitindo que a culpa dos médicos envolvidos seja estabelecida e se busque indenização civil. Ainda menos suficientes são apenas as medidas disciplinares. Na verdade, o Tribunal tem estabelecido que as medidas de direito penal devem ser aplicáveis quando se determina que a negligência atribuível a funcionários ou órgãos estaduais vão além do erro de julgamento ou inexperiência, quando as autoridades em questão, percebendo plenamente as prováveis consequências e não se importando com as responsabilidades atribuídas a eles, não conseguiram aplicar as medidas que seriam necessárias e suficientes para evitar os riscos inerentes à atividade perigosa⁶¹⁰. Como já mencionado, esta interpretação simplifica demais os problemas relativos à *mens rea* e estabelece dois padrões diferentes para situações semelhantes. Por exemplo, em *Sinim c. Turquia*⁶¹¹, o tribunal criticou “o descuido imprudente” das principais regras de transporte de mercadorias perigosas, especialmente o fato de que para nenhuma foi obtida licença para transportá-las e a carga não foi descrita corretamente. Para o tribunal,

607 *Aydoğdu*, citada anteriormente, § 77.

608 *Öneryıldız*, citada anteriormente, § 93, assim como *Al Fayed c. Francia* (dec.), n. 38501/02, §§ 73-78, 27 de setembro de 2007, e *Railean c. Moldova*, n. 23401/04, § 28, 5 de janeiro de 2010.

609 Este argumento é frequentemente apresentado em relação a outras atividades perigosas, como por exemplo em *Oruk*, citado acima, § 49; *Öneryıldız*, citado acima, § 93; *Stoyanovi c. Bulgária*, n. 42980/04, §§ 61 e 63, 9 de novembro de 2010; e já em *McCann e altri c. Regno Unito*, 27 de setembro de 1995, §§ 157-64, Serie A n. 324.

610 *Öneryıldız*, citada anteriormente, § 93; *Oruk*, citada anteriormente, § 50 e 65; e *Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk*, citada anteriormente, § 104.

611 *Sinim c. Turquia*, n. 9441/10, § 63, 6 de junho de 2017.

tal negligência exigia uma investigação criminal⁶¹². É difícil entender por que a negligência imprudente das regras de segurança no setor de transporte deve exigir uma investigação criminal, enquanto que em relação à violação descuidada de normas médicas com consequências fatais ou graves não deveria haver. Além disso, a obrigação que as autoridades abram investigações criminais por sua própria iniciativa também se aplica em caso de lesões potencialmente fatais causadas por negligência e sofridas por vítima em circunstâncias suspeitas, mesmo quando o Estado não tem responsabilidade direta pela morte⁶¹³. No entanto, não deve ser inferido de forma alguma do exposto, que o Artigo 2 possa resultar em uma obrigação absoluta para que todos os procedimentos legais resultem em condenação, ou mesmo a uma sentença em particular⁶¹⁴.

C. Conclusão preliminar (§§ 71-72)

71. O direito aos cuidados de saúde está consagrado na Convenção. Como todos os outros direitos impõem obrigações positivas e negativas aos Estados. O conteúdo central do direito inclui a provisão de medidas urgentes de saúde e cuidados primários de saúde e medicamentos essenciais para pessoas no estado de necessidade. Em relação a este núcleo, que seja um imperativo da dignidade humana⁶¹⁵ que uma interpretação consuetudinária favorável ao direito internacional da Convenção exija uma abordagem padronizada. O núcleo do direito não se enquadra na cláusula derogatória a que se refere o Artigo 15 da Convenção, nem na cláusula limitativa a que se refere o Artigo 8⁶¹⁶. As medidas regressivas não devem questionar este núcleo. Não deveria haver uma abordagem dupla, tripla ou multi-padrão para uma necessidade humana básica como cuidados básicos de saúde, já que isso seria o equivalente a avaliar a vida de forma diferente em diferentes partes da Europa. Tal abordagem não satisfaria o “princípio da santidade da vida”, que, nas palavras do Tribunal “é particularmente evidente no caso de um médico, exercendo suas habilidades para salvar vidas e que deveria agir no melhor interesse de seus pacientes”⁶¹⁷.

612 Este caso é notável porque o tribunal atuou como um tribunal de primeira instância, Determinando a causalidade e *mens rea* dos responsáveis (“a morte no presente caso resultou pelas partes do desprezo voluntário e irresponsável dos responsáveis por suas obrigações legais nos termos da legislação pertinente, em oposição a uma simples omissão ou erro humano”) apesar da rejeição do processo criminal e do processo civil pendente.

613 *Pereira Henriques c. Lusemburgo*, n. 60255/00, § 56, 9 de maio de 2006.

614 *Ver, mutatis mutandis, Tanli c. Turquia*, n. 26129/95, § 111, ECHR 2001-III.

615 Eu uso essas palavras no mesmo sentido que o ECSR (veja seu Digest, citado acima). Vestindo uma afirmação no contexto de um direito humano concreto com roupas de dignidade a natureza humana satisfaz não apenas uma necessidade ética, mas também a natureza da obrigação fundamental efetivamente assumida pelos Estados nos termos da Convenção, que consiste em proteger aquela mesma dignidade.

616 Ver Verno as Diretrizes de Maastricht sobre as violações dos direitos econômicos, sociais e culturais, §§ 6 e 8.

617 *Arskaya*, citada anteriormente, § 69.

72. Além dos limites do núcleo central do direito à saúde, uma obrigação de realização progressiva se aplica e os limites de recurso devem ser considerados. A avaliação de ativos requer um teste de proporcionalidade. Recusa ou prestação inadequada de cuidados de saúde em hospitais públicos ou nas mãos de médicos e outros profissionais de saúde que são funcionários públicos exige uma explicação razoável do Estado e, quando nenhuma explicação for dada, a responsabilização de direito internacional do Estado é certa. A falta de uma via de direito penal para as supostas vítimas ou suas famílias no caso de consequências graves ou fatais para a violação do direito aos cuidados de saúde também implica para o Estado uma responsabilidade do direito internacional.

C. A APLICAÇÃO DE UMA ABORDAGEM PRO PERSONA AO PRESENTE CASO (§§ 73-91)

A. Críticas à abordagem ideológica da maioria (§§ 73-81)

1. Restringir a jurisprudência do Tribunal (§§ 73-78)

73. Se *Powell* é o rei, *Lopes de Sousa Fernandes* é mais real do que o rei. Desde o início, o teor ideológico deste julgamento é evidente na decisão linear da maioria que no presente caso a via legal fosse a civil⁶¹⁸. Nenhuma justificativa é dada, nem da perspectiva de legislação nacional ou da Convenção. De acordo com a lei portuguesa, essa decisão está simplesmente errada. Na lei portuguesa, não há preferência pelo direito civil sobre o direito penal ou outras vias legais para combater um caso de negligência médica. Na convenção o assunto era até então obscuro⁶¹⁹, mas normalmente o Tribunal considera a via penal, civil e administrativa como alternativas. O que a citada decisão da maioria demonstra se trata de uma escolha ideológica a favor da privatização dos remédios contra responsabilidade médica⁶²⁰ que deixa pacientes comuns e seus parentes, e especialmente as classes médias e famílias pobres, sozinhas quando têm que lutar pela seus casos de responsabilidade médica contra profissionais e suas empresas de seguro. Pacientes comuns e seus parentes e seus advogados (muitas vezes em atividade de assistência jurídica) pouco podem fazer contra esses poderosos magnatas. Liberar o Estado de investigar e processar violações do direito à vida e as graves violações do direito à integridade física degradam esses direitos até o ponto de eles desaparecem. Uma vez que na maior parte dos casos pacientes comuns e seus entes queridos não têm os meios (incluindo meios financeiros, logísticos e científicos) para investigar e processar casos de morte ou danos graves como resultado de negligência médica

618 Ver o § 138 da sentença.

619 Em *Vó.*, citada anteriormente, o Tribunal favoreceu a via do direito administrativo em geral, mas em *Calvelli e Ciglio*, citados anteriormente, § 55, ele considerou que o “melhor remédio” para esclarecer a responsabilidade do médico pela morte do filho dos requerentes era o caminho Civil.

620 Ver a crítica recorrente em *Dodov*, citada anteriormente, § 76.

simplesmente não é possível estabelecer o nexo de causalidade entre a conduta dos profissionais e os danos causados e determinar o grau de conhecimento do paciente sobre a situação médica. Finalmente, nenhuma explicação é dada para a morte ou dano grave, com consequências que às vezes provocam mudanças de vida. Como uma avestruz, o estado esconde sua cabeça na areia.

74. Embora grave, a falta grave de *Lopes de Sousa Fernandes* não é o impulso para a privatização dos casos de negligência médica. Em vez disso, é o esforço hercúleo da maioria para restringir a jurisprudência anterior tanto quanto possível para limitar a jurisdição do Tribunal. As consequências às diretrizes dessa escolha ideológica não são neutras para as vítimas, uma vez que permitem que o estado se esquive da responsabilidade por homicídio culposo ou dano grave nos termos da Convenção e, ao fazê-lo, de colocar as vítimas e suas famílias em um canto de negação e vitimização secundária. Além disso, uma defesa excessiva de alguns interesses do governo ao privatizar e restringir os direitos humanos, aprisiona o Tribunal em uma prisão doméstica de irrelevância⁶²¹. Quando as considerações políticas e os serviços econômicos mercantilizam os serviços de saúde e prestam assistência inexistente à saúde, o direito à vida de muitos é esquecido. Quando a margem de apreciação reduz a Convenção a uma carta ignóbil de privilégios poucos, ignorando o destino infeliz de muitos, mesmo à custa de suas vidas, os ideais dos pais fundadores foram abandonados. Uma abordagem excessivamente restrita à subsidiariedade, focado no cumprimento de determinados governos com uma política social e previdenciária mínima, como um guarda noturno, compromete a efetiva implementação do direito à saúde em todos os Estados-Membros. Para corroborar minha opinião, vou me referir primeiro à linguagem usada pela maioria e depois para o conteúdo do seu argumento. A base do esforço da maioria é uma distinção linguística artificial entre “a negação de acesso a tratamentos emergenciais que salvam vidas” e “mera responsabilidade médica”, cuja artificialidade é reconhecida pela própria maioria no § 193 da decisão. Além disso, nos §§ 183 e 184, a maioria equipara casos de negação de tratamento emergencial em plena consciência (“totalmente ciente”) de risco de consequências fatais e casos de disfunção encaminhados às autoridades médicas “Eles sabiam ou deveriam saber” (teste de *Osman*). Ao fazer isso, a maioria lida de forma semelhante com situações em que o *mens rea* é totalmente diferente. Isso reúne diferentes modelos de crime. Para complicar ainda mais as coisas, no § 191 o primeiro grupo de casos (negação de acesso a tratamentos médicos que salvam vidas) está conectado a um diferente, inferior grau de consciência (“deliberadamente”). A falta de rigor na linguagem da maioria é incompreensível. A maioria

621 Uma crítica parecida foi feita seja pela CESCR seja pela CRC, que destacaram que as partes contratantes mantêm suas obrigações internacionais não obstante a privatização do setor sanitário (Tobin, supracitado, 222-223).

admite que a obrigação de regulamentar inclui, “em sentido amplo”, a obrigação de garantir “o funcionamento efetivo” do marco regulatório e até a obrigação de implementá-lo. Isso é surpreendentemente equivalente a igualar o problema de prestação concreta de cuidados médicos e sua regulamentação geral, eliminando qualquer linha divisória entre os dois. Mas a vastidão deste raciocínio no § 189 é então imediatamente restrito às “circunstâncias excepcionais” mencionadas no § 190. A linguagem usada não só carece de rigor, mas também consistência.

75. O fulcro da frase são os §§ de 194 a 196. Aqui, a maioria refere-se a “última categoria [de casos]”, significando casos de disfunção sistêmica que as autoridades sabiam ou deveriam saber (o segundo grupo de casos). A maioria estabeleceu quatro condições cumulativas para a responsabilidade dos Estados de acordo com o direito internacional⁶²². A primeira condição é o mais alto grau de consciência (“totalmente consciente”). Isso significa que a principal característica subjetiva do segundo grupo de casos (o teste de *Osman*) é abandonada. A partir de agora, a condição de “plena consciência” de *Mehmet Şentürke Bekir Şentürk* também é necessária para os casos em que anteriormente o Tribunal tinha aceitado uma forma de conhecimento putativo (“eles deveriam conhecer”). Em outras palavras, como o requisito subjetivo mais rigoroso do primeiro grupo de casos também deve ser aplicado ao segundo grupo dos casos, a maioria elimina o elemento de distinção entre eles e *de iure* mescla os dois grupos de casos.

76. A segunda condição é a exigência de que problemas sistêmicos ou estruturais não devem dizer respeito a meras instâncias individuais. A maioria esclarece o que eles querem dizer com esta condição, citando § 87 de *Aydoğdu*, que se refere a dados estatísticos. Por implicação, a maioria visa definir o nível probatório em um nível muito alto para encontrar um mau funcionamento “sistêmico ou estrutural”.

77. A terceira e quarta condições referem-se ao requisito de causalidade como condição para a responsabilidade do direito internacional do estado em casos de responsabilidade médica. No § 187 da sentença, a maioria refere-se ao nexos causal, solicitando o estabelecimento concreto de um vínculo causal entre o quadro regulatório e o dano sofrido pelo paciente, dado que, em relação ao primeiro, “deve ser demonstrado que ele trabalhou em detrimento do paciente”. Nenhum dos precedentes citados pela maioria, a saber, *Z c. Polônia e Arskaya* apoia esse raciocínio. Mas no § 196 a maioria é ainda mais severa, na medida em que menciona um “vínculo” entre o mau funcionamento e os danos sofridos e, além disso, um nexos (“deve ser resultado”) entre a avaria e o quadro regulamen-

622 A linguagem utilizada nos §§ 194-196 da sentença (“em primeiro lugar”, “em segundo lugar”, “em terceiro lugar”) se refere a condições cumulativas.

tar. Isso significa que um duplo nexos causal é necessária. Os precedentes citados pela maioria eles não apoiam esse raciocínio. O § 96 de *Mehmet Şentürke Bekir Şentürk* não se refere a qualquer ligação causal e §§ 87 e 88 de *Aydoğdu* apenas se refere à causalidade entre disfunção e dano.

78. Finalmente, a maioria não faz nenhum esforço para colocar este caso em perspectiva, buscando uma abordagem consistente com a anterior jurisprudência do Tribunal sobre o direito à saúde, ao menos aquela relacionada com incidentes de saúde que afetam grupos específicos da população. Dada esta omissão, não é nenhuma surpresa que os padrões cruciais de acesso à assistência sanitária das Nações Unidas, interamericanas, africanas e europeias, como o avanço da proteção judicial do direito à saúde e especialmente no Conselho da Europa, tenham sido ignorados.

2. *Reescrevendo a história* (§§ 79-81)

79. Dois anos após a morte do Sr. Fernandes, o grupo de especialistas de doenças infecciosas da Associação Médica Portuguesa apresentou um relatório segundo o qual o caso do marido da recorrente refletia “as péssimas condições estruturais e operacionais” do trabalho nos hospitais público do mesmo tipo que o CHVNG da época. Ainda assim, a maioria desafia os estudos dos principais especialistas médicos em doenças infecciosas em Portugal dezessete anos após a sua publicação. O argumento da maioria carece de credibilidade.

80. Em primeiro lugar, a maioria se arroga a competência de decidir em um assunto que não era de sua competência. Apesar da repetição piedosa da jurisprudência no § 199 da sentença, o fato é que o § 201 reescreve a história, atacando a credibilidade das conclusões do grupo de especialistas em doenças infecciosas⁶²³. Em segundo lugar, a maioria argumenta que esses estudos não foram confirmados por nenhuma evidência adicional apresentada do grupo ou de relacionamentos subsequentes, mas esqueceram que ninguém, nem mesmo o governo questionou as conclusões sobre “as péssimas condições estruturais e operacionais” de trabalho no CHVNG no momento dos eventos ou a necessidade de “análises e mudanças urgentes”. Em terceiro lugar, a maioria ignora as outras evidências no arquivo que posteriormente reforçaram a tese das disfunções estruturais.

81. De acordo com as demais provas contidas no processo, desde sua criação em 1979, o Sistema Sanitário Nacional (SSN) português viu desenvolvimen-

623 Não se espera que o Tribunal se pronuncie sobre questões que entram exclusivamente no campo de experiência dos especialistas do setor (ver *Metin Gültekin e altri*, supracitado, § 36, e *Kozbokar*, supracitado, § 108).

tos importantes em termos de eficiência e qualidade⁶²⁴. Em todo o caso, o SSN também enfrentou problemas recorrentes, como uso excessivo de departamentos de emergência; listas de espera muito longas; distribuição injusta de recursos de saúde; difícil acesso à atenção primária à saúde; falta de coordenação entre centros de atenção primária, médicos de hospitais, hospitais e médicos privados; acesso limitado a serviços de saúde para pessoas pobres e geograficamente isoladas; e falta de motivação sobre trabalhadores genéricos trabalhando isolados e salários fixos. Uma série de reformas nos cuidados de saúde foi adotada em 1995/96 para abordar esses problemas, aumentando a acessibilidade, melhorando a qualidade, aumentando a motivação dos operadores genéricos com um novo sistema de salários e melhoria da continuidade da assistência. Um relatório do governo de 1996, intitulado “Recomendações para prevenção e controle de infecções hospitalares contraídas em unidades de saúde”, produzido pelo próprio governo no arquivo da Grande Câmara referiu-se a dois estudos sobre a situação nos hospitais portugueses que “mostra[va], em cada momento, aproximadamente 30% dos pacientes do hospital [tiveram] uma infecção e um terço deles contraíram alguma infecção no hospital”⁶²⁵. Em 1998, uma estratégia nacional de saúde foi desenvolvida pela primeira vez e uma política de saúde com objetivos e metas quantificados. Majoritariamente, em dezembro de 1998, alguns meses depois da morte do Sr. Fernandes, foi adotada a Resolução nº. 140/98 do Conselho de Ministros⁶²⁶ para atender à necessidade de um salto qualitativo no desenvolvimento dos recursos humanos no domínio da saúde, com a intenção de resolver o problema da escassez de médicos e enfermeiras especializados e listas de espera excessivamente longas para cirurgias, em particular em algumas partes do país, prevendo uma nova estrutura universitária pública na área das ciências da saúde e a criação de uma nova universidade no campo. Esta é uma tomada de consciência clara do governo de quão sério era o problema sistemático de escassez de médicos especializados na época.

624 Pelas minhas sucessivas observações, veja-se entre outros o documento de trabalho da Direção geral de Pesquisa do Parlamento europeu, *Health care systems in the EU, a comparative study*, Public Health and Consumer Protection Series, SACCO 101 EN, 1998, pp. 105-110; and Pereira et al., “Health Care Reform and Cost Containment in Portugal”, em Mossailos e Le Grand, *Health Care and Cost Containment in the European Union*, Aldershot: Ashgate, 1999, pp. 635-660.

625 Ver o § 104 da sentença.

626 Resolução n. 140/98 do Conselho dos Ministros de 4 de dezembro de 1998.

B. UMA ABORDAGEM BASEADA NOS DIREITOS HUMANOS PARA O PRESENTE CASO (§§ 82-89)

1. As “péssimas condições estruturais e operacionais” do processamento (§§ 82-85)

82. A requerente neste caso queixou-se do atraso no diagnóstico e na cirurgia e no tratamento errado a que seu marido havia sido submetido, ligando essa escassez à falta de pessoal médico⁶²⁷.

83. Embora o primeiro⁶²⁸ e o segundo⁶²⁹ relatórios médicos indicassem possíveis lacunas no procedimento médico, estes não vieram inteiramente confirmados pelo relatório subsequente do conselho disciplinar regional de 28 de dezembro de 2001, o que deixou em aberto a questão de saber se poderia ser um diagnóstico oportuno no caso quando estivesse presente um especialista em doenças infecciosas (“permitiria que um diagnóstico tivesse sido formulado antes”) e considerava “justificado” o tempo decorrido entre o diagnóstico de úlcera duodenal perfurada e cirurgia⁶³⁰. No entanto, o subsequente relatório da Inspeção-Geral da Saúde (IGS) de 25 de julho de 2006 estabeleceu claramente que houve “conduta negligente na assistência médica prestada “pelo Dr. J.C., mas suspendeu o processo disciplinar enquanto se aguardava o resultado do processo penal⁶³¹. Mesmo que estes últimos processos não estabelecessem responsabilidade do médico assistente J.C., isso se deve ao fato de não ter havido autópsia, que era obrigatória neste caso, conforme admitido por especialistas em doenças infecciosas. A falta de uma autópsia “enfraqueceu incalculavelmente” o esclarecimento dos fatos, situação relatada pelos peritos⁶³². Esta omissão é a melhor prova de que, desde o início, não houve disposição para esclarecer os fatos, investigar minuciosamente as pessoas envolvidas e divulgá-los finalmente à justiça⁶³³. O fato de ter demorado dois anos porque o IGS abriu uma investigação e mais um ano para designar um inspetor para chefe da investigação também é contundente.

84. Os fatos deste caso não foram um infeliz incidente episódico, mas a consequência de um mau funcionamento estrutural que privou um paciente de acesso a cuidados de saúde também colocando outras vidas em risco. Este era um problema sistemático com a falta de pessoal médico especializado, como especia-

627 Ver ponto 14.40 do recurso introdutivo, páginas 12 e 48 das observações de 8 de junho de 2015 e § 99 da sentença da Câmara.

628 § 52 da sentença.

629 § 53 da sentença.

630 § 57 da sentença.

631 § 49 da sentença. A relação do IHG era definitiva e portanto não é verdade que nenhum dos órgãos judiciários e disciplinares encontraram culpa no tratamento médico (§ 198 da sentença).

632 Ver o § 53 da sentença. Todavia, a maioria erroneamente sustém, no § 227, que não era necessária uma autópsia.

633 Ver *Pereira Henriques*, citada anteriormente, § 57 (sustem-se que uma autópsia pode ajudar a fornecer um registro completo e acurado das lesões e uma análise objetiva das investigações médicas).

listas em doenças infecciosas, em hospitais como o CHVNG. A evidência no arquivo fala por si. As palavras do relatório de especialistas em doenças infecciosas não poderiam ser mais claras:

“As condições desumanas descritas neste processo, a respeito de como o paciente foi tratado, são outro exemplo da situação encontrada diariamente em nossos hospitais; um reflexo das condições estruturais e operacionais terríveis que requerem análise e mudança urgentes. Este conselho do Comitê de Doenças Infecciosas da Associação Médica deve desempenhar um papel fundamental na defesa dos direitos dos pacientes e médicos para criar melhores condições de atendimento para os primeiros e melhores condições de trabalho para os segundos. Reiteramos, mais uma vez, a necessidade de considerar a criação de enfermarias / unidades de doenças infecciosas, como no Hospital de Vila Nova de Gaia para melhorar a qualidade do atendimento neste propósito”⁶³⁴.

85. Esta prova fornecida pela Associação Médica Portuguesa por si só mostra duas coisas. Primeiro, que a inadequação dos regulamentos locais e da prestação de cuidados de saúde em 1998 refletiu um problema estrutural afetando não apenas o CHVNG, mas todos os hospitais semelhantes. Em segundo lugar, que a inadequação das regulamentações locais e da prestação de cuidados de saúde era conhecida das autoridades de saúde, uma vez que o grupo de especialistas “teve o cuidado” de reiterar as críticas levantadas anteriormente. As autoridades nacionais sabiam dos riscos em questão e portanto, eles falharam em seu dever de proteger a vida dos pacientes interessados.

2. Traçando as consequências da história (§§ 86-89)

86. Como a maioria, também acredito que houve uma violação procesual do Artigo 2 da Convenção, porque as autoridades nacionais falharam em esclarecer as diferentes fases da internação hospitalar do Sr. Fernandes e as causas humanas de sua trágica morte. No caso presente, o governo não deu explicações suficientes para o que aconteceu, isto por si só deve ser suficiente para configurar uma violação material, como explicado acima. Além disso, em *Aydoğdu*⁶³⁵, o Tribunal utilizou dados oficiais para esclarecer qual era a situação nos dois hospitais envolvidos. No presente caso, uma vez que o governo não forneceu uma explicação suficiente quanto ao ocorrido, o Tribunal deveria ter levado em consideração dados oficiais presentes no arquivo, que revelam um problema estrutural no sistema público de saúde na época do fato, conforme descrito acima.

634 § 53 da sentença.

635 *Aydoğdu*, citada anteriormente, § 85.

87. A Grande Câmara ainda não decidiu se é possível aplicar a Jurisprudência *Osman* em uma falha no fornecimento de assistência médica a uma pessoa que se saiba estar em risco. O presente caso diz respeito exatamente a tal situação. Do meu ponto de vista, a jurisprudência *Osman* deve ser estendida não apenas aos casos relativos à negação de tratamento médico para uma pessoa cuja vida está em risco imediato, mas também aos casos em que o tratamento médico foi fornecido de forma ineficaz. Isso também inclui situações de deficiências estruturais e sistêmicas do sistema de saúde, como a falta de pessoal médico especializado, que cria um risco atual para os pacientes⁶³⁶.

88. À luz das provas do processo, só se pode concluir que quando o Sr. Fernandes deu entrada no hospital do Porto, o médico tinha suspenso totalmente o tratamento seguido no CHVNG⁶³⁷. Em 6 de março de 1998, o Sr. Fernandes enfrentou um risco imediato de morte, que se verificou após um período de agonia de dois dias. Tinha havido uma perfuração duodenal⁶³⁸. A cirurgia de urgência foi adiada até 7 de março às 20h⁶³⁹. Ele faleceu no dia 8 de março às 2h55.

89. Ademais, tendo em vista que o alcance do Artigo 2 não pode ser interpretado como limitado ao tempo e à causa direta da morte do indivíduo, a cadeia de eventos anteriores também pode incorrer em responsabilidade perante o direito internacional⁶⁴⁰. Nas “péssimas condições estruturais e operacionais” de trabalho do CHVNG, especialmente no campo da prevenção de doenças infecciosas, Sr. Fernandes enfrentou um risco real quando recebeu alta do CHVNG em 3 de fevereiro de 1998. O fato de que a alta foi voluntária claramente não isenta o médico que o dispensou, Dr. J.C., de responsabilidades profissionais, como também estabeleceu o IGS. Uma vez que as condições de trabalho mencionadas acima eram conhecidas pelas autoridades médicas, a responsabilidade internacional do Estado está presente. Essas circunstâncias foram ignoradas pela maioria. Em última análise, a crítica da maioria de que os tribunais nacionais “trataram a cadeia de eventos como uma sucessão de incidentes médicos, sem prestar atenção especial em como eles estavam conectados entre eles”⁶⁴¹ se encaixa perfeitamente à própria maioria.

636 Confrontar a sentença *Aydoğdu* e a relação de abril de 2000 do grupo da Associação médica pelas doenças contagiosas, citado no ponto 53 da sentença.

637 Ver o ponto NN da parte “dos fatos” da sentença da suprema Corte administrativa de 26 de fevereiro de 2013. O § 79 da presente sentença cita a sentença do Tribunal mas omite este fato.

638 Ver a parte “dos fatos” da sentença do Tribunal administrativo e fiscal do Porto de 23 de janeiro de 2012 (“A perfuração ocorreu 24 horas antes da intervenção cirúrgica”), que foi confirmado pelo Supremo Tribunal Administrativo. O fato foi citado no § 76 da presente sentença mas ignorado na sua parte sobre o direito.

639 O § 24 da sentença da Câmara estabeleceu que a primeira decisão de operar já tinha sido tomada em 6 de março de 1998. Sem nenhuma explicação, o § 25 da presente sentença omitiu este fato.

640 Ver a formulação de princípio em *Dodov*, citada anteriormente, § 70.

641 § 237 da sentença.

C. CONCLUSÃO PRELIMINAR (§§ 90-91)

90. O tremendo sofrimento que o marido da recorrente, um homem jovem e saudável, sofreu de novembro de 1997 a março de 1998 é indescritível. A forma odiosa como ele foi tratado combina com aquela em que a própria demandante, em sua dolorosa e tenaz busca por verdade, foi tratada. Uma cultura de silêncio cercou esta tragédia. Nenhuma explicação para a tragédia foi dada pela multidão de autoridades envolvidas no caso. Nenhuma responsabilidade foi reconhecida pela conduta de médicos que eram funcionários públicos no trabalho em hospitais públicos.

91. A maioria está certa em argumentar que disfunções sistêmicas ou estruturais que privam o paciente de acesso a cuidados de saúde adequados e também colocam outras vidas em risco desencadeiam a responsabilidade do Estado de violação substancial do Artigo 2. Em situações de mau funcionamento sistêmicas ou estruturais que são conhecidas ou deveriam ser conhecidas às autoridades, o teste de *Osman* deve ser modificado, na medida em que o requisito de “risco imediato” deve ser dimensionado para o de “risco atual”. Isso deveria ter acontecido neste caso. Os fatos do presente caso mostram um mau funcionamento sistêmico ou estrutural por parte do CHVNG que representava um risco atual para o Sr. Fernandes em 3 Fevereiro de 1998, o dia em que finalmente recebeu alta do CHVNG. Tal risco era conhecido pelas autoridades médicas, que foram avisadas repetidamente pela Associação Médica, em particular pelo grupo de especialistas em doenças infecciosas e poderia ter sido evitada por meio da criação oportuna de um departamento de doenças infecciosas no CHVNG, conforme proposto pelos mesmos especialistas. É estabelecido que este risco evitável, conhecido e atual se apresente, primeiro em um risco imediato de morte em 6 de março de 1998 e, finalmente, na morte do Sr. Fernandes dois dias depois, a Grande Câmara teve que encontrar uma violação do título substancial do Artigo 2.

VI. CONCLUSÃO (§§ 92-94)

92. Em vários aspectos, a Convenção permanece uma promessa não cumprida. O Tribunal ainda deve atuar para implementar medidas práticas para recolocar as questões de saúde, deslocando-as da mera retórica inútil até a real efetivação dos direitos humanos. Simplesmente lamentar a morte evitável ou dano grave causado pelo fracasso do Estado em cumprir suas responsabilidades nesta matéria de cuidados de saúde e conduta negligente por parte de agentes estaduais, incluindo profissionais de saúde não é suficiente. Voltar-se conta a outra parte é ainda pior e mancha a reputação do Tribunal como um defensor ferrenho da dignidade humana. O progresso tem sido lento e permanece abaixo das expectativas, à luz da natureza consuetudinária do direito aos cuidados de saúde no

direito internacional e o consolidado princípio de *Airey* de que todos os direitos humanos são independentes e inter-relacionados, o que significa que o direito civil para a vida não significa nada se o estado não garante condições efetivas para sua realização para pacientes que absolutamente precisam de cuidados médicos.

93. Na Europa, houve um tempo em que a lei não podia entrar nas prisões ou quartéis, quando carcereiros e oficiais eram divindades intocáveis enquanto os prisioneiros e soldados eram súditos insignificantes. Esse tempo já passou para as prisões e os quartéis. Infelizmente, não acabou ainda para hospitais. Na opinião da maioria, a Convenção deve estar na porta do hospital.

94. Este caso pode ter sido um momento decisivo. A Grande Câmara não queria que fosse assim. Lamento ter rejeitado uma leitura propositiva e informada dos princípios da Convenção, a Corte não garantiu justiça plena.

* * *

5. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM - GRANDE SECÇÃO - FERNANDES DE OLIVEIRA

c. Portugal - pedido no. 78103/14 - julgamento de 31 de janeiro de 2019

O caso: A recorrente, Sra. Maria da Glória Fernandes, era mãe de A.J., um adulto que sofre de transtornos mentais, dependência de drogas e alcoolismo. No decorrer de sua hospitalização voluntária em uma instalação psiquiátrica, A.J. escapara e cometera suicídio. A Sra. Fernandes recorreu para o Tribunal da União Europeia, censurando a violação de artigos 2 e 6 da CEDH. Em particular, a requerente reclamou da responsabilidade por negligência dos supervisores de seu filho por negligentemente supervisioná-lo e pela duração excessiva do julgamento compensatório nos confrontos da estrutura. Com a sentença de 28 de março de 2017, a Seção IV do Tribunal Europeu concluiu por unanimidade pela violação do Artigo 2 CEDH substancialmente e processualmente. Subseqüentemente, a pedido do Governo, o processo foi remetido à Grande Câmara. Com a decisão de 31 de janeiro de 2019, da Grande Câmara, com maioria de 15 votos a 2, acreditava-se que não houve violação do Artigo 2 da CEDH de um ponto de vista substantivo, ao mesmo tempo em que ratificava o julgamento da Câmara sobre a violação do Artigo 2 sob o perfil processual. Notavelmente, o Tribunal reconheceu que as medidas de vigilância adotadas na unidade de saúde estavam em conformidade com a legislação nacional

e capazes de garantir um nível eficaz de proteção da vida dos pacientes. Os juízes ressaltaram que, levando em consideração a situação clínica geral de A.J. nos dias imediatamente anteriores ao suicídio, a equipe médica responsável sob nenhuma circunstância poderia ter previsto a possibilidade de suicídio iminen-

te. Em vez disso, a Grande Câmara reconheceu a violação do Artigo 2 ECHR sob a perspectiva processual, na absorção da reclamação nos termos do Artigo 6 ECHR, para a excessiva duração do processo cível instaurado pela recorrente.

Palavras-chave: direito à vida - obrigações positivas de proteção à vida – culpa médica - responsabilidade culposa - falha em supervisionar - paciente psiquiátrico

Notas de comentário: Angelica Bonfanti - Davide Galliani

OPINIÃO PARCIALMENTE CONCORRENTE E PARCIALMENTE DIVERGENTE DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE QUE SE JUNTOU AO JUIZ HARUTYUNYAN

1. Votei para que fosse declarada a violação do Artigo 2 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (“a Convenção”), tanto substancialmente quanto processualmente. Se, em referência ao último, acredito que geralmente posso concordar com as conclusões formuladas pela maioria, quanto à primeira, pelo contrário, eu não compartilho dos argumentos, no mínimo, por razões tanto factuais quanto legais. Quanto aos fatos, é minha intenção demonstrar que a convicção expressa pela maioria é o resultado de uma distorção da realidade e que, pior ainda, se referia a um quadro jurídico distinto de uma “filosofia geral”⁶⁴² de proteção do direito à vida de pacientes psiquiátricos que era totalmente inexistente. Para dizer as coisas de forma simples, a opinião da maioria é dirigida a um país que não é Portugal na época. Olhando mais de perto, esta frase é o fruto de um exercício criativo de apreciação judicial realizado no endereço de um país imaginário.

2. No nível da lei, demonstrarei que a opinião da maioria é baseada na orientação ideológica minimalista expressa na sentença *Lopes de Sousa Fernandes*⁶⁴³ quanto às obrigações positivas do Estado no campo da assistência médica e as aplica, desta vez, à categoria, particularmente vulnerável, de pessoas hospitalizadas por problemas psiquiátricos que estão sob a responsabilidade do Estado. Esta abordagem tem como resultado, alinhar o nível de proteção da Convenção com a inércia inaceitável do estado.

A obrigação de adotar um marco regulatório

3. Em matéria de saúde, os Estados são obrigados a estabelecer uma disciplina regulamentar que imponha aos hospitais públicos e privados tomar todas

⁶⁴² Ver o § 130 da sentença.

⁶⁴³ Ver *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal* (GC), n. 56080/13, ECHR 2017.

as medidas adequadas para proteger a segurança dos pacientes⁶⁴⁴. De acordo com o que foi estabelecido na área da saúde no caso *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*⁶⁴⁵, pelo Artigo 2 da Convenção descende do chefe ao Estado, entre outros, a obrigação de fornecer instrumentos jurídicos adequados para a proteção dos pacientes. No caso presente, é verdade que a maioria foi expressa de forma consistente com o princípio de direito consagrado no precedente aqui referido⁶⁴⁶. No entanto, até querer admitir que o conteúdo da obrigação em questão é tão limitado, conforme reivindicado⁶⁴⁷, estou convencido de que o Estado demandado, em qualquer caso, o violou, pelos motivos que vou expor.

4. O Artigo XVII da Lei n. 2006 de 11 de abril de 1945, no relatório descritivo à obrigação do Estado de proteger a vida dos pacientes que sofrem de patologias psiquiátricas hospitalizados voluntariamente em hospitais públicos, previa a possibilidade de recurso a um regime de dupla assistência de saúde, com base em um modelo “aberto” e um “fechado”. A legislação em questão foi substancialmente confirmada no Artigo XXII da Lei n. 2118 de 3 de abril de 1963 e, também após a revolução de 1974, o Decreto n. 127/92 de 3 de julho de 1992 continuou a fazer referência expressa aos dois regimes de saúde mencionados acima. A Lei nº 36/98 de 24 de julho de 1998, atualmente em vigor, ordenou sua abrogação; ainda, na prática diária continua a fazer uso constante de ambos, apesar de ocorrer menos seu fundamento normativo e legal.

5. Relativamente ao quadro regulamentar português em vigor à época dos fatos e, mais especificamente, a adotada no hospital de Sobral Cid (*breviter*, “HSC”), parece apropriado lembrar algumas passagens do relatório do Comitê para a Prevenção da Tortura (o “CPT”):

“108. (...) Os pacientes também poderiam ser colocados temporariamente em isolamento (ou seja, confinados sozinhos em uma sala). No decorrer do isolamento, que via de regra não durava muito tempo, o paciente tinha que ficar em seu próprio quarto ou, em casos de internação em dormitórios em grupo, o mesmo foi transferido para um único quarto.

109. (...) o CPT entende que a adoção de qualquer medida restritiva em relação a um paciente deve, como regra, ser anotado em uma nota especial de registro. Para proceder ao cadastramento, é necessário que sejam indicados a hora em que a medida começou e a hora em que cessou, as circunstâncias do caso, os motivos que justificaram sua adoção, o nome do médico que o prescreveu ou au-

644 Ver *Calvelli e Cigliò c. Italia* (GC), n. 32967/96, § 49, ECHR 2002-I.

645 Ver *Lopes de Sousa Fernandes*, cit.

646 Ver os §§ 106 e 107 da sentença.

647 Ibid.

torizou e, por fim, um relatório detalhado de quaisquer acidentes ocorridos com os pacientes ou funcionários. “ (itálico adicionado)⁶⁴⁸.

6. Em 2003 e 2008 o CPT, em termos gerais, ainda enfatizou a necessidade de regulamentação “escrita” e “detalhada” dos procedimentos de utilização do regime de isolamento de pacientes que sofrem de patologias psiquiátricas e que ela encontrasse aplicação em “todos os hospitais psiquiátricos”, incluindo os “privados”:

“119. O isolamento de pacientes psiquiátricos deve ser objeto de uma regulamentação detalhada... O CTP recomenda às autoridades portuguesas a elaborar uma”⁶⁴⁹.

(...)

“130. O CTP recomenda às autoridades portuguesas que adotem todas as medidas necessárias para que cada um dos hospitais psiquiátricos adote um protocolo escrito relacionado ao uso de meios de restrição física ou deem pronta execução ao regulamento geral acima referido. Esta recomendação também se dirige a hospitais psiquiátricos privados “ (itálico adicionado)⁶⁵⁰.

7. Apesar disso, o Ministério da Saúde realmente introduziu um protocolo especial relacionado ao uso de meios de “restrição física” que era aplicável em todos os hospitais portugueses, incluindo os psiquiátricos, apenas em 2007 (Circular nº 08 / DSPSM / DSPCS); o regulamento em questão foi posteriormente revogado e, posteriormente, substituído em 2011, desde a introdução, pela Direção-Geral da Saúde, de diretrizes mais extensas (nº 21/2011 de 6 de junho de 2011), relativas ao uso de meios de contenção física, incluindo “isolamento e contenção mecânica e química” (*Orientação da Direção-Geral da Saúde nº. 21/2011, de 6/06/2011 Prevenção de doenças comportamentais dos doentes que poema devido a sua segurança ou da sua envolvente - Contenção de Doentes*). Nas regras mencionadas por último são disciplinados cinco tipos diferentes de contenção: a terapêutica (usada para controlar a atividade corporal do paciente, para controlar partes de seu corpo ou controlar seu comportamento); o ambiental (o que resulta em uma limitação da liberdade de movimento do paciente no espaço, estando estes confinados, por exemplo, em uma sala de isolamento (sala de confinamento), onde pode mover-se com segurança sob supervisão médica); o físico (que consiste na requisição de objetos e outros bens pessoais, em expulsão da

648 Portugal: Visita de 1999, CPT/Inf (2001) 12 | Seção: 38/47 | Data: 20/12/1999, C. Hospital Psiquiátrico Sobral Cid | 5. Meios de contenção. A visita em exame incluía “o pavilhão psiquiátrico geral reservado aos pacientes do sexo masculino”, onde A.J. foi hospitalizado mais vezes (cfr. i §§ 17 e 79 da sentença).

649 Portugal: Visita de 2003, CPT/Inf (2007) 13 | Seção: 37/47 | Data: 30/07/2004, C. *Hospitais psiquiátricos judiciais* | 6. Meios de contenção e recurso ao isolamento.

650 Portugal: Visita de 2008, CPT/Inf (2009) 13 | Seção: 36/44 | Date: 24/07/2008, C. Instituto psiquiátrico | 4. Meios de contenção.

instituição por conduta violenta ou na imobilização do paciente: essas medidas visam evitar situações de perigo); o mecânico (que consiste no uso de uma especial instrumentação que impede o paciente de se mover); finalmente, a química (que consiste na administração de drogas que inibem os movimentos). De acordo com as disposições do ponto 9 das Orientações, cada hospital, na implementação das disposições gerais, precisa adotar seus próprios regulamentos internos que levem em consideração de forma adequada o tipo específico de assistência médica prestada. Este último aspecto foi justificado pelas seguintes observações:

“Está comprovado que, em nível internacional, a contenção física é uma das ferramentas mais utilizadas no tratamento daqueles pacientes que, com o seu próprio comportamento, podem representar um perigo para si próprios ou para as pessoas próximas a eles. Numerosos estudos realizados sobre o assunto têm apontado a importância de prevenir acidentes e outras consequências prejudiciais relacionadas ao uso de ferramentas de contenção. Também está documentado que o uso habitual de tais medidas e a preparação de cursos de formação para profissionais produzem benefícios concretos para a promoção da segurança”.

8. No relatório elaborado na sequência da fiscalização realizada em Portugal em 2012, o CPT fez as seguintes observações sobre o quadro regulatório atual:

“107. Em relatórios anteriores de 2003 e 2008, o CTP havia recomendado a adoção de regulamentos específicos sobre uso de meios de contenção. O que foi feito pelo Ministério da Saúde em junho de 2011, com a elaboração das Diretrizes⁶⁵¹, constitui sem dúvida, um passo à frente. Essas medidas preveem e regulamentam o isolamento e meios de contenção mecânicos e químicos; também, elas vão substituir o protocolo anterior de 2007 relativo apenas aos meios de contenção mecânica⁶⁵². De qualquer forma, causa perplexidade o fato de que o documento em questão não aborda especificamente uma pluralidade de questões particularmente delicadas. Por exemplo: circunstâncias que justificam o uso de meios de contenção não são identificadas; não é previsto que o uso de qualquer medida de contenção deva ser sempre prescrito por um médico ou trazido ao seu conhecimento o mais rápido possível, para autorizar sua execução; não está estabelecido prazo máximo de duração da medida, não é enfatizada a necessidade de que as verificações sejam realizadas periodicamente, que sejam, em qualquer caso, garantidas e preservadas as relações humanas e pessoais do paciente e que haja supervisão cuidadosa pela equipe de atendimento; está faltando a previsão

651 *Orientação da Direção-Geral da Saúde número 021/2011, de 6.6.2011 “Prevenção de comportamentos dos doentes que põem causa a sua segurança ou da sua envolvente – Contenção de Doentes”.*

652 *Protocolo do Ministério da Saúde de maio de 2007 em matéria de utilização de meios de contenção mecânica (Circular n. 08/DSPSM/DSPCS); ver nota 59 ao CPT/Inf (2009) 13.*

da obrigação de manter um registro especial para transcrever os procedimentos de execução da medida (além do que já deve ser transcrito no prontuário do paciente ou da equipe de enfermagem). Além disso, as diretrizes de 2011 ainda não receberam implementação adequada nos hospitais psiquiátricos judiciais visitados e, em qualquer caso, não há nenhuma previsão de aplicação no Hospital Psiquiátrico de Santa Cruz do Bispo, como instituição hoje tutelada pelo Ministério da Justiça. O CPT recomenda às autoridades portuguesas tomar todas as medidas necessárias para todos os hospitais psiquiátricos judiciais - incluindo aqueles sob o controle do Ministério da Justiça - adotar regulamentos escritos sobre o uso de medidas de contenção, de acordo com as recomendações já anteriormente encaminhadas pela Comissão⁶⁵³.

9. Na verdade, as disposições relativas às medidas de contenção contidas nas Diretrizes de 2011 não foram observadas no país⁶⁵⁴. Ainda pior, a equipe médica costumava proceder de forma bastante arbitrária na escolha e aplicação da medida, sem consulta prévia aos pacientes a este respeito, nem mesmo os internados de forma voluntária⁶⁵⁵. Quanto ao uso de restrições, inclusive de pijama, o CTP não poderia ter sido mais claro ao insistir na necessidade de manter um único registro centralizado no qual registrar o uso de “todas as formas” de contenção física em “qualquer instituição psiquiátrica”:

“111. ... O CPT renova a sua recomendação de que recorrer a qualquer meio de contenção, incluindo meios químicos, deve ser sempre expressamente prescrito por um médico ou encaminhado imediatamente à sua atenção. Não é aceitável que a administração de fármacos realizada no decurso de uma intervenção de emergência seja utilizada como forma de contenção química.

112. Nas duas enfermarias de psiquiatria forense inspecionadas, foi evidenciado um recurso a uma forma muito peculiar de restrição da liberdade de circulação. Esta é uma medida particular de vigilância conhecida como o “regime dos pijamas”. Nestes casos, os pacientes foram forçados a usar pijamas o dia todo e eles não tinham permissão para ir ao pátio do instituto. No Hospital Central de Lisboa e do Sobral Cid, o regime em questão foi imposto a todos os pacientes durante as primeiras duas semanas de hospitalização. Em seguida, a medida em questão poderia, no entanto, ser aplicada para aqueles pacientes que exibiram comportamentos agressivos ou que tenham violado regras de conduta internas específicas (por exemplo, a proibição de fumar em ambientes fechados), por um período de um ou mais dias; nesses casos, era o pessoal de plantão, com base em

653 Portugal: Visita de 2012, CPT/Inf (2013) 4 | Seção: 38/45 | Data: 25/07/2012, C. Instituto para pacientes psiquiátricos forenses | 6. Isolamento e outros meios de contenção | a. princípio em matéria de utilização de meios de contenção.

654 Relatório do CPT publicado em seguida à visita realizada no Hospital Sobral Cid de 2012, § 107.

655 Relatório do CPT publicado em seguida à visita realizada no Hospital Sobral Cid del 2012, § 123.

uma avaliação improvisadas de circunstâncias, que tomava a decisão de ativar o mecanismo de vigilância em questão, sem observar nenhum procedimento e sem a previsão de medidas de salvaguarda específicas.

Na opinião da CPT, é seriamente questionável que o regime do pijama encontrasse aplicação generalizada e indiscriminada a todos os pacientes no momento de sua admissão na instituição. Contra eles, seria muito mais apropriado fornecer diferentes regimes de vigilância que não os impeçam a liberdade de movimento. O Comitê recomenda tomar todas as medidas necessárias para prevenir pacientes recém-admitidos nos hospitais Central de Lisboa e Sobral Cid fossem obrigados a usar o pijama.

113. No que diz respeito à manutenção dos registros, deve reconhecer-se que foi adoptado um registo eletrónico no Hospital Psiquiátrico Central de Lisboa quanto ao uso de meios de restrição mecânicos. No entanto, nele eram relatados apenas dados estatísticos sobre a frequência das medidas de contenção utilizadas nos vários departamentos envolvidos; por outro lado, não se encontrava a anotação apropriada de informações e dados específicos, como, por exemplo, aqueles relativos à duração e o tipo de medida efetivamente adotada. Já no Hospital Sobral Cid, nenhum registro havia sido feito. Em ambos os hospitais visitados surgiram sinais relativos ao uso de meios de contenção mecânicos dos registros da equipe de enfermagem ou registros médicos de pacientes; também nestes casos, infelizmente, as informações reportadas eram em sua maioria resumidas, sem referência ao termo inicial e final da medida aplicada.

O CPT já destacou questões semelhantes em várias ocasiões⁶⁵⁶; é desconcertante que as diretrizes elaboradas pelo Ministério da Saúde em 2011 (ver § 107 mencionado acima) não preveem a obrigação de todas as instituições psiquiátricas deverem ter um registro centralizado especial onde possam acompanhar todas as medidas de restrição aplicadas, incluindo o isolamento e meios de contenção químicos e mecânicos. O CPT insta as Autoridades portuguesas a fazerem o que for necessário para garantir que cada tipologia de medida de contenção, em qualquer hospital psiquiátrico, seja adequadamente transcrita em um registro especial. O registro em questão deve dar conta do prazo inicial e final da medida, das circunstâncias do caso, dos motivos que levaram à adoção do mesmo, do tipo escolhido, do nome do médico que o prescreveu ou aprovou, bem como um registro de todos os incidentes que possam ter ocorrido com os pacientes ou para a equipe⁶⁵⁷.

656 Observações do mesmíssimo teor já eram formuladas em seguida à visita realizada pelo CPT em Portugal em 1999, em 2000 e em 2008; cfr. CPT/Inf (2009) 13, § 129.

657 Portugal: Visita de 2012, CPT/Inf (2013) 4 | Seção: 39/45 | Data: 25.7.2012, C. Instituto para pacientes psiquiátricos forenses / 6. Isolamento e outros meios de contenção / b. Os pavilhões de psiquiatria forense no Hospital Sobral Cid e no Hospital

123. (...) O CPT reitera mais uma vez que a internação de um paciente dentro de um hospital psiquiátrico de forma não voluntária, independentemente de ser ou não um caso de psiquiatria forense, não pode em qualquer caso legitimar a equipe médica para submetê-los a regimes de tratamento específicos sem o seu consentimento. Além disso, todos os pacientes que tenham capacidade de compreensão devem ser informados sobre o tratamento que se pretende prescrever e deve ser garantida a possibilidade de recusar qualquer tipo de intervenção médica, independentemente de se tratar de internação voluntária ou não. Quaisquer exceções ao princípio expresso aqui devem existir necessariamente com base na disposição expressa da lei e devem ser justificadas em circunstâncias excepcionais especificamente identificadas. À luz das observações acima, o Comitê pede às autoridades portuguesas que tomem todas as medidas necessárias a fim de alterar a legislação em vigor sobre o assunto” (grifo nosso)⁶⁵⁸.

10. É muito significativo que o CTP pretendesse estabelecer princípios guia destinado a “todas” as instituições psiquiátricas e para o benefício de “todos os pacientes, voluntários ou não, capazes de compreender”. Basta pensar, por exemplo, na consideração de que “todos os pacientes, voluntários ou não, capazes de compreender devam ser totalmente informados sobre o tratamento que se pretenda prescrevê-los e deve ser garantida a possibilidade de recusa àquele tratamento específico ou qualquer outra intervenção de saúde”; - tendo formulado um pedido expresso às autoridades portuguesas para garantir que “O uso de qualquer meio de contenção física aplicado a um paciente registrado em um registro especial que cada hospital psiquiátrico precisa fazer”; ainda, a necessidade de “qualquer tipo de restrição, inclusive a química, deve ser sempre expressamente prescrita por um médico ou imediatamente trazido ao seu conhecimento para ser autorizado “. Da mesma forma, o Comitê pretendeu destacar as graves deficiências encontradas nas modalidades de internação psiquiátrica, tanto nas voluntárias quanto nas obrigatórias, como, por exemplo, o facto de a escolha de recorrer a regimes de vigilância especial dependia de “avaliações improvisadas feitas pela equipe de plantão “sem observar” qualquer procedimento claro de salvaguarda”; que a obrigação de usar pijama foi sistematicamente imposta a todos os pacientes na admissão e que foi de todo ausente a manutenção de um cadastro centralizado para transcrever as medidas de restrições adotadas, incluindo isolamento e outros tipos de restrições mecânica e química.

11. À luz do exposto, certamente não se pode argumentar que o escopo dos princípios estabelecidos pelo CPT limitava-se exclusivamente aos tratamentos sa-

Psiquiátrico Central de Lisboa.

658 Portugal: Visita de 2012, CPT/Inf(2013) 4 | Seção: 39/45 | Data: 25.7.2012, C. Instituto para pacientes psiquiátricos forenses | 7. Salvaguarda| b) A tutela dos pacientes durante a permanência no instituto.

nitários obrigatórios ordenados pelo juiz criminal⁶⁵⁹. A maioria dos juízes, na avaliação dos elementos factuais do caso em questão, omitiu-se completamente de considerar o que foi descrito até agora, visto que basicamente ignoraram o fato de que o primeiro programa nacional de saúde mental (para os anos de 2007-2016) foi aprovado apenas pelo Conselho de Ministros em 24 de janeiro de 2008 (com resolução nº 48/2008). Nas cinquenta e cinco páginas das quais este último documento é composto, estão contidas nove referências ao problema dos suicídios e uma previsão, no entanto, muito genérica, relacionada à implementação futura de específicos programas de prevenção do fenômeno. As disposições em questão, no entanto, são dirigidas exclusivamente a três hospitais psiquiátricos em todo o território nacional - o Magalhães de Lemos (Porto), o Sobral Sid (Coimbra) e o Júlio de Matos (Lisboa) - e a trinta e nove enfermarias psiquiátricas localizadas em hospitais gerais. Com o Decreto n. 1490/2017 levou-se em consideração o estado de concretização do programa, nomeadamente tendo em vista a sua possível extensão até 2020. Nessa altura, surgiram os seguintes perfis:

“Avaliação do programa nacional de saúde mental para os anos 2007/2016 (*Avaliação do Plano Nacional de Saúde Mental 2007-2016*): “(...) Falta uma coordenação efetiva entre as diversas operadoras do sistema sanitário psiquiátrico, acompanhada pelo fato de persistir um forte desequilíbrio na distribuição de recursos humanos, principalmente concentrados em hospitais centrais; (...) Às autonomias locais e regionais foram conferidos poderes de decisão limitados; (...) o desenvolvimento de uma rede de assistência contínua e integrada à saúde mental é insuficiente; os incentivos que buscam incentivar o desenvolvimento e a divulgação de associações locais e outras comunidades capazes de promover políticas de prevenção são completamente inexistentes”⁶⁶⁰.

12. Nacionalmente, um primeiro programa de prevenção de suicídio (2013-2017) foi adotado na sequência da publicação do “*Plano de ação de saúde pública para a prevenção do suicídio*” por parte da Organização Mundial da Saúde (2012)⁶⁶¹. Pela primeira vez foi desenvolvido um plano específico anti-suicídio em uma base nacional para indivíduos e comunidades específicas em risco, incluindo indivíduos sofrendo de patologias psiquiátricas, que leva em consideração todas as indicações e diretrizes úteis para sua implementação.

13. Por outras palavras, é evidente que em 2000 em Portugal as políticas de prevenção de suicídio e contraste de pacientes psiquiátricos estavam em uma fase evolutiva que ousaria definir como “pré-histórica”. Naquela época, não existiam

659 Ver os §§ 78 e 79 da sentença.

660 Cfr. <http://www.sns.gov.pt>.

661 Cfr. www.dgs.pt.

leis ou regulamentos que indicassem o tipo de tratamento de saúde aplicável e as circunstâncias que justificassem sua adoção; nem, muito menos se previu claramente quais sujeitos eram competentes para prescrever sua adoção e para definir o tempo de duração. O regulamento introduzido em 2011, longe de atender aos padrões internacionais estabelecidos ao nível geral pela CPT, não recebeu implementação efetiva, apesar de ter sido dirigido a todos os hospitais psiquiátricos, traíndo as expectativas nutridas a respeito. Portanto, pode-se dizer com certeza que não existia na época e ainda não existe um quadro regulatório claro quanto à definição das obrigações que incumbem ao Estado quanto à proteção da vida e segurança de pacientes psiquiátricos em hospitalização voluntária em instalações como o HSC. Em suma, em 2000 o HSC foi atingido por um vácuo jurídico e regulamentar completo.

14. Tendo ignorado completamente as circunstâncias referidas até agora, a maioria considerou apropriado não condenar o Estado réu com base em uma dupla consideração: em primeiro lugar, foi afirmado que a omissão na instalação de cercas especiais e muros de contenção no perímetro do HSC estava em consonância com as disposições legais em vigor na época em questões de saúde; em segundo lugar, argumentou-se que estas últimas estavam, em qualquer caso, em conformidade com os princípios reconhecidos do direito internacional no campo. Nada poderia ser mais falso. Conforme demonstrado acima, pelo menos até 2011, todos os padrões internacionais estabelecidos pelo CPT foram completamente obliterado; então, a partir de 2011, esses mesmos endereços receberam apenas uma implementação parcial. Portanto, a conclusão para a qual “o quadro legislativo e regulamentar preparou todos os instrumentos necessário para as necessidades médicas e psiquiátricas específicas de A.J.”⁶⁶² encontrou uma resposta adequada no HSC “pode ser explicada seriamente na deturpação completa do conteúdo de todas as recomendações formuladas pelo CTP nos confrontos de Portugal. Além disso, a pronúncia não parece ter atingido o alvo com as queixas do recorrente, especialmente onde afirma-se que a lei em vigor na época previa efetivamente a possibilidade de providenciar a internação obrigatória do paciente e que esta fosse a solução apropriado ao caso de A.J.

A requerente, em sua candidatura, nunca teve a intenção de argumentar que seria aconselhável trancar o filho. Pelo contrário, ela apontou que ele simplesmente precisava de um programa terapêutico personalizado, acompanhado da adoção de medidas restritivas apenas suficientes para salvaguardar a sua saúde e segurança, sem que isso signifique que a adoção de um regime estrito de vigiância era a melhor solução.

662 Ver o § 117 da sentença.

15. O Governo, pelo menos até que a questão específica tenha sido levantada perante a Grande Câmara, minimizou a relevância, para dizer o mínimo, do fato de que em 2000 não havia legislação que regulasse o uso de meios de contenção para os pacientes psiquiátricos admitidos voluntariamente. Neste aspecto, a resposta da maioria é nada menos que surpreendente: de acordo com os juízes, a “lacuna” em questão poderia, no máximo, constituir um perfil relevante para fins de violação do Artigo 5º da Convenção, mas não também do Artigo 2. Seguindo este raciocínio, portanto, a ausência de uma disciplina escrita, clara e previsível sobre o uso de meios de contenção deve ser sempre considerada como um elemento útil para avaliar o cumprimento dos limites definidos pelo Artigo 5, mesmo na hipótese em que o vácuo regulatório em questão possa resultar em um perigo concreto para a vida e segurança dos pacientes psiquiátricos internados em instituições estaduais. Isso equivale a dizer que o fundamental direito à vida, consagrado no Artigo 2, na verdade, merece proteção menos incisiva do que – permitam-nos - menos relevante, consagrado no Artigo 5. Tal conclusão deve ser tida como plenamente irracional.

16. No entanto, resta ainda analisar a passagem mais surpreendente da pronúncia. No § 120, a referência a um suposto “*procedimento de vigilância existente*” é, para todos os efeitos, uma criação *ab ovo* dos juízes de maioria. Nenhuma regra foi estabelecida a este respeito; honestamente, não houve nenhum tipo de procedimento, nem “mais restritivo” nem específico projetado para “situações de emergência”, e isso por um motivo simples: toda decisão sobre as medidas a serem tomadas foi resultado de avaliações improvisadas formuladas pelo pessoal médico, apenas como evidenciado pela CPT em 2012⁶⁶³. O § 120 da sentença, bem como a respectiva base factual sobre a qual se apoia (conforme ilustrado no § 54), é o resultado de uma avaliação “criativa” de uma realidade puramente virtual. Da mesma forma, parece forçado querer argumentar, seguindo a maioria do § 49 da sentença, que o folheto de informações para os usuários “ilustrou totalmente as regras relativas para sua internação “. Na verdade, esse documento contém apenas algumas “informações úteis para se sentir bem no hospital” (*informações úteis para que se sinta bem neste Hospital*), *id est* um conjunto de indicações práticas completamente desprovido de um caráter normativo⁶⁶⁴. Bem, a maioria tem sem dúvida o direito e o dever de expressar sua opinião sobre os fatos, mas certamente não o de criá-los do zero.

17. Também é verdade que, na documentação do caso, a equipe médica e o Governo referiu-se ao uso de um “regime aberto” e um “fechado”; no entanto,

663 Cfr. *supra*, § 112 do Relatório do CTP de 2012, cit.

664 A referência literal é ao documento em questão, conforme indicado na página 35 dos comentários apresentados pelo Governo Português à Grande Câmara.

nem a lei nem os regulamentos administrativos dispõem expressamente quando o Estado deve recorrer a um ou a outro. A patente contradição em que o Governo incorreu ao mencionar o chamado “Regime fechado” é a prova clara de quão confuso e caótico é a realidade subjacente ao caso em questão. No início, o Governo argumentou que o regime em questão, na medida em que seja aplicável à situação específica para A.J., não foi realmente considerada “adequada” às suas necessidades⁶⁶⁵. Posteriormente, ao destacar que o regime fechado, na realidade, poderia ser aplicado exclusivamente a pacientes sujeitos ao tratamento médico obrigatório⁶⁶⁶, o próprio governo admitiu que A.J., embora hospitalizado voluntariamente, foi em abril de 2000 na realidade “confinado ao respectivo pavilhão, vestido de pijama e um roupão” (confinado no respetivo pavilhão, permanecendo vestido com pijama e roupão) e que só a partir da segunda e terceira semana de abril foi ele autorizado a se afastar desse perímetro⁶⁶⁷.

18. É claro que tenha sido, a priori, a real intenção da maioria e o mesmo está gravado no § 122 da sentença. Quase assumindo as funções como juiz de primeira instância, a maioria descartou a existência do nexos causal entre “as supostas disfunções encontradas nos procedimentos de emergência e a morte de A.J.”; e isso antes mesmo de surgirem os problemas relativos à existência real de um perigo “concreto e imediato”⁶⁶⁸ à segurança do filho da presente requerente e, conseqüentemente, à necessidade que fossem adotadas medidas preventivas adequadas. O julgamento pelo menos poderia ter parado naquele ponto. Ainda, na segunda parte motiva “No Direito” da sentença, relativa aos aspectos substantivos do caso (parágrafos 124-132), a maioria não poupou a recorrente do sofrimento adicional de ter que ler que a primeira tentativa de suicídio perpetrada pelo filho e a grave crise, devido a uma grave intoxicação por álcool, que ele consumiu na véspera do segundo - e desta vez bem sucedida - tentativa, não podem ser considerados indicadores suficientemente graves para merecer a atenção do estado português. Ao fazer isso, a maioria acabou lavando as mãos.

A obrigação de tomar as medidas preventivas adequadas

19. A fim de identificar o conteúdo positivo da obrigação do Estado de adotar as medidas preventivas necessárias, a maioria propõe que sigam os critérios estabelecidos no caso *Osman*⁶⁶⁹. Na ocasião, o Tribunal havia afirmado que

665 Ver o § 104 das observações formuladas pelo governo diante da Câmara.

666 Ver o § 130 das observações formuladas pelo governo diante da Grande Câmara.

667 Ver os §§ 21 e 85 das observações formuladas pelo governo diante da Grande Câmara.

668 Ver o § 131 da sentença.

669 Ver *Osman c. Regno Unito*, 28 de outubro de 1998, em *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII). Pessoalmente, já me manifestei a favor de se repensar os critérios *Osman* (ver, a respeito, os casos *Valiulienė c. Lituania*, n. 33234/07, 26 de março

o estado de vulnerabilidade da vítima somente entra em jogo quando é particularmente grave⁶⁷⁰. Uma primeira aplicação do critério em exame ocorreu no caso *Keenan c. Reino Unido*⁶⁷¹, relacionado precisamente a um episódio de suicídio. Em um caso posterior de suicídio cometido por um paciente internado voluntariamente em um hospital psiquiátrico, o Tribunal concluiu pela violação das disposições combinadas dos artigos 13 e 2 da Convenção⁶⁷² após ter constatado a impossibilidade de atuar em nível estadual para denunciar judicialmente a violação do Artigo 2 e obter, em consequência, indenização pelos danos sofridos. Pela primeira vez no presente julgamento, o Tribunal também afirmou que sempre que houver perigo que os pacientes admitidos voluntariamente possam cometer suicídio, o Artigo 2 exige que o Estado tome todas as medidas necessárias para proteger sua segurança.

20. A maioria não se limita a afirmar a existência da obrigação em palavras, mas também passa a estender seu escopo à hipótese de hospitalização obrigatória, estabelecendo que, nesses casos, o Tribunal poderá avaliar a observância efetiva em conformidade “com base em critérios mais rigorosos”⁶⁷³. Disto segue que, no que se refere aos pacientes internados a título voluntário, o Tribunal poderá seguir uma abordagem menos rigorosa. Eu não consigo entender o significado de tal disparidade de tratamento e nem a maioria se esforça para justificá-la. No entanto, isso teria sido o mais adequado, exceto pelo fato de que a Grande Câmara se afastou das conclusões sobre este ponto de que a Câmara havia recebido por unanimidade. Esta última havia se colocado em uma perspectiva completamente diferente e afirmou que todos os pacientes deveriam receber o mesmo tratamento, enquanto:

“Independentemente de a hospitalização ter sido voluntária ou não, sempre que o hospital tiver atendido o paciente, a obrigação do Estado deve ser a mesma. Raciocinar de forma diferente seria o mesmo que privar os pacientes hospitalizados voluntariamente da proteção garantida pelo Artigo 2 da Convenção”⁶⁷⁴.

21. Não se pode ter como decisivo o argumento segundo o qual haveria uma tendência de tratar pacientes psiquiátricos com base em esquemas de “portas

de 2013, e *Lopes de Sousa Fernandes*, cit., § 63). Aqui, por uma questão de síntese, acredito não poder aprofundar ainda mais a discussão sobre este ponto.

670 Ver *Van Colle c. Reino Unido*, n. 7678/09, § 91, 13 de novembro de 2012.

671 Ver *Keenan c. Reino Unido*, n. 27229/95, ECHR 2001-III.

672 Ver *Reynolds c. Reino Unido*, n. 2694/08, 13 de março de 2012.

673 Ver o § 124 da sentença.

674 Ver *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, n. 78103/14, § 73, 28 de março de 2017. A pouca relevância reconhecida à sentença da Câmara simples também emerge do fato de, ao abordar a problemática em questão no § 124 da sentença, a maioria da Grande Câmara não considerou fazer qualquer menção a isso.

abertas”⁶⁷⁵. Em primeiro lugar, é uma representação apenas parcial da realidade que leva a negligenciar o fato de que se está ao mesmo tempo, afirmando uma tendência oposta que visa aumentar as obrigações do Estado na prevenção do suicídio; a maioria parece negligenciar completamente esta última circunstância, como demonstrarei a seguir⁶⁷⁶. Hoje, em retrospectiva, a verdadeira junção problemática reside precisamente na identificação de um ponto de encontro entre as duas direções opostas surdidas no direito e nas práticas internacionais em matéria de saúde; pergunta que a maioria nem mesmo tentou levar em consideração.

Além disso, conforme destacado pela juíza Iulia Antoanella Motoc na própria opinião divergente no caso *Hiller*, “a obrigação de proteger o direito à vida não pode ser sacrificada na tentativa de se conformar com as recentes tendências que surgiram em matéria de saúde”⁶⁷⁷. O direito à vida prevalece sobre o direito à liberdade, especialmente quando as condições psicopatológicas do indivíduo limitam sua capacidade de autodeterminação. Parece um pouco hipócrita argumentar que, em nome de um direito superior à liberdade individual, o Estado deve sempre garantir aos pacientes com instintos suicidas que estão em condições particularmente vulneráveis e estão hospitalizados nas instituições psiquiátricas públicas, a liberdade de acabar com a própria existência. Em última análise, então, o que realmente impulsiona a maioria não é a intenção de identificar concretamente os limites da liberdade de escolha de reconhecer pacientes psiquiátricos admitidos em instalações públicas, mas, do ponto de vista puramente econômico e financeiro, a vontade de se evidenciar os responsáveis das estruturas de inter-nação que estão protegidos de quaisquer recursos e processos judiciais por meio dos quais venha contestada a adoção de “medidas excessivamente restritivas”⁶⁷⁸; sendo, aliás, necessário “levar em conta as prioridades e os recursos que podem

675 Para uma revisão da doutrina sobre este ponto, cfr. Davidson, *An international comparison of legal frameworks for supported and substitute decision-making in mental health services*, in (2016) 44 *International Journal of Law and Psychiatry*, 30-40; Richardson, *Mental Disabilities and the Law: From Substitute to Supported Decision Making?*, em *Current Legal Problems*, 1-22, 2012; Richardson, *Mental Capacity at the Margin: The Interface between Two Acts*, em (2010) 18 *Medical Law Review* 56-77; Donnelly, *Healthcare Decision-Making and the Law*, Cambridge University Press, 2010; McSherry-Weller (a cura di), *Rethinking Rights-Based Mental Health Laws*, Oxford: Hart Publishing, 2010; Nuffield Council on Bioethics, *Dementia: Ethical Issues*, London: Nuffield Council on Bioethics, 2009; Maclean, *Autonomy, Informed Consent and Medical Law: A Relational Challenge*, Cambridge University Press, 2008; Fistein (AA.VV.), *A Comparison of Mental Health Legislation from Diverse Commonwealth Jurisdictions*, em (2000) 32 *International Journal of Law and Psychiatry*, 147-155; Mackenzie-Stoljar (a cura di), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, New York: Oxford University Press, 2000.

676 Os princípios aos quais me refiro aqui estão contidos nos seguintes documentos: *Practice manual for establishing and maintaining surveillance systems for suicide attempts and self-harm*, Organização Mundial da Saúde, Genebra, 2016; *Preventing suicide: a global imperative*, Organização Mundial da Saúde, Genebra, 2014; *Mental Health Action Plan 2013-2020*, Organização Mundial da Saúde, Genebra, 2013; *Preventing suicide, a resource for general physicians*, Organização Mundial da Saúde, 2000 (contendo indicações específicas no atendimento ao paciente); *Preventing suicide, a resource for primary health care workers*, Organização Mundial da Saúde, 2000 (com indicações específicas sobre o tratamento de pacientes com tendências suicidas); *Primary prevention of mental, neurological and psychosocial disorders. Chapter 4: Suicide*, Organização Mundial da Saúde, 1998; *Prevention of suicide: guidelines for the formulation and implementation of national strategies*, Organização das Nações Unidas, New York, 1996.

677 A esse respeito, ver parecer divergente da juíza Antoanella Motoc no caso *Hiller c. Austria*, n. 1967/14, 22 de novembro de 2016.

678 Ver o § 121 da sentença.

ser concretamente dispostos na provisão de serviços de saúde e outros serviços públicos”⁶⁷⁹. Basicamente, sobre o assunto da saúde, estamos testemunhando a disseminação de uma estratégia oculta que visa favorecer o desligamento e comercialização dos serviços de saúde; além disso, é ainda mais evidente que o objetivo é proteger os profissionais que atuam no setor, a ponto de excluí-los do âmbito de atuação da Convenção determinados perfis de responsabilidade do Estado por mortes ou ferimentos graves ocorridos em ambiente hospitalar, subtraindo os casos em questão à jurisdição do Tribunal. Ou seja, esse julgamento se inscreve totalmente no caminho ideológico traçado no caso *Lopes de Sousa Fernandes*⁶⁸⁰.

22. Conforme reconhecido pela própria maioria, A.J. era uma pessoa particularmente vulnerável e esta condição foi afirmada por uma pluralidade de fatores que tornavam a iminência do suicídio completamente previsível. Basta pensar no fato de que A.J. já havia tentado tirar a própria vida há pouco tempo. No seu “prontuário”⁶⁸¹, de 1 de setembro de 1999, “foi destacada a possibilidade concreta de danos à sua integridade física e psicológica devido à abstinência de álcool “. Conforme apontado pelo Procurador Geral em seu parecer perante a Suprema Corte, “no relatório médico de A.J. havia referências a tentativas anteriores de suicídio, um dos quais ocorreu vinte e cinco dias antes. Portanto, teria sido sem dúvida razoável prever outros”⁶⁸².

Em 1º de abril de 2000 A.J. tentou suicídio⁶⁸³. Abaixo se relata o que foi transcrito em seu prontuário naquele mesmo dia: “ele sente que a vida não vale mais a pena, ele se sente marginalizado e completamente incapaz para realizar seus projetos; por isso mesmo ele prefere morrer e, além disso, ele já tentou”⁶⁸⁴. Foi, portanto, bem claro que A.J. “Preferiu morrer”, pois se sentia “marginalizado e impotente”. Bem, ele tinha se manifestado mais vezes uma sensação de profundo desespero que o levou a tentar o suicídio, especialmente depois de perder a oportunidade de conseguir um emprego como motorista de veículos pesados⁶⁸⁵.

679 Ver o § 125 da sentença.

680 Permita-me referir-me à minha opinião separada expressa no caso *Lopes de Sousa Fernandes*, cit., §§ 64, 73 e 74.

681 Seria totalmente arriscado querer qualificar como um “registro médico” o conjunto desordenado, incompleto, confuso e, por vezes, ilegível de documentos que o Governo colocou à disposição do Tribunal; no entanto, vou, em qualquer caso, usar essa terminologia por uma questão de simples conveniência. Em uma inspeção mais próxima, o estado da documentação em questão reflete totalmente os padrões de qualidade dos tratamentos de saúde fornecidos à A.J.

682 Ver o § 43 da sentença.

683 Segundo estudos realizados pela OMS (tradução da Chancelaria), “estima-se que para cada suicídio cometido há mais de vinte tentativas malsucedidas. A subsistência de tentativas anteriores de suicídio ou outros incidentes de automutilação constituem o principal elemento a partir do qual se pode deduzir a possibilidade concreta de que essa pessoa se suicide. (...) O conhecimento real de um fenômeno semelhante é muitas vezes comparado a um iceberg, do qual, como conhecido, apenas uma pequena parte que emergiu é visível (ou seja, suicídios, tentativas de suicídio e episódios de automutilação ocorridos em hospitais ou grandes centros de assistência), enquanto a maioria dos episódios suicidas permanecem “escondidos” sob a superfície e não chegam ao conhecimento dos serviços de saúde “ (em *Practice manual for establishing and maintaining surveillance systems for suicide attempts and self-Harm*, Genebra: Organização Mundial da Saúde, p. 6, 2016).

684 A esse respeito, ver nota constante do prontuário de 1º de abril de 2000.

685 De acordo com a OMS, os “principais fatores de risco individuais” são os seguintes: “tentativas de suicídio anteriores, vários tipos de transtorno mental, abuso de álcool, problemas de trabalho ou financeiros, formas de depressão ou desespero, dor crôni-

No caso de *Renolde c. França*, entre as duas tentativas de suicídio - a primeira fracassada e a segunda bem-sucedida - dezoito dias se passaram⁶⁸⁶. No caso de A.J., o intervalo de tempo decorrido foi de vinte e seis dias, intercalado com uma autolesão severa ocorrendo dois dias antes da morte. Para a luz da *ratio decidendi* seguida no caso *Renolde*, em relação ao qual o perigo de suicídio fora considerado concreto, com a consequência para a qual a obrigação de agir com todas as medidas preventivas necessárias deveria ser considerada subsistindo independentemente do fato de que “suas condições mudaram ou que o perigo de uma nova tentativa de suicídio era mais ou menos intenso”⁶⁸⁷, parece espontâneo perguntar por que os mesmos princípios não foram aplicados a fim de avaliar o perigo ao qual A.J. foi exposto.

23. A isto deve-se acrescentar que, à luz do que foi verificado no decurso dos julgamentos realizados a nível nacional, A.J. também foi afetado por esquizofrenia e uma “síndrome depressiva forte”⁶⁸⁸. A esquizofrenia tinha sido inicialmente diagnosticada em 6 de setembro de 1999, antes da primeira tentativa de suicídio⁶⁸⁹.

No caso *De Donder e De Clippel c. Bélgica*⁶⁹⁰, o Tribunal considerou que a esquizofrenia paranoide é acompanhada por um risco alto e previsível de suicídio. Por essa razão, naquele caso, o Tribunal decidiu pela violação do Artigo 2, mesmo sem ter havido uma tentativa anterior de suicídio, devido ao fato de que “no que diz respeito ao imediatismo de tal pessoa o risco era objetivamente difícil de perceber, no que diz respeito às hipóteses do suicídio, o critério em questão

ca, episódios precedentes de suicídio na família e alguns fatores genéticos e biológicos (...) O estado depressivo-afetivo, como um aspecto cognitivo da psique, é um indicador típico de risco de suicídio sempre que estiver associado a transtornos mentais ou episódios precedentes de lesões autoprovocadas e suicidas (113). O desespero se manifesta em três linhas: está vinculado a modalidades com que uma pessoa se aproxima do futuro, a perda de motivação e estímulo e, finalmente, às expectativas pessoais. Muitas vezes, esse estado afetivo é acompanhado por pensamentos recorrentes como “as coisas nunca vão melhorar” e “minha situação não está melhorando” e, na maioria dos casos, resulta em síndrome depressiva (114)” (em *Preventing suicide: a global imperative*, Genebra, Organização Mundial da Saúde, 2014, pp. 31 e 40).

686 Cfr. *Renolde*, cit., § 86.

687 Cfr. *Renolde*, cit., § 89: “(...) o perigo era real e Joselito Renolde precisava de vigilância constante para evitar uma piora repentina de suas condições.” Ver, também, Keenan, cit., § 96: “A iminência do possível suicídio não foi constante, mas sofreu variações. Na verdade, no comportamento geral de Mark Keenan era possível encontrar períodos de aparente normalidade ou, em certo sentido, plena capacidade de lidar com os problemas que o afligiam. Não pode, portanto, sustentar-se, que esteve constantemente em situação de perigo iminente e concreto durante seu período de internação. No entanto, devido a essas flutuações frequentes, foi considerado apropriado providenciar uma supervisão mais cuidadosa, especialmente no caso de uma deterioração repentina.”

688 Não de «depressão», como sublinhado de forma simplista no § 127 da sentença, mas uma «síndrome depressiva severa». A esse respeito, ver laudo pericial arquivado no curso do julgamento administrativo interno, expressamente referido no § 33 de sentença.

689 Veja laudo pericial arquivado em processo interno ao Juízo administrativo, citado no § 33 da sentença. Segundo a OMS, “a taxa de deficiência e de mortalidade que afeta pessoas com transtornos mentais é significativamente maior do que a média. Por exemplo, pessoas com síndromes depressivas graves ou esquizofrenia têm 40-60% mais probabilidade de morrer prematuramente do que o resto da população; isso se deve tanto à incidência de várias doenças físicas que muitas vezes não recebem tratamento adequado (pense em câncer, doença cardiovascular, diabetes ou HIV) e suicídio” (em *Mental Health Action Plan 2013–2020*, Genebra, Organização Mundial da Saúde, 2013, § 11).

690 Ver *De Donder e De Clippel c. Belgio*, n. 8595/06, 6 de dezembro de 2011.

não pode estar envolvido indiscriminadamente⁶⁹¹. Mais uma vez, não consigo entender por que foi considerado possível prescindir da urgência do perigo no caso belga e não no português⁶⁹², onde, aliás, existiam os dois factores levados em consideração nos casos *Renolde e De Donder* a fim de afirmar a subsistência de um risco considerável para a segurança dos pacientes.

Do exposto, parece razoável perguntar se o Tribunal não operou uma discriminação ilegítima entre pacientes, do momento que não se percebe qualquer justificativa para o tratamento diferente reservado, de um lado, para A.J. e, por outro lado, aos pacientes dos casos francês e belga. Não se trata de pergunta retórica; pelo contrário, adquire significado à luz de argumentos que se seguem, onde tentarei demonstrar que, como resultado para todo o caso, o prejuízo sofrido por A.J. não recebeu realmente a reparação que ele merecia.

24. Em terceiro lugar, os tribunais domésticos descartaram que o suicídio fosse previsível enquanto A.J. ele não recebesse um diagnóstico adequado. Em suma, a falha em fazer um diagnóstico oportuno e adequado opera para o Estado como desculpa por não ter previsto o perigo para o qual o paciente foi exposto. Esta é uma hipótese clássica de raciocínio circular através do qual o Estado tenta explorar suas próprias omissões culpadas a fim de evitar a consequente responsabilidade pelos danos causados. Até o psiquiatra de A.J. (Dr. A.A.), argumentou surpreendentemente que ele foi incapaz de fazer um diagnóstico preciso de sua condição mental, pois ele não teve tempo suficiente para ajudá-lo⁶⁹³, quando, de fato, ele mesmo havia recebido a tarefa de cuidar dele em dezembro 1999, quatro meses antes do suicídio.

O que mais incomoda é que, na verdade, um diagnóstico nas condições de A.J. foi realizado, mas somente após sua morte⁶⁹⁴. Em particular, para A.J. foi diagnosticado com transtorno *borderline* de personalidade, mas só depois do suicídio⁶⁹⁵! Nas palavras do consultor médico nomeado pelo tribunal, “A.J. é um indivíduo de temperamento explosivo e facilmente irritável (...) exibe comportamento agressivo em relação à família (sua mãe e irmã), ele tende a ficar com raiva sem motivo também quando ele não está sob efeito do álcool (...) Às vezes ele direciona essa agressão contra si mesmo e seu prontuário referem-se a repetidas tentativas de suicídio (...)”⁶⁹⁶.

691 Ibid., § 76.

692 A maioria nem específica o intervalo de tempo considerado para avaliar a iminência do perigo: primeiro se faz referência aos «últimos dias da sua vida» (§ 128); posteriormente, aos “dias anteriores” (ibidem); por último, para os “dias imediatamente precedentes ao suicídio” (§ 129 da sentença). No entanto, teria valido a pena perguntar qual intervalo de tempo deve ser considerado para este propósito.

693 Ver o depoimento de Dott. A.A. alegado no recurso.

694 Ver o § 33 da sentença.

695 Ver os §§ 11 e 40 da sentença.

696 Ver a relação de 27 de setembro de 2006 depositada pelo médico especialista nomeado pelo Tribunal, alegado no recurso.

25. Em quarto lugar, A.J. tinha inúmeros registros de alcoolismo e abuso de drogas. Ele cometeu suicídio em 27 de abril de 2000. Em 25 de abril de 2000, dois dias antes de seu suicídio, ele havia sido vítima de um grave “episódio de automutilação”, uma consequência típica da intoxicação por álcool⁶⁹⁷. No entanto, apesar disso, nenhum médico sentiu que era necessário aumentar as medidas de controle contra ele. A.J. foi abandonado para seu próprio desespero e sua própria “agressão”; aquela mesma raiva que, nas palavras do médico especialista, foi “ocasionalmente voltada contra si mesmo”.

26. Em quinto lugar, A.J. ele era jovem e, segundo a OMS, “Suicídio é a segunda causa de morte mais comum entre jovens no mundo. ... Além disso, jovens e idosos são mais propensos a demonstrar tendências suicidas ou autolesivas”⁶⁹⁸.

27. Finalmente, mas não por isso se deva considerar como uma circunstância menos significativa do que as outras, A.J. era um paciente classificado pelo mesmo HSC na categoria “GD3”⁶⁹⁹, ou seja, “grau de dependência 3”. Dependência grau 3 “refere-se a pacientes em necessidade de assistência intensiva ou integral nas fases patológicas agudas ou de emergência grave”⁷⁰⁰. Grau de dependência 1 “refere-se a pacientes autossuficientes. O grau de dependência 2 “corresponde aos pacientes que requerem assistência parcial”. Relatórios médicos entre 25 de abril de 2000 e a data do suicídio não faz referência ao “grau

697 De acordo com a OMS, “com base na definição fornecida, devem ser incluídos todos os comportamentos a seguir (ou seja, os seguintes devem ser considerados episódios de automutilação intencional ou tentativa de suicídio): todos os atos de automutilação, com base na Classificação CID-10, Estrutura, 3.1, (por exemplo: abuso de álcool, abuso de drogas, a ingestão de pesticidas, a injúria intencional, a tentativa de afogamento, a tentativa de enforcamento e ferimentos à bala) sempre que o caráter intencional de automutilação for verificado”, em *Practice manual for establishing and maintaining surveillance systems for suicide attempts and self-harm*, Genebra: Organização Mundial da Saúde, p. 33, 2016); Ver, também, o *Mental Health Gap Action Program. Scaling up care for mental, neurological, and substance use disorders*, Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2008, p. 29: “O suicídio é a terceira causa de morte em pessoas com idade entre 15 e 34 anos, e, no que se refere a toda a população, independente da idade, é a décima terceira causa de morte. Cerca de 875.000 pessoas cometem suicídio todos os anos. Uma taxa alta de suicídio é frequentemente associado a transtornos mentais graves, como estados depressivos e esquizofrenia, e dependência de álcool ou outras substâncias”. Veja também o documento *National Confidential Inquiry into Suicide and Homicide by People with Mental Illness (NCISH), Safer Care for Patients with Personality Disorder*, Manchester: University of Manchester, 2018: “a maioria dos pacientes que encerraram sua existência viveram anteriormente episódios de lesões autoprovocadas (146,95%). Em vinte casos (16%), o último episódio autolesivo ocorreu cerca de uma semana antes do suicídio; em oitenta e um casos (70%), ocorreram nos três meses anteriores. Em alguns casos, a automutilação ocorreu durante o ano anterior (77,66%). Na maioria dos casos, os gatilhos eram bem conhecidos por centros de atendimento (106,98%), a saber: abuso de álcool, (...). Na hora do último comportamento autolesivo, uma avaliação foi realizada em cento e vinte e um casos (71%) do risco real de suicídio, uma previsão foi feita em 91 casos (71%) de possível suicídio, enquanto em 85 casos (69%) foi estruturado um programa especial de gestão de risco”.

698 Ver *Mental Health Action Plan 2013-2020*, Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2013, §§ 11 e 75. Ver também o documento *Preventing suicide: a global imperative*, Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2014, página 11: “Os jovens são os indivíduos de maior risco: o suicídio é agora a segunda principal causa de mortalidade entre os jovens com idade entre 15 e 29 anos em todo o mundo”. De acordo com o *Guidelines for Suicide Prevention*, publicado pela International Association for Suicide Prevention (IASP): “Existem também alguns grupos de indivíduos particularmente em risco. É o caso, em particular, daqueles que já têm tentativas de suicídio anteriores por trás deles, aqueles que são viciados no consumo de álcool e outras substâncias e, em geral, de jovens (...). Numerosos estudos mostram que as pessoas que já tentaram suicídio são muito mais propensas a fazê-lo novamente no futuro. (...) Há muito se sabe que o vício em álcool e outras substâncias é frequentemente associada a um alto risco de suicídio”.

699 Ver o § 30 da sentença.

700 Ver, por exemplo, as notas médicas de 11 de janeiro de 1993 e 2 de fevereiro de 1993 contidas no arquivo. Embora ele estivesse ciente desta situação (Ver, a este respeito, § 13 da sentença), a maioria não considerou adequado levar em consideração circunstâncias semelhantes para os fins da correta classificação do fato de que “A.J. esteve apresentando por algum tempo Transtornos Mentais, Desordem Mental” (§ 130 da sentença).

de dependência” de A.J. Isso significa que, nos dois dias anteriores ao suicídio, ninguém do HSC realizou uma avaliação de risco adequada relacionada às suas condições⁷⁰¹.

As medidas adotadas para prevenir o suicídio de pacientes psiquiátricos voluntários

28. Tendo em conta o que precede, deve considerar-se que no caso de A.J. a iminência do suicídio era concretamente previsível e que tanto o HSC quanto as outras autoridades hospitalares estavam cientes disso. Também para querer sustentar o contrário, seria legítimo esperar, pelo menos, a adoção de medidas cautelares básicas. A maioria negligenciou este último aspecto inteiramente; ainda, de acordo com a constante jurisprudência deste Tribunal, o Estado tem a obrigação de reduzir o risco tanto quanto possível de que existam episódios de automutilação ou tentativa de suicídio, independentemente se ele estava ou não ciente desse risco⁷⁰².

Embora a maioria não tenha considerado necessário seguir essas diretrizes⁷⁰³, eu, pelo contrário, acredito que é moralmente correto fazê-lo, tanto por razões de consistência com a sólida orientação jurisprudencial referida e porque é nosso dever fornecer uma análise jurídica tão abrangente quanto possível e completa do caso. É necessário, portanto, perguntar se as medidas adotadas foram realmente suficientes e adequadas: a resposta à questão em exame só pode ser negativa pelas sete razões que vou expor.

29. Em primeiro lugar, em Portugal não existia e, até a presente data, ainda não existe uma estrutura regulatória adequada que discipline organicamente a obrigação do estado de proteger a vida de pacientes psiquiátricos hospitalizados voluntariamente em hospitais públicos. A lei não prevê expressamente sob quais condições os médicos podem escolher submeter um paciente com transtornos psiquiátricos em regime aberto ou fechado ou se deve colocá-lo em isolamento. O caso em questão deve, então, ser a ocasião para induzir o estado a preencher lacunas semelhantes e regulamentar o trabalho dos médicos do hospital.

30. Em segundo lugar, não havia, e ainda não existem, instrumentos administrativos adequados destinados a garantir uma vigilância mais intensa de pacientes em risco de suicídio. Por um lado, se é verdade que a escolha de medidas

701 A maioria admite que a avaliação de risco de suicídio foi feita durante a “última” estada de A.J. em 2000 (§ 13 da sentença).

702 Ver *Eremiasova e Pechova c. Republica Ceca*, n. 23944/04, § 110, 16 de fevereiro de 2012, substancialmente refeito em *Keller c. Russia*, n. 26824/04, § 88, 17 de outubro de 2013.

703 No § 132 da sentença, a maioria parece querer evitar o segundo efeito do Critério de *Osman*; no entanto, as medidas tomadas pelas autoridades nacionais já haviam sido consideradas adequadas nos parágrafos anteriores (Ver, por exemplo, o § 130 da sentença).

específicas a serem tomadas na prática ficam a critério do Estado, por outro lado, cada Estado deve ainda levar em conta, nesse sentido, os princípios internacionais estabelecidos pela OMS. De acordo com este último, os pacientes que mostram alguma propensão para o suicídio requerem uma supervisão mais incisiva e eficaz, que pode ser assegurada, por exemplo, por meio do uso de um sistema de videovigilância, dispositivos eletrônicos de rastreamento⁷⁰⁴ ou qualquer outro meio fornecido por novas tecnologias. Essas ferramentas permitem identificar quaisquer deficiências dentro da via de tratamento e produzem efeitos dissuasores; elas também permitem manter os níveis qualitativos das terapias seguidas. A utilização desses meios também favorece o desenvolvimento de um ambiente de acolhimento onde as pessoas podem confiar que receberão cuidados adequados. Ferramentas de vigilância eletrônica podem ser usadas nas partes comuns dos institutos e, quando necessário, em salas e dependências privadas frequentadas por usuários. Neste caso, é claro, o consentimento do usuário é necessário. Hospitais podem usar equipamentos de vigilância visíveis e ocultos. O monitoramento adequado dos pacientes permite reagir prontamente a situações de crise repentinas, permitindo que se aumentem as probabilidades de sobrevivência dos pacientes⁷⁰⁵. Justamente por isso, no que diz respeito a pacientes que se encontram na mesma situação que A.J., os princípios estabelecidos pela OMS não preveem a construção de paredes divisórias nem, muito menos, o estabelecimento de um regime quase penitenciário⁷⁰⁶.

704 Ver o documento *Practice manual for establishing and maintaining surveillance systems for suicide attempts and self-harm*, Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2016, p. 6: “Como parte de uma política de prevenção do suicídio, fortalecer os sistemas de vigilância e monitoramento de pacientes com tendências suicidas ou de automutilação constitui um elemento de importância primordial. (...) Porém, em muitos casos, é muito difícil detectar concretamente tendências comportamentais semelhantes, uma vez que muitas vezes são os próprios sujeitos interessados que não estão totalmente cientes de suas reais intenções. Devido a esta razão, a adoção de um mecanismo de vigilância centralizado em hospitais pode favorecer a identificação de comportamentos autoleivosos heterogêneos, caracterizados por um diferente grau de agressão e apoiado por motivações díspares, e não apenas aquelas caracterizadas por fortes intenções suicidas”. No documento *Mental health GAP Intervention Guide Version 2.0 for mental, neurological and substance use disorders in non-specialized health settings*, Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2016, p. 136: Para todos os casos de *For all cases of Medically/Serious Act of Self-Harm or Imminent Risk of Self-Harm/Suicide*, aconselha-se: “colocar a pessoa em um ambiente seguro e de apoio dentro da instituição de saúde e não deve o paciente sair sozinho”.

705 Em sede de atualização das normas internacionais sobre o assunto, a CPT, em março de 2017, mostra que aceita o uso de sistemas de vídeo vigilância como meio de contenção em instituições psiquiátricas para adultos; no entanto, ele acrescenta: “É claro que a vigilância por vídeo não pode substituir a presença ativa e contínua de pessoal “(CPT / Inf (2017) 6). A Care Quality Commission é a autoridade reguladora independente para o setor de saúde na Inglaterra: regulamenta os serviços de saúde no país e oferece pluralidade de recomendações, dirigidas aos prestadores de serviço e ao público, sobre o uso dos meios de vigilância em lares de idosos e hospitais. Ver, sobre isso, *Using surveillance*.

Information for providers of health and social care on using surveillance to monitor services, dezembro de 2014 (atualizado em 2015 com os novos regulamentos adotados): “Em determinadas circunstâncias, os sistemas de vigilância podem assumir as características de verdadeiros meios de “privação de liberdade pessoal” - pense, por exemplo, no uso de câmeras de circuito fechado ou dispositivos de identificação por radiofrequência para localizar um indivíduo e impedi-lo de sair da unidade de saúde. Se o objetivo perseguido por meio do recurso a tais medidas arrisca restringir a liberdade pessoal, é necessário fortalecer a consulta com as partes interessadas e seguir as recomendações relevantes. Este último cuidado é adicional àqueles que normalmente devem ser observados na hipótese de vigilância do paciente”.

706 Sobre a prevenção do suicídio e o uso de meios de contenção, incluindo isolamento de pacientes e vigilância por vídeo, Ver Dasic (em Aa. Vv.), *Improving patient safety in hospitals through usage of cloud supported video surveillance*, 5 (2), 2017, em *Macedonian Journal of Medical Sciences* 101: “A segurança do paciente é uma questão muito problemática e pode ser melhorada através do uso de sistemas de vigilância centralizados que permitem que a equipe se concentre mais em tratamentos terapêuticos a serem fornecidos aos pacientes do que monitorá-los constantemente para que não ocorram incidentes”; Stolovy (in AA.VV.), *Video surveillance in mental health facilities: is it ethical?*, em (2015) 17 *Israel Medical Association Journal*, 274-276: “Tanto a

31. No caso do Hospital Sobral Cid, os sujeitos internados são livres para entrar e sair como quiserem, sem nenhum tipo de controle. O mesmo se aplica a pessoas de fora, que têm acesso livre ao perímetro do hospital e, ainda, para entrar nos pavilhões. Em 2000, apenas uma pessoa encarregou-se da vigilância de todo o edifício e foi posicionado na entrada do estacionamento. Não havia nenhum psicólogo nomeado permanentemente do serviço nem um serviço contínuo de primeiros socorros. No caso de emergência repentina, passamos a contatar um médico por telefone, o que, novamente por telefone, decidiria se autorizaria ou não a transferência do doente no hospital central de Coimbra. Ao longo dos anos ocorreram inúmeros acidentes, alguns deles fatais, em detrimento dos pacientes que de alguma forma conseguiram escapar do instituto⁷⁰⁷.

32. A.J. havia sido internado no pavilhão 8, equipado com uma sala de isolamento. O pavilhão em questão abrigava pacientes hospitalizados tanto voluntários quanto obrigados⁷⁰⁸. Em 25 de abril de 2000, imediatamente após do incidente causado pelo abuso de álcool, A.J. foi hospitalizado sob regime “Aberto”, conforme evidenciado pela nota constante em seu prontuário, onde podemos ler que “ele era livre para andar pelo pavilhão”⁷⁰⁹.

equipe quanto os pacientes têm acolhido positivamente o uso de equipamentos de vigilância e, desde a sua instalação, não foram recebidas reclamações quanto ao uso de câmeras. Além disso, a vigilância não provocou reações paranóides nos pacientes; pelo contrário, os mesmos pacientes a percebem como uma forma de proteção”; Carroll (em Aa. Vv.), *Hospital management of self-harm patients and risk of repetition: systematic review and meta-analysis*, em (2014) *Journal of Affective Disorders*, 476-483; Richardson, *Mental capacity in the shadow of suicide: What can the law do?*, em (2013) *9 International Journal of Law in Context*, 87-105; Frank, *Videoüberwachung in der Psychiatrie - Pro, kontra* (Video surveillance in psychiatric hospitals - pro & contra), em (2013) *40 Psychiatrische Praxis*, 117-119: “a gama é muito ampla de argumentos a favor (do uso de ferramentas de vigilância eletrônica em hospitais psiquiátricos); pelo contrário, poucas são as contra-indicações de seu uso”; Salzmann (em AA.VV.), *Panoptic power and mental health nursing-space and surveillance in relation to staff, patients, and neutral spaces*, em (2012) *33(8) Issues Mental Health Nursing*, 500-504: “a grande parte do espaço criado nas enfermarias de saúde mental é para abrigar pacientes constantemente sob vigilância”; Mullender, *Involuntary Medical Treatment, Incapacity and Respect*, em (2011) *127 Law Quarterly Review*, 167-171; David (em AA.VV.), *Mentally Disordered or Lacking Capacity? Lessons for Management of Serious Deliberate Self-Harm*, em (2010) *British Medical Journal*, 341:c4489; Desai, *The new stars of CCTV: what is the purpose of monitoring patients in communal areas of psychiatric hospital wards, bedrooms and seclusion rooms?*, em (2009) *6 Diversity and Equality in Health Care*, 45-53: “O uso de câmeras de CFTV não favorecem apenas a identificação de quaisquer fatores de risco que poderiam afetar os pacientes internados na enfermaria, mas, graças à possibilidade de observar as gravações em vídeo, acabaram sendo uma oportunidade de treinamento. Em tal sentido, Chambers e Gillard (2005) observaram que a coleta e arquivamento de imagens de incidentes ocorridos na instalação teriam garantido a possibilidade de examinar a dinâmica dos eventos ex post, especialmente para identificar todos os gatilhos então traduzidos em episódios de violência, com evidente benefício no campo da prevenção de suicídios. A equipe do hospital também confirmou que as imagens e gravações são capazes de fornecer informações muito mais claras e objetivas durante a análise dos incidentes que ocorreram”; Appelbaum, *Commentary: the use of restraint and seclusion in correctional mental health*, em (2007) *35 (4) Journal of the American Academy of Psychiatry Law*, 431-5; Kennedy, *Electronic surveillance in hospitals: A review*, Edith Cowan University, Perth, 2006: “São muitos os benefícios decorrentes do uso de meios eletrônicos de vigilância em termos de bem-estar do paciente, mas é necessário que o direito à privacidade individual não seja sacrificado pela necessidade de garantir a segurança geral da comunidade”; Smith (em AA.VV.), *Pennsylvania State Hospital system's seclusion and restraint reduction program*, em (2005) *56 (9) Psychiatric Service*, 1115-1122; Paris, 2004 (18), *Is hospitalization useful for suicidal patients with borderline personality disorder?*, em (2004) *18 (3) Journal of Personality Disorders*, 240-247; Ver, também, as Diretrizes e as numerosas contribuições feitas pelo Instituto Nacional de Cuidado e Excelência sobre o uso de meios de contenção de pessoas que sofrem de patologias psiquiátricas admitidas em estruturas hospitalares (<https://www.nice.org.uk/>).

707 Ver o § 55 da sentença. Assaz significativa é a circunstância pela qual tal informação nem mesmo fora considerada pela maioria na época de avaliar o cumprimento da obrigação de adotar medidas preventivas adequadas.

708 Ver o relatório de inspeção elaborado pelo Tribunal de Primeira Instância.

709 Cfr. o registro do plantão de turno das 8h00 às 16h00 do dia 27 de abril continha em seu registro médico.

33. Em terceiro lugar, apesar de A.J. “estivesse em uma situação de desequilíbrio, se opôs à hospitalização, perdeu algumas funções físicas e estava agitado”⁷¹⁰, nenhum médico foi capaz de determinar a gravidade do acidente que ocorreu com ele. Dr. E.R. tentou se justificar da seguinte forma: “Eu estava convencido de que A.J. estava bem, uma vez que a equipe de enfermagem, após os acidentes de 25/26 de abril, não fez nenhum pedido para realizar um diagnóstico avaliativo das condições do paciente”⁷¹¹. Por mais absurdo que pareça, o médico de plantão sentiu que não precisava verificar a condição de um paciente suicida, que recentemente havia passado por um grave episódio de alcoolismo, pelo simples fato de que as enfermeiras não lhe haviam pedido especificamente para fazer isso; como se fosse trabalho das enfermeiras e não sua responsabilidade o de tomar as decisões adequadas ao caso.

34. No intervalo de tempo entre 25 de abril e o momento do suicídio, nenhum médico considerou necessário encaminhar A.J. a um regime de vigilância rigorosa, apesar de este último ter sido previamente submetido em várias ocasiões para o chamado “Regime fechado” e até mesmo colocado em confinamento solitário (por exemplo, em 12 de dezembro de 1999, foi “trancado em uma sala de isolamento” porque “ele estava agitado e tinha dificuldade para se acalmar”; em 15 de dezembro de 1999 ele recebeu a ordem de “não sair do pavilhão”; em 16 de dezembro de 1999 ele foi ordenado a “não sair do departamento”; em 22 de dezembro de 1999, ele continuou a demonstrar intenção de sair do pavilhão)⁷¹². Somente no dia 13 de abril, após uma visita de seu médico assistente, parece que “sua terapia foi alterada”, mas não há nenhum tipo de referência à natureza e tipo do nova terapia⁷¹³.

35. Em quarto lugar, entre o dia do suicídio e o anterior, descobriu-se que sobre A.J. nenhuma vigilância foi exercida por dezesseis horas, uma vez que nada está anotado em seu prontuário na referência no intervalo de tempo entre as 16h00 de 26 de abril e as horas 8h00 de 27 de abril. Além disso, as últimas anotações relatadas, onde estava indicado que A.J. estava “tranquilo e cooperativo no início do exame” (27 de abril, período das 14h00 às 19h00) foram adicionados pela mesma pessoa às horas 20, então a notícia de seu suicídio já era conhecida⁷¹⁴!

36. Pior ainda, nas vinte e quatro horas antes do suicídio, A.J. não tinha tomado nenhum medicamento, como a última administração de medicamentos

710 Cfr. o registro do plantão de turno das 0h00 às 8h00 do dia 26 de abril continha em seu registro médico.

711 Ver o depoimento prestado pelo Dr. E.R., anexo ao processo, e § 23 da sentença.

712 Cfr. as anotações relativas aos dias de internação constantes de seu prontuário.

713 Cfr. as anotações relativas a esse dia específico contidas em seu prontuário.

714 Em uma inspeção mais detalhada, a mesma pessoa relatou ter suspeitado que A.J. tivesse cometido suicídio e que sua família veio buscar seus pertences pessoais.

datados de 26 de abril, no período entre meia-noite e oito da manhã (mais precisamente, as primeiras às 00h39, altura em que foi visitado no hospital geral de Coimbra, na segunda às 2h00, na hora de sua chegada ao HSC). Portanto, entre 2h do dia 26 de abril e o horário do suicídio, ocorrido em 27 de abril às 17h37, não foi entregue a ele nenhuma terapia medicamentosa. Os testes toxicológicos realizados no seu corpo após sua morte mostrou que A.J. não estava sob o efeito de qualquer droga naquele momento. No laudo pericial o perito médico indicou que “Em seu prontuário médico está falando qualquer tipo de referência ao estado psicopatológico em que o paciente se encontrava em 26 de abril de 2000 “; no entanto, o mesmo especialista foi obrigado a especificar: “(...) Não podemos dar uma resposta mais detalhada à questão, a partir do momento que nos foi negado o acesso à documentação relativa às circunstâncias de suicídio”⁷¹⁵. Deve-se ainda destacar que a tentativa anterior de suicídio, ocorrida em 1º de abril de 2000, foi provocada pela ingestão de drogas e álcool em excesso. Mesmo a próxima tentativa de 25 de abril foi causado por abuso de álcool, desta vez, porém, não acompanhada pela ingestão de drogas. No entanto, A.J. foi abandonado por si próprio e sua doença mental grave. Nesse sentido, deve-se notar que em *Renolde c. França*, a falha em verificar que o Senhor Renolde tivesse tomado seus remédios todos os dias foi uma das razões que levaram o Tribunal a concluir pela violação do Artigo 2 da Convenção. Eu me pergunto, então, por que o mesmo critério também não foi aplicado ao paciente português.

37. Em quinto lugar, o Governo, na sua própria defesa, fez referência a um “programa terapêutico desenhado para cada paciente”⁷¹⁶. No entanto, no processo à disposição do Tribunal não foi possível constatar a sua existência. Pelo menos neste ponto, a maioria sentiu que não poderia concordar com a posição do Governo. Nem compartilhou o argumento de acordo com o que a recorrente, se ela estava realmente convencida de que seu filho estava em perigo, ela deveria ter pedido internamento forçado. A tentativa de querer culpar a recorrente pelo evento é inaceitável e nada mais faz do que adicionar injustiça ao dano ocorrido.

38. Em sexto lugar, querendo comparar a situação encontrada no HSC com aquelas observadas em outras instituições psiquiátricas, é significativo salientar que em Portugal existem, de facto, institutos semelhantes aos primeiros equipados com cercas adequadas ou sistemas de vigilância por vídeo⁷¹⁷; outros até oferecem programas de terapia altamente personalizados⁷¹⁸.

715 Cfr. laudo pericial arquivado em 27 de setembro de 2006 no Tribunal de primeira instância (Ver, a este respeito, § 33 da sentença), e a entrevista com a irmã de A.J. emitida em 29 de março de 2017 para o jornal *O Público*.

716 Ver o § 94 da sentença.

717 Ver as várias referências contidas no relatório do CTP sobre Portugal acima mencionada.

718 Ibid.

39. Em sétimo lugar, para concluir, é sem fundamento o argumento lançado pelo Governo segundo o qual a sentença da Câmara teria representado um “dilema” jurídico. Em particular, o Estado-réu afirma que o pronunciamento em questão teria imposto sobre ele obrigações internacionais conflitantes: uma decorrente do Artigo 2 da Convenção EDU (*id est*, o da criação de cercas em torno de hospitais ou tomar medidas que restrinjam a liberdade de pacientes); a outra do Artigo 14 da Convenção das Nações Unidas pelos direitos das pessoas com deficiência (“CRPD”) (*id est*, a proibição de construir barreiras ou limitar a liberdade de movimento dos pacientes), especialmente na interpretação fornecida pelo Comitê de Direitos de pessoas com deficiência (“a CRPD”).

40. Nesse sentido, o debate sobre o assunto é extremamente acalorado e testemunha o quanto está o panorama jurídico internacional, tudo menos que claro⁷¹⁹. O Comitê de Direitos Humanos não compartilha das conclusões apresentadas pelo Comitê das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência (CRPD), visto que este admite a possibilidade de recurso aos tratamentos de saúde obrigatórios⁷²⁰. Da mesma forma, o Subcomitê para a prevenção da tortura⁷²¹ justificou o uso de instrumentos de contenção de liberdade pessoal sempre que o paciente manifesta comportamento de autoagressão ou constitui

719 No que diz respeito à Convenção das Nações Unidas sobre Deficiências e sua interpretação dada pelo Comitê CRPD. Ver: Loza-Omar, *The rights of persons with mental disabilities: is the UN Convention the answer? An arab perspective*, in (2017) 14 (3) *The British Journal of Psychiatry International*, 53-55: “O Comentário Geral do Comitê da ONU sobre o Artigo 12 surge de uma perspectiva muito limitado em comparação com as disposições de direitos humanos, não leva em consideração o conhecimento médico-científico e tende a diminuir a importância que as famílias têm em muitas culturas”; Freeman (em AA.VV.), *Reversing hard won victories in the name of human rights: a critique of the Generale Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, em (2015) *Lancet Psychiatry*, 844-50: “Caso seja possível salvar uma vida humana do suicídio, sentimos que podemos dizer que a declaração do Comitê, segundo a qual a internação involuntária deve sempre ser considerada proibida, é errada. ... Onde direitos heterogêneos entram em jogo, o que é fundamental para a vida deve ser sempre privilegiado. ... Considere o caso de uma pessoa ouvir vozes em sua cabeça dizendo para você se machucar ou machucar outras pessoas ... Certamente não se pode dizer que a recusa de recorrer ao tratamento compulsório involuntário promove os direitos dos indivíduos com doenças mentais”; Szumkler (in AA.VV.), *Men al health law and the UN Convention on the rights of persons with disabilities*, in (2014) 37 *International Journal of Law and Psychiatry*, 245-52: “Poucos argumentam que o Estado não tem o dever, mesmo como uma medida extrema e residual, para proteger aqueles que claramente não estão em capacidade de tomar uma decisão por si mesmos sobre o tipo de tratamento de saúde a ser recebido”; Bartlett, *The United Nations on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health law*, em (2012) 75 (5) *The Modern Law Review*, 752-78; Fennell-Khaliq, *Conflicting or Complementary Obligations? The UN Disability Rights Convention and the European Convention on Human Rights and English law*, em (2012) *European Human Rights Law Review*, 662-674; Weller, *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Social Model of Health: new perspectives*, em (2011) *Journal of Mental Health Law*, 74-83; Lush, *Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disability*, em (2011) *Elder Law Journal*, 61-68; Minkowitz, *Abolishing Mental Health Laws to Comply with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, em McSherry-Weller (editado por), *Rethinking Rights-Based Mental Health Laws*, Oxford: Hart Publishing, 2010, 151-78; Bach-Kerzner, 2010, *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, Canada: Law Commission of Ontario; Hale, *Mental Health Law*, London: Sweet and Maxwell, 2010; Lewis, *The Expressive, Educational and Proactive Roles of Human Rights: An Analysis of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, em McSherry-Weller (editado por), *Rethinking Rights-Based Mental Health Laws*, Oxford: Hart Publishing, 2010, 97-128; Bartlett, *The United Nations Convention on the Rights of persons with Disabilities and the Future of Mental Health Law*, em (2009) 18 *Psychiatry*, 496-98; Bartlett (in Aa. Vv.), *Mental Disability and the European Convention on Human Rights*, Leiden: Martinus Nijhof, 2007; Lawson, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or Flase Dawn?*, in (2007) 34 (2) *Syracuse Journal of International Law*, 563-619; Hale, *The Human Rights Act and Mental Health Law: Has it Helped?*, em (2007) *Journal of Mental Health Law*, 7-18; Dhanda, *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?*, em (2006) 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 429-462; Richardson, *The European Convention on Mental Health Law in England and Wales: Moving Beyond Process*, in (2005) 28 *International Journal of Law and Psychiatry*, 127-139.

720 Comentário Geral n. 35 no Artigo 9 do ICCPR, CCPR / C / GC / 35, 16 de dezembro de 2014.

721 No que diz respeito aos direitos das pessoas submetidas a tratamentos de saúde institucionalizados sem seu consentimento informado, CAT/OP/27/2, 26 de janeiro de 2016.

um perigo para a segurança de outras pessoas assuntos. Apesar das exortações a esse respeito formuladas pelo Centro para

Direitos Humanos dos Usuários e Sobreviventes da Psiquiatria (CHRUS-P)⁷²², a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (CEDAW) não aborda a questão relativa ao uso de tratamentos de saúde obrigatórios e hospitalização forçada⁷²³.

41. Os princípios das Nações Unidas para a Proteção de Pessoas sofrendo de doença mental e para a melhoria dos cuidados de saúde mental (1991) lista explicitamente as circunstâncias em que um sujeito pode ser internado em uma enfermaria psiquiátrica sem o seu consentimento. No entanto, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos do homem (OHCHR) considerou que esses princípios estavam em contraste com o Artigo 14 §1 b) da Convenção das Nações Unidas para os Direitos das Pessoas com Deficiência (CRPD), concluindo que a deficiência do paciente por si só não pode nunca justificar em si a adoção de medidas privativas da liberdade pessoal⁷²⁴. Em particular, o Alto Comissário destacou que:

“O parágrafo 1º, alínea b), do Artigo 14 da Convenção fornece claramente que <<(…) em nenhum caso a condição de deficiência pode justificar uma privação da liberdade pessoal>>. No momento da elaboração da Convenção, todas as propostas destinadas a limitar ou remover tal proibição foram rejeitadas. Consequentemente, devem ser considerados proibidos, pois incluídos no caso de internamento ilegal, também os casos em que a privação de liberdade é baseada na existência de deficiência mental ou intelectual, acompanhado de elementos adicionais, como o perigo ou a necessidade de receber cuidados específicos. Uma vez que o uso dessas medidas é fundamentado, embora parcialmente, na condição de deficiência do paciente, o mesmo deve ser considerado discriminatório e, como tal, incompatíveis com a proibição de privação de liberdade pessoal por motivos de deficiência e com o direito à plena liberdade pessoal, que o Artigo 14 assegura para todas as pessoas indiscriminadamente”⁷²⁵.

42. O Relator Especial das Nações Unidas sobre os direitos de todas as pessoas para gozar do melhor estado possível de saúde física e mental, criticou o texto de referência publicado em 2005 pela OMS sobre saúde mental, direi-

722 Ver os Comentários sobre o projeto de atualização da Recomendação Geral n. 19 da CEDAW sobre intervenções psiquiátricas forçadas, como violência contra mulheres com deficiência, 26 de setembro de 2016.

723 Recomendação geral n. 35 da CEDAW sobre violência de gênero contra a mulher, atualizando a anterior Recomendação Geral n. 19, CEDAW / C / GC / 35, 26 de julho de 2017.

724 Alto Comissário para os Direitos Humanos, “*Europei dimenticati, diritti dimenticati, i diritti umani nelle istituzioni*”, 2011, 12-13; Declaração do OHCHR sobre o Artigo 14 da CRPD, setembro de 2014.

725 Relatório anual do Alto Comissariado para os Direitos Humanos à Assembleia Geral, A/HRC/10/49, 26 de janeiro de 2009, §§ 48-9.

tos humanos e legislação (*WHO Resource Book on Mental Health, Human Rights and Legislation*), uma vez que previa algumas exceções à proibição que, de fato, “normaliza a coerção”; no entanto, em seus relatórios ao Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, ele mesmo abordou com cautela o problema da proibição absoluta de qualquer medida restritiva adotada sem o consentimento do interessado, admitindo que “o caminho que levará à redução gradativa e, por fim, sua abolição será longa e exigente”⁷²⁶.

43. No âmbito do Conselho da Europa, a Recomendação Rec (2004) 10 do Comitê de Ministros sobre a proteção de direitos do homem e a dignidade das pessoas com doenças mentais autoriza a internação destas últimas, independentemente de seu consentimento, baseando-se expressamente nos princípios de direito que este Tribunal extraiu do Artigo 5 § 1 e) da Convenção⁷²⁷. No entanto, ao mesmo tempo, a recomendação do PACE, significativamente intitulada “Argumentos contra um instrumento jurídico do Conselho da Europa sobre medidas involuntárias em psiquiatria”⁷²⁸ está de acordo com as disposições da CDPD. Apesar deste, o Comitê de Ministros, em resposta à recomendação acima mencionada⁷²⁹, decidiu confirmar sua posição anteriormente expressa em 2004.

44. Uma coisa é certa: a prática dos hospitais psiquiátricos portugueses, que consiste em encaminhar pacientes psiquiátricos internados voluntariamente a um “regime restritivo” dentro de um pavilhão fechado, ou mesmo em uma sala de isolamento, não aparecia na época nem é suportado hoje por uma base legal-regulatória adequada que define pontualmente os tipos de tratamento aplicáveis, as circunstâncias que justificam a adoção, as matérias competentes para ordenar sua execução e os prazos de início e de duração máxima; além disso, nenhuma norma impõe o respeito de princípios de proporcionalidade e necessidade. Além disso, de acordo com o Comitê para os direitos das pessoas com deficiência (a “CRPD”), Lei 36/98 de 24 de julho de 1998 deve ser considerado incompatível com a CRPD, pois admite recurso à internação forçada de pessoas que sofrem de patologias psiquiátricas independentemente de terem cometido crimes ou de serem submetidos a processo penal⁷³⁰.

45. O problema, brevemente relatado aqui, relativo à compatibilidade ou não entre a legislação nacional e a mencionada Convenção das Nações Unidas,

726 A/HRC/29/33 de 2 de abril de 2015 e A/HRC/35/21 de 28 de março de 2017.

727 Ver o § 75 da sentença.

728 Recomendação PACE 2091 (2016), 22 de abril de 2016, que a maioria não levou em consideração.

729 Resposta do Comitê de Ministros à Recomendação (2091 (2016)), adotada em 9 de Novembro de 2016

730 Cfr., neste ponto, as Observações Finais formuladas pela CRPD durante a redação do relatório relativo a Portugal de 30 de maio de 2016, § 33 (b): a Comissão destacou a necessidade de o Estado Contratante “remover ... qualquer forma de limitação ou privação da liberdade que se baseia exclusivamente no estado de incapacidade do sujeito, como atualmente exigido pela legislação nacional de saúde mental”.

conforme interpretado pelo CPPD - ou seja, no sentido de proibir em termos absolutos a detenção de pessoas com deficiência sem o seu consentimento⁷³¹ - excede largamente os limites do caso em questão. A maioria falhou em responder a esta questão, assumindo que o espírito da lei nacional “está substancialmente em conformidade com os padrões internacionais (...)”⁷³².

46. Em conclusão, o “dilema” levantado pelo Governo português é um falso problema, uma vez que existem muitas formas de vigilância para a qual pacientes psiquiátricos hospitalizados poderiam ter sido encaminhados no HSC, sem necessariamente ter que recorrer à construção de paredes e cercas. O governo tenta o caminho da argumentação excludente, com base em um ou outro, a fim de identificar as medidas que poderiam ter adotado concretamente: a ausência total de vigilância ou a construção de uma cerca ao redor do HSC. Uma abordagem semelhante, que ignora toda uma ampla gama de soluções intermediárias e menos intrusivas, recusa chegar a um ponto de equilíbrio entre os interesses opostos em jogo, sendo eles, por um lado, a proteção da liberdade pessoal dos sujeitos afetados por patologias psiquiátricas apresentando tendências suicidas e, por outro lado, a obrigação do estado de proteger a vida de tais pacientes.

A qualidade dos julgamentos a nível nacional

47. Os julgamentos realizados em nível nacional não se encontravam à altura das normas exigidas pelo Tribunal, por uma série de razões. Em primeiro lugar, nenhum órgão judicial de forma alguma se referiu à Convenção ou à jurisprudência deste Tribunal. Ao mesmo tempo, no que diz respeito à definição correta da obrigação do Estado de proteger os pacientes que sofrem de patologias psiquiátricas, nem o Tribunal de Primeira Instância nem a Suprema Corte Administrativa decidiu aplicar os princípios da proporcionalidade e necessidade.

48. Embora a recorrente tenha feito referência clara, em seu próprio apelo, ao fato de que meios eletrônicos de vigilância poderiam muito bem ter sido usados⁷³³, o Supremo Tribunal Administrativo omitiu-se completamente de se pronunciar sobre este ponto. Mesmo assim, tanto um dos juízes, em sua opinião contrariamente à decisão da maioria, quanto o procurador-geral adjunto da Suprema Corte destacou o facto de o HSC não ter preparado medidas adequadas para aumentar a vigilância em A.J.⁷³⁴ ou para prevenir ou reduzir o risco de suicídio⁷³⁵.

731 A/HRC/34/32, §§ 29-33.

732 Ver o § 117 da sentença.

733 Ver p. 8 da sentença do Supremo Tribunal Administrativo.

734 Ver p. 4 do parecer do Vice Advogado Geral.

735 O governo também se referiu ao uso de ferramentas de vigilância eletrônica em suas observações, tanto perante a Câmara Simples quanto perante a Grande Câmara (Ver o § 125 das observações apresentadas pelo Governo perante a Câmara, o ponto 17 das suas Conclusões, bem como o § 94 das observações apresentadas pelo Governo perante a Grande Câmara). A recorrente

49. Em segundo lugar, a autoridade judicial nacional considerou incontestável o fato de que A.J. tinha saído do prédio às 17h, apesar de haver testemunhos conflitantes sobre se A.J. poderia ter sido removido do instituto já na hora do almoço em 27 de abril. De fato, uma primeira testemunha, S. P., relatou que A.J. não estava presente na hora do almoço, enquanto a testemunha A. D. afirmou o contrário. No final, com uma certa reticência, a primeira testemunha mudou a sua versão dos fatos, (“embora eu esteja convencido de que A.J. não estava presente, não tenho certeza”)⁷³⁶. O Tribunal de Primeira Instância aceitou esta segunda versão, sem perguntar o problema de verificar a confiabilidade da testemunha.

50. Em terceiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio, na apreciação preliminar dos fatos, negou que tenha havido tentativas anteriores de suicídio, apesar de duas testemunhas (a mãe e a irmã do falecido) tivessem feito expressamente referência a isso⁷³⁷. A mesma autoridade se omitiu por completo de motivar em relação ao fato de que o prontuário médico de A.J. fizesse menção expressa às tentativas de suicídio “múltiplas” e não avisou acerca da necessidade de ordenar o interrogatório da pessoa que realizou tal anotações.

51. Em quarto lugar, a recorrente reclamou perante o juiz interno acerca das lacunas e incompletude da documentação médica, mas a autoridade judicial julgou a reclamação em questão irrelevante, argumentando que a parte interessada deveria ter levantado esta questão por meio formal, denunciando qualquer falsificação do arquivo⁷³⁸. Embora pudesse verificar de ofício se o registro médico estava completo ou não, o tribunal preferiu não fazer isso por uma questão puramente formal. Em uma inspeção mais próxima, o tribunal nacional nem mesmo superficialmente analisou o conteúdo do prontuário, já que negligenciou completamente as avaliações relativas ao risco de suicídio nele contido.

52. Em quinto lugar, o Tribunal de Primeira Instância invocou os recentes endereços que surgiram na psiquiatria moderna, mas apenas em favor do Estado e sempre em detrimento da recorrente, através de uma reconstrução desequilibrada do estado da arte em questões psiquiátricas. O juiz nacional obliterou completamente os princípios dirigidos pela OMS aos Estados e operadores no campo da prevenção do suicídio, com foco particular em hospitais e outras unidades de saúde. Este Tribunal deveria ter evitado cometer o mesmo erro que os tribunais

também havia levantado perante o Supremo Tribunal Administrativo reclamação relativa à não adoção de sistema de vigilância mais eficaz após o episódio de abuso de álcool e pediu expressamente que isso fosse considerado um fato incontestável. No entanto, o Tribunal Administrativo sustentou que “não havia razão para adicioná-lo a fatos comprovados” por uma razão eminentemente formal, ou seja, porque a questão não foi formalmente levantada da forma adequada (Ver ou ponto 2.2. (iii), p. 18 da sentença do Supremo Tribunal).

736 Cfr. p. 7 da decisão preliminar sobre os fatos de 7 de janeiro de 2010.

737 Cfr. p. 5 da decisão preliminar sobre os fatos de 7 de janeiro de 2010.

738 Cfr. p. 10 da decisão preliminar sobre os fatos de 7 de janeiro de 2010.

nacionais; mas não o fez. Ele não pode, por um lado, levar em consideração os princípios estabelecidos pela OMS sobre o tema “desinstitucionalização” de tratamentos psiquiátricos e, por outro, decidir ignorar os padrões que a própria OMS estabelece no que se refere às obrigações que incumbem ao Estado quanto à prevenção de suicídio, especialmente em instituições psiquiátricas.

53. O Tribunal de Primeira Instância adotou uma abordagem radical, minimalista e de total falta de interesse na identificação correta da obrigação do Estado de proteger as vidas dos pacientes em instituições psiquiátricas públicas, decidindo não seguir as diretrizes equilibradas estabelecidas pela OMS. Na verdade, o Tribunal de Primeira Instância concordou plenamente com o conteúdo do relatório arquivado em 27 de setembro de 2006⁷³⁹, que parecia acolher bem a possibilidade de cometer suicídio! Em uma inspeção mais próxima, em suas conclusões, este documento assume o conteúdo de um pedido de desculpas pelo suicídio, apresentado como um ato de “liberdade e libertação”. Depois de afirmar que “ser capaz de prevenir certos tipos de pacientes de cometer suicídio é quase impossível”, acrescentou o especialista:

“Para muitas pessoas, o suicídio é um momento único de liberdade e de verdadeira e própria libertação. Como isto pode ser evitado? Em uma inspeção mais próxima, quem iria querer desistir de tal perspectiva? Existem muitas pessoas, lúcidas e felizes, que não querem abrir mão da possibilidade (de cometer suicídio)”⁷⁴⁰.

Ao concluir que “é impossível” evitar o suicídio em pacientes como A.J.⁷⁴¹, a Grande Câmara, de fato, reproduziu o conteúdo do relatório em que o pedido de desculpas pelo suicídio está contido. O mesmo relato em que foi escrito que: “não podemos mais responder de forma mais detalhada porque não tivemos acesso aos documentos nos quais eles descrevem as circunstâncias do suicídio”. É com profundo pesar que tomo nota de como, mais uma vez, a consciência jurídica europeia se casou com uma certa cultura da morte, a ponto de sugerir que um verdadeiro direito de “decidir racionalmente terminar os dias” cai dentro dos fins do Artigo 2 da Convenção⁷⁴².

54. A Suprema Corte Administrativa não remediou a situação de graves deficiências detectadas no acórdão do Tribunal de Primeira Instância. Até mes-

739 Ver o § 33 da sentença.

740 O laudo pericial é citado no § 33 da sentença; no entanto, nela mesma, a maioria da Grande Câmara não considerou apropriada fazer referência textual a declarações semelhantes.

741 Ver o § 131 da sentença.

742 Ver o § 124 da sentença. O fim mais extremo desta orientação foi tido na Corte EDU, *Gross c. Svizzera*, n. 67810/10, § 60, 14 de maio de 2013, que se situava na trilha desenhada na Corte EDU, *Haas c. Svizzera*, n. 31322/07, § 51, ECHR 2011. No entanto, do momento em que a sentença pronunciada no caso *Gross* não se tornou definitiva, pois a Grande Câmara considerou no recurso uma hipótese de abuso do processo com sua consequente rejeição, as razões expressas pela Câmara naquele momento são agora ineficazes.

mo desconsiderou os padrões da psiquiatria moderna referidos por este último. No corpo da frase, a parte dedicada à “análise dos fundamentos do recurso” é bastante sucinta, consiste em apenas três páginas e se limita a reproduzir os motivos contidos na sentença de primeira instância, por meio de recurso a longas citações deste último, sem agregar valor ao julgamento⁷⁴³. Não diz uma única palavra sobre os critérios de proporcionalidade e necessidade, nisso contrariando ao que é imposto pelo direito constitucional interno, de acordo com o disposto nos Artigo 18 e 24 da Constituição, e, no nível convencional, pelo Artigo 2 § 2 da Convenção.

55. Em suma, a evolução dos julgamentos internos deixou muito a desejar. A violação do Artigo 2, em sua dimensão procedimental, é bem mais grave do que marginalmente destacado pela maioria⁷⁴⁴.

Conclusões

56. Em resumo, no que se refere especificamente ao enunciado da obrigação do Estado de garantir cuidados de saúde aos indivíduos particularmente vulneráveis - como pacientes psiquiátricos - que enfrentamos à enésima decepcionante decisão deste Tribunal. Baseado em uma avaliação incorreta do contexto jurídico e factual em que o caso está inserido, bem como em uma interpretação incorreta de sua própria jurisprudência, a maioria dispensou ao caso do infeliz A.J. uma proteção diferente daquela dispensada aos julgamentos *Renolde e De Donder*, dando fortemente a impressão de que existem dois pesos e duas medidas. Pior ainda, a maioria adotou uma abordagem totalmente tendenciosa em relação ao direito e à prática internacional na área da saúde, tendo-se limitado a considerar a disseminação de uma tendência favorável para promover a liberdade dos pacientes sofrendo de transtornos mentais, ao negligenciar levar em consideração aquelas orientações que, ao contrário, sustentam a necessidade de um importante envolvimento do Estado na prevenção do suicídio, especialmente para as pessoas que estão sob sua responsabilidade, como no caso de pacientes internados em instituições psiquiátricas.

No atual contexto político europeu, esta frase provavelmente não vai surpreender ninguém. Minha esperança é que uma vez que os endereços políticos tenham mudado, essas conclusões sejam derrubadas. No entanto, temo que, entretanto, muitas outras pessoas com doença mental, em risco de suicídio, morrerão, embora sua morte possa ser evitada. Exatamente como aconteceu no caso de AJ.

743 Ver da p. 22 a p. 24 da sentença, conforme traduzida no fascículo judicial.

744 Ver o § 139 da sentença.

* * *

6. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM - SECÇÃO IV - PETUKHOV C. UCRÂNIA (N. 2) - RECURSO N. 41216/13 - JULGAMENTO DE 12 DE MARÇO DE 2019

O caso: O recorrente, Sr. Petukhov, condenado à prisão perpétua na Ucrânia, recorreu ao Tribunal Europeu, censurando o regime prisional em que foi submetido na Ucrânia, em franco contraste com o Artigo 3 da CEDH. Em primeiro lugar, o senhor Petukhov alegou a inadequação do atendimento médico e o consequente agravamento do seu estado de saúde. Em segundo lugar, o recorrente alegou a irredutibilidade *de jure* e *de facto* de sua sentença à prisão perpétua. Na verdade, de acordo com o sistema penal ucraniano, era possível acessar a libertação antecipada apenas através do instituto do perdão presidencial. No entanto, o recorrente argumentou que este procedimento carecia de uma disciplina clara e acessível e que, olhando para os dados estatísticos, nunca foi realmente concedido. O Tribunal Europeu, com sentença de 12 de março de 2019, constatou a violação do Artigo 3 da CEDH tanto sob o perfil de inadequação da assistência médica quanto em termos de irredutibilidade da prisão perpétua. Em particular, neste último ponto, os juízes reconheceram que o procedimento de perdão presidencial constituiu o “equivalente moderno” da concessão do perdão real, com base nos princípios da humanidade, ao invés de uma base penalógica. Além disso, de acordo com o Tribunal, o sistema prisional Ucraniano - caracterizado pela superlotação das prisões e falta de atividade recreativa - não permitia que o condenado à prisão perpétua tivesse acesso a um programa de reabilitação. Em conclusão, o Tribunal também condenou a Ucrânia nos termos do Artigo 46 CEDH, destacando a existência de um problema sistêmico concernente à irredutibilidade das penas de prisão perpétua e convidando o Estado demandado a tomar medidas gerais para remediar a violação estrutural do Artigo 3 da CEDH.

Palavras-chave: prisão perpétua sem possibilidade de libertação antecipada – requisição de revisão periódica da sentença - obrigação de fundamentar - revisão judicial - tratamento médico inadequado - proibição de penas desumanas e degradantes

OPINIÃO PARCIALMENTE CONCORRENTE E PARCIALMENTE DIVERGENTE DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE

1. Eu concordo com as conclusões deste julgamento, exceto com a decisão sobre o Artigo 41. Pelas razões que já expus em minha opinião no caso

*Murray c. Países Baixos*⁷⁴⁵, não posso concordar com a opinião da maioria no presente caso, de acordo com a qual “a avaliação de uma violação constitui por si só satisfação justa suficiente para os danos de natureza imaterial sofridos pelo recorrente em relação às suas próprias queixas relativas à não redutibilidade da pena de prisão perpétua”⁷⁴⁶. Além dos argumentos destacados em *Murray*, gostaria de destacar como é essencial distinguir entre a obrigação de reconhecer a infração do Artigo 3 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (“a Convenção”), por um lado, e a obrigação resultante de garantir uma plena reparação, por outro⁷⁴⁷. A maioria não assegurou este reparo no presente caso, apesar de ter reconhecido a violação.

2. Embora eu apoie totalmente a conclusão da Segunda Câmara houve uma violação do Artigo 3, por falta de cuidados médicos disponíveis e a não redutibilidade da prisão perpétua do recorrente, discordo do raciocínio da Câmara no § 178, no ponto em que afirma que “considerando a margem de apreciação que deve ser reconhecida aos Estados Contratantes no que diz respeito à justiça penal e ao sistema de sanções, não é seu papel prescrever a forma (executiva ou judicial) que esta revisão deve ter” e conseqüentemente “A revisão deve envolver ou a justificativa das disposições da autoridade executiva ou a revisão judicial, de modo a evitar até mesmo a aparência de arbitrariedade”.

Do meu ponto de vista, a perspectiva implícita, ou seja, a obrigação de motivar uma decisão e a obrigação de garantir uma revisão judicial são alternativas e não cumulativas, não respeitam a decisão da Grande Câmara no caso *Murray* já mencionado. Portanto, o presente julgamento agravou a lacuna de clareza e consistência da própria jurisprudência do Tribunal.

3. Foi dito que a Corte não prescreve as formas que este mecanismo de revisão deveria ter⁷⁴⁸. Mas em *Murray* a Grande Câmara deu um passo à frente, afirmando que:

“(…) O direito de um detido de revisão implica uma avaliação eficaz das informações relevantes e a revisão também deve ser rodeada por garantias processuais suficientes. Na medida em que isso é necessário para permitir que o detido

745 Nesse sentido, ver a opinião parcialmente divergente dos juízes Spielmann, Sajó, Karakaş e Pinto de Albuquerque em *Murray c. Paesi Bassi* (GC), n. 10511/10, 26 de abril de 2016.

746 Ponto n. 6 do dispositivo da presente sentença. Do mesmo modo, Ver o § 201 da presente sentença.

747 Ver a opinião concorrente do juiz Ziemele em *Vinter c. Regno Unito* (GC), n. 66069/09, n. 130/10 e n. 3896/10, 9 de julho de 2013, § 2: “A redação que o Tribunal usa, a partir do meu ponto de vista, mescla a afirmação da responsabilidade do Estado por parte de um tribunal com base na violação das obrigações do Estado nos termos da Convenção e da matéria da opinião do Tribunal sobre as possíveis conseqüências jurídicas para determinar a responsabilidade”.

748 Ver *Vinter c. Regno Unito* (GC), cit., § 120; *László Magyar c. Ungheria*, n. 73593/10, § 51, 20 de maio de 2014; *Harakhchiev e Tolunov c. Bulgaria*, n. 15018/11 e n. 61199/12, § 246, 8 de julho de 2014; *Murray c. Paesi Bassi*, n. 10511/10, § 99, 26 de abril de 2016; *Hutchinson c. Regno Unito*, n. 57592/08, § 45, 17 de janeiro de 2017; e *Matišovaitis e altri c. Lituania*, n. 22662/13, 51059/13, 58823/13, 59692/13, 59700/13, 60115/13, 69425/13 e 72824/13, § 181, 23 de maio de 2017.

saiba o que ele tem que fazer para poder ser levado em consideração para liberação e sob quais condições, deve ser exigido que sejam fornecidas as razões, e isso deve ser protegidos do acesso a uma revisão judicial ⁷⁴⁹.

Após dois casos precursores, *László Magyar c. Hungria e Harakchiev e Tolumov c. Bulgária*⁷⁵⁰, a evolução da jurisprudência alcançou este que parece ser um ponto de inflexão em 2016 com a decisão Murray, em que o Tribunal Pleno limitou a obrigação positiva do Estado de garantir a existência de um mecanismo de revisão independente e eficaz. Para ser compatível com a Convenção, um mecanismo de revisão deve cumprir os seguintes cinco “princípios relevantes” obrigatórios:

“(1) o princípio da legalidade (“regras que possuem um grau suficiente de clareza e certeza”, “condições previstas na legislação nacional “);

(2) o princípio da verificação das razões penais que justificam a continuação da prisão, com base em “critérios objetivos e predeterminados”, que incluem ressociação (prevenção especial), dissuasão (prevenção geral) e remuneração;

(3) o princípio de verificação dentro de um período de tempo predeterminado e, no caso de sentenças de prisão perpétua, “no máximo 25 anos após a inflicção da sentença e posteriormente a uma revisão periódica “;

(4) o princípio de garantias processuais justas, incluindo pelo menos a obrigação de justificar as decisões de não libertar ou chamar de volta um detido;

(5) o princípio da revisão judicial⁷⁵¹.

À luz deste último princípio, era aparentemente claro que o mecanismo de revisão «deve [esteja] estar sob a autoridade de um tribunal ou pelo menos sujeito a revisão judicial completa de ambos os fatos e da decisão de libertação condicional, também garantida pelos padrões universais estabelecidos pelo Artigo 110 § 2 do Estatuto de Roma»⁷⁵². A linguagem prescritiva usada pela Grande Câmara no § 110 de *Murray* (“Deve ser garantido pelo acesso a uma revisão judicial”) foi pensado para não deixar dúvidas sobre suas intenções.

Infelizmente, a decisão de *Hutchinson* sufocou a mensagem de *Murray*. Em princípio, a Grande Câmara em *Hutchinson* se referiu aos “princípios relevantes” destacados nos §§ 99 e 100 da sentença *Murray*⁷⁵³, mas distorceu seriamente esses princípios ao aplicá-los. Nesse sentido, a decisão de *Hutchinson* representou “o

749 Ver *Murray c. Paesi Bassi* (GC), § 100.

750 Ver *László Magyar*, cit.; *Harakchiev e Tolumov*, cit.

751 Ver a minha opinião em *Murray*, cit., §§ 13 e 16. Ver também a minha opinião em *Hutchinson*, cit., § 10.

752 Ver a minha opinião em *Murray*, cit., §§ 13 e 16.

753 Ver *Hutchinson*, cit., § 42.

ápice de uma crescente tendência de reduzir o papel do Tribunal perante certas jurisdições nacionais, com o sério risco de a Convenção ser aplicada com um duplo *standard*⁷⁵⁴. Seis meses após a publicação da sentença no caso *Murray*, que refletia a abordagem pragmática do Tribunal para a questão relativa ao mecanismo de revisão, era difícil de explicar a abordagem mais suave seguida em *Hutchinson*⁷⁵⁵. A suspeita de um duplo *standard*

na atividade do Tribunal foi agravado por *Matiošaitis e outros c. Lituânia*, onde o Tribunal recorreu a um escrutínio mais completo do mecanismo de revisão da Lituânia, no que diz respeito à supervisão do sistema de revisão Inglês em *Hutchinson*⁷⁵⁶.

Em *Matiošaitis e outros c. Lituânia*, a Câmara declarou que:

“A fim de garantir a consideração adequada das mudanças e do progresso na reabilitação feitas por presidiários para toda a vida, por mais significativas que possam ser, a revisão deve envolver ou a justificativa as decisões da autoridade executiva ou a revisão judicial, de modo que até mesmo a aparência de arbitrariedade pode ser evitada. O tribunal também afirmou que, na medida em que isso é necessário para possibilitar ao detido saber o que ele tem que fazer para ser levado em consideração para liberação e em que condições, deve ser fornecidas as razões dadas, e isso deve ser salvaguardado do acesso a uma revisão judicial”⁷⁵⁷.

Em outras palavras, no caso da Lituânia, a Câmara interpretou mal a obrigação de revisão judicial, que foi, ao invés, a mais importante valor agregado ao julgamento *Murray*. Enquanto em *Murray*, essa obrigação era logicamente ligada ao dever de fundamentação, como garantia complementar contra a arbitrariedade, em *Matiošaitis e outros* foi convertida em uma garantia alternativa a esta última. Essa alternativa é logicamente insustentável. O requisito de motivação só faz sentido se puder ser avaliado por uma autoridade independente. Ao pedir a uma autoridade governamental ou autoridade administrativa para fornecer as razões relacionadas às necessidades de caráter penalógico sobre a continuação do encarceramento, mas privando as pessoas detidas do benefício de um reexame desses fundamentos pelo tribunal, conta pouco, ou nada, a fim de reduzir a arbitrariedade por parte do Governo ou autoridades.

754 Ver a minha opinião em *Hutchinson*, cit., § 38.

755 Ver a opinião do juiz Sajo em *Hutchinson*, cit.

756 Neste sentido, ver “Politics, power and Parole in Strasbourg: Dissociative judgment and differential treatment at the European Court of Human Rights”, 2018 4(1) *International comparative jurisprudence* 16-26; e L. Graham, “From *Vinter* to *Hutchinson* and Back Again? The Story of Life Imprisonment Cases at the European Court of Human Rights”, 2018 (3) *European Human Rights Law Review* 258-277.

757 *Matiošaitis e outros*, cit., § 181.

É, portanto, desejável que a Grande Câmara assuma a sua responsabilidade e esclareça de uma vez por todas o que ela quis dizer quando fixou a exigência de que o mecanismo de revisão “deve ser salvaguardado do acesso a uma revisão judicial «no § 100 do acórdão *Murray*. A obrigação do Estado de garantir um mecanismo de revisão dos motivos de natureza penalógica sobre a continuação do encarceramento não pode ser levada a sério enquanto a revisão judicial não for reconhecida.

* * *

7. TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS - SEÇÃO IV - MARIUS ALEXANDRU E MARINELA ȘTEFAN C. ROMÊNIA - RECURSO NO. 78643/11 - JULGAMENTO DE 24 DE MARÇO 2020

O caso: Os dois recorrentes, Srs. Marius Alexandru e Marinela Ștefan, foram envolvidos em um trágico acidente de carro, no qual os pais e o irmão do recorrente e ambos os cônjuges sofreram múltiplas lesões não muito sérias. Em particular, o carro, dirigido pelo pai da Sra. Ștefan, foi atingido por uma árvore plantada ao lado da estrada. Depois de algumas investigações policiais sobre a dinâmica do acidente, o tribunal havia declarado não ter que prosseguir com o exame do caso. No entanto, os recorrentes apresentaram pedido de reabertura de investigações, produzindo os resultados de uma avaliação extrajudicial, cujas conclusões evidenciaram irregularidades na manutenção das árvores plantadas na área onde ocorreu o acidente. No entanto, também após a reabertura do inquérito, o tribunal decidiu que não haviam surgido causas de negligência na implementação dos regulamentos pertinentes e que o desenraizamento da árvore era para ser considerado inevitavelmente fortuito. Os recorrentes, após o resultado deste procedimento, decidiram ir ao Tribunal Europeu, denunciando uma violação do Artigo 2 da CEDH, tanto sob a ótica substancial quanto processual. Com a sentença de 24 de março de 2020, o Tribunal declarou a violação do Artigo 2 da CEDH sob o aspecto processual, enquanto concluiu pela insustentabilidade da violação relativa ao aspecto substancial. Em particular, sobre este último ponto, os juízes reconheceram que o Estado preparou um quadro legislativo adequado para garantir a segurança das estradas e, portanto, preparou medidas suficientes para proteger a vida do recorrente. Por outro lado, no entanto, o Tribunal criticou o momento e as modalidades com as quais as investigações neste caso foram realizadas, que não tinham permitido verificar se havia, e em que medida, responsabilidade do poder público ligada a irregularidades na manutenção das árvores.

Palavras-chave: direito à vida - obrigações positivas proteção à vida – direito a investigações efetivas

OPINIÃO PARCIALMENTE DIVERGENTE DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE

RESUMO: I. Introdução. - II. Os fatos. - III. A obrigação positiva para o Estado de cuidar das árvores na via pública. - 4. A violação da obrigação positiva no caso em apreço. - C. conclusão.

I. Introdução

Nesse caso, a maioria concluiu pela não violação do Artigo 2 da Convenção no nível material. Para este fim, ela invoca a margem de apreciação dos Estados na escolha das medidas tomadas pelas autoridades públicas competentes para garantir a segurança na via pública e a existência de legislação relativa à manutenção e monitoramento das árvores que margeiam as estradas nacionais. A questão da definição de um quadro legislativo, no entanto, permaneceu fora de todos os aspectos.

Já falei várias vezes contra essa tendência que o tribunal tem de banalizar as violações do direito à vida, sobretudo quando derivam de um erro de julgamento ou má coordenação entre diferentes profissionais, sejam eles públicos ou privados. A preocupação expressa pelo Tribunal de não impor um ônus excessivo às autoridades, tendo em conta, em particular, as escolhas operacionais que devem ser feitas em termos de prioridades e de recursos, corre o risco de esvaziar de sua substância o direito à vida, amparado pela Convenção, como acontece no caso em questão.

II. Os fatos

Os recorrentes foram vítimas de um grave acidente provocado pelo desenaizamento e queda de uma árvore que ladeava a via pública: os pais do recorrente morreram e os recorrentes sofreram ferimentos que necessitaram de vários dias de tratamento médico.

Constatou-se durante a investigação que as autoridades denunciadas pelos recorrentes eram responsáveis pela manutenção das áreas limítrofes das estradas estaduais. Documentos recolhidos durante a investigação criminal revelaram a existência de um fosso e infiltrações de água ao longo de toda a estrada e fizeram emergir como se o DRDP não tivesse solicitado expressamente a marcação de árvores em qualquer um dos centros de *Romsilva* (ver § 60 da sentença). No entanto, apesar desses elementos e embora eles constatassem a existência de “inatividade” por parte das autoridades em questão (*ibid.*), as jurisdições inter-

nas consideraram que, na ausência de uma perícia no tronco da árvore que teria permitido determinar a causa do desenraizamento, o papel de cada uma das autoridades no acidente e, portanto, a existência de qualquer negligência, não podiam ser estabelecidos (ver §§ 30 e 50 da sentença).

Bem, na minha opinião, nas circunstâncias particulares do caso, a atuação das normas de segurança requer um escrutínio mais rigoroso.

A este respeito, observo em primeiro lugar que, de acordo com o DRDP, apesar da gestão de plantações de estradas ser da sua competência, cabia ao pessoal da *Romsilva* efectuar as operações de identificação, verificação e marcação para efeitos de abate das árvores. Ainda de acordo com o DRDP, cabia às diretorias florestais territoriais controlar o manejo da vegetação florestal e elaborar relatórios estabelecendo suas conclusões e as medidas a serem tomadas (ver os §§ 36 e 49 da sentença). Por outro lado, por sua vez, as autoridades florestais sentiram que eram obrigadas apenas a realizar a marcação das árvores com vistas ao seu corte, a pedido das autoridades rodoviárias (ver §§ 17 e 35 da sentença) e negou qualquer obrigação de controle do manejo de plantações florestais nas margens das estradas (ver § 55 da sentença *in fine*).

Em segundo lugar, observo que resulta dos documentos do processo que os funcionários das autoridades rodoviárias, embora estivessem cientes da existência de regras que estabelecem a idade além da qual uma árvore deve ser abatida, eles indicaram que não tinham tantas informações da data de plantação das árvores (ver § 49 da sentença). Além disso, de acordo com as declarações feitas por esses funcionários durante a investigação, não havia nenhuma regra que estabelecesse a idade além da qual uma árvore teria que ser morta, nem qualquer registro mantido para este fim (ver § 55 da sentença) e, em qualquer caso, a verificação da idade de uma árvore não foi incluída entre as suas atribuições (ver §§ 37 e 55 da sentença).

Na minha opinião, essas declarações revelam não apenas como a implementação do quadro normativo existente foi manifestamente falho, mas também como esta imagem não era clara o suficiente para permitir a proteção efetiva do direito à vida dos titulares dos dados. Para isso aliás, o silêncio das autoridades investigadoras sobre a questão da distribuição da responsabilidade das várias autoridades envolvidas no presente caso é eloquente.

III. A obrigação positiva do estado de cuidar das árvores na via pública

O caso em questão ofereceu a oportunidade de especificar se a manutenção da segurança das pessoas nas vias públicas, mais particularmente através da manutenção das árvores nas margens da via pública, assemelhou-se a uma atividade perigosa semelhante às que realizam de natureza industrial ou ambiental.

A circulação na via pública apresenta um certo grau de perigo de que a aproxima de atividades industriais ou ambientais, levando em consideração o risco alto que pesa sobre as pessoas na via pública. Assim, o Estado, através das diversas autoridades que o integram, tem uma obrigação positiva de intervir na manutenção das vias públicas, e especificamente na manutenção das árvores que as circundam, de forma a garantir a proteção das pessoas na via pública.

Portanto, na perspectiva do Artigo 2 da Convenção, as autoridades nacionais têm uma obrigação material positiva de garantir um conjunto apropriado de medidas preventivas de derrubada de árvores em perigo, de modo a reduzir ao máximo o risco à vida das pessoas que estão em terreno público (ver, neste sentido, *Nicolae Virgiliu Tanase c. Romênia* (GC), no. 41720/13, § 123, 25 de junho de 2019 e *Ciechonska c. Polônia*, não. 19776/04, § 69, 14 de junho de 2011).

IC. A violação da obrigação positiva no presente caso

Diante das obrigações positivas decorrentes do Artigo 2 da Convenção, acredito que um controle estrito das árvores que margeiam as estradas é necessário para garantir a segurança rodoviária.

No caso em apreço, verifica-se, em primeiro lugar, que, se o direito interno previa regras que tornavam obrigatória a realização de inventário de árvores plantadas ao lado da estrada e horários específicos para a duração do uso de diferentes tipos de árvores, essas regras estava carentes, porém, de precisão quanto aos objetivos das inspeções a serem realizadas. Parece que, exceto para a referência à inspeção visual do estado geral dessas plantas pelos funcionários das autoridades rodoviárias (arts. 6 § 1, 9 § 2 h) e 22 § 1 f) da norma no. 504/2007), as normas não incluíam nenhuma instrução sobre como detectar os defeitos escondidos das árvores.

No que diz respeito à implementação dessas normas de segurança rodoviária, parece, com base nos documentos do processo, que, apesar de sua natureza legalmente vinculativa, eles não eram conhecidos e aplicados estritamente pelas autoridades (ver, *a contrario*, *Bone c. França* (dec.), não. 69869/01, 1º de março de 2005).

Na verdade, é claro a partir desses mesmos documentos que, ao realizar suas funções, os funcionários acima mencionados contentaram-se com uma inspeção visual sobre o estado geral das árvores e não constataram a presença de defeitos nem o impacto destes na segurança rodoviária. Não só estes funcionários sentiram que não cabia a eles verificar isso, mas argumentaram que, em qualquer caso, eles não tinham os meios técnicos ou o treinamento especializado que os teria permitido reconhecer os defeitos ocultos das árvores (ver § 20 da sentença).

Todos esses elementos são ainda mais importantes no caso em exame se considerarmos que, com base no levantamento florestal realizado a este respeito,

a árvore caída apresentou um foco de podridão e ultrapassou a idade recomendada para a preservação desta espécie de árvore (ver § 44 da sentença). A tudo isso se somam as conclusões da perícia florestal extrajudicial de 25 de fevereiro de 2010 realizada por um perito independente a pedido dos recorrentes. Tais conclusões destacaram irregularidades na manutenção das árvores que compunham um perigo para a segurança pública na área do acidente, destacando que o DRDP obteve uma autorização para a morte dessas árvores em fevereiro de 2007 (ver § 17 do julgamento), mas que não havia solicitado sua marcação.

Por fim, as respostas dos funcionários da DRDP e da *Romsilva* coletadas no decorrer da investigação, sugerem que não estavam cientes das tarefas que recaem sobre eles e menos ainda das funções que cada uma das autoridades chamadas por lei a intervir deveriam realizar a fim de garantir a aplicação das normas de segurança rodoviária. Aqui se trata de uma grande falta de coordenação da atividade dessas duas autoridades. Neste caso, esta deficiência impediu a aplicação das regras de segurança rodoviária, de modo que a vida dos recorrentes e seus parentes foram postas em perigo (cf. *Nicolae Virgiliu Tanase*, cit., § 135). Além disso, no presente caso, o comportamento das vítimas não desempenhou o menor papel no acidente (ver, para uma comparação, *Cavit Tinarlioglu c. Turquia*, n. 3648/04, § 108, 2 de fevereiro de 2016, e os anteriores citados).

C. CONCLUSÃO

Diante do exposto, é evidente que o Estado não estabeleceu um quadro legislativo apto a garantir a proteção da vida dos recorrentes e de seus familiares.

Portanto, houve violação do Artigo 2 da Convenção sobre o plano substancial.

COMENTÁRIOS SOBRE AS OPINIÕES

PELO DIREITO À VIDA DO PACIENTE PSIQUIÁTRICO: REFLEXÕES À MARGEM DE FERNANDES DE OLIVEIRA C. PORTUGAL

ANGELICA BONFANTI

Com parecer próprio ao TEDH, *Fernandes de Oliveira c. Portugal* [GC], 78103/04, 31 de janeiro de 2019 (doravante, “Parecer”), o Juiz Pinto de Albuquerque manifesta posição, partilhada pelo Juiz Harutyunyan, parcialmente dissidente e parcialmente de acordo com as conclusões alcançadas pela maioria da Grande Câmara quanto à infração no presente caso, por parte de Portugal, do Artigo 2 da CEDH. Ao fazer isso, o juiz examina alguns aspectos relacionados à implementação das obrigações inerentes ao direito à vida no exercício do serviço de saúde. Considerando a violação do Artigo 2 da CEDH também em seu as-

pecto substancial - e não só, como concluiu a Grande Câmara, no procedimental - aplica uma orientação rigorosa contra o país réu. Em particular, o juiz toma uma posição crítica a uma certa interpretação minimalista das obrigações dos Estados, o que favorece políticas de desengajamento em questões de previdência e mercantilização dos serviços de saúde e tende a proteger os profissionais de saúde

“Até o ponto de excluir do âmbito da Convenção certos perfis de responsabilidade estadual por morte ou ferimentos graves ocorridos em ambiente hospitalar, retirando os casos em questão da jurisdição do Tribunal “(Parecer, § 21).

Em outras palavras, e em analogia com a orientação já anteriormente expressa em seu parecer separado parcialmente concorrente e parcialmente dissidente no TEDH, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal* [GC], 56080/13, 19 de dezembro de 2017 (doravante “Opinião *Lopes de Sousa Fernandes*”), o juiz reitera a necessidade de o Tribunal evitar o rebaixamento do nível de proteção até tolerar a inércia inadmissível por parte dos Estados e para justificar sua remoção da responsabilidade convencional em um setor essencial como a saúde (Parecer, § 2). Uma posição semelhante é ainda mais aceitável em casos, como o presente, que envolvem pacientes psiquiátricos, ou seja, indivíduos vulneráveis em relação aos quais as autoridades devem mostrar atenção especial e garantir as condições que correspondam às necessidades específicas decorrentes de suas deficiências (Parecer, § 19, e *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, cit., § 113 - doravante, também a “Sentença” -, que lembra a CEDH, *Renolde c. França*, 5608/05, 16 de outubro de 2008, § 84). A opinião como um todo, portanto, desenvolve uma orientação que visa elevar o padrão de proteção solicitado ao Estado no exercício das funções sanitárias, objetivo perseguido através de uma série de argumentos jurídicos em que o presente comentário vai se basear.

Em primeiro lugar, deve notar-se que, de acordo com as conclusões, e contrariamente ao que o Tribunal Pleno considerou, Portugal, no presente caso estava inadimplente em ambas as obrigações positivas que fluem do direito à vida em seu sentido substantivo e que consistem respectivamente na preparação de uma disciplina regulatória apropriada e na adoção de medidas preventivas adequadas no caso específico (para um aprofundamento teórico ver: S. Bartole, P. De Sena, C. Zagrebelsky (ed.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 36 ss.; J. H. Gerards, *Right to Life, in Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (eds.), Cambridge, Antwerp, Portland, 2018, V ed., p. 353 ss.; D. J. Harris, M.

O'Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2018, IV ed., 207 ss.; F. G. Jacobs, R. White and C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2017, VII ed., P. 153 ff., e as referências

bibliográficas dessas obras citadas). Aplicando um padrão de rigorosa diligência, o Parecer conclui, em primeiro lugar, que no tempo dos eventos ocorridos não existia nenhum quadro regulamentar em vigor em Portugal adequado que previsse a obrigação dos hospitais de preparar as medidas adequadas para a proteção da vida dos pacientes na condição do filho da recorrente - ou seja, paciente psiquiátrico A.J., que se matou durante sua hospitalização voluntária no Hospital Psiquiátrico Sobral Cid (HSC) de Coimbra - e, em segundo lugar, que as autoridades não haviam tomado as medidas preventivas de razoavelmente adequadas para proteger o paciente do risco de suicídio (ocorrido posteriormente).

Mais especificamente, no que se refere ao primeiro aspecto, em 2000 as políticas portuguesas de prevenção e combate ao suicídio de pacientes psiquiátricos estavam numa fase que o juiz Pinto de Albuquerque define como “Pré-históricas” (Parecer, § 13), uma vez que também não regulavam os diferentes regimes de tratamento de saúde, nem os sujeitos competentes para prescrevê-los, nem as circunstâncias que justificaram sua adoção, nem o momento oportuno. É tão verdade que somente após as inúmeras advertências do Comitê Europeu de Prevenção a tortura e tratamento e punição desumanos e degradantes (CPT), Portugal em 2007 passou a adotar um protocolo de tratamentos de contenção de pacientes psiquiátricos, posteriormente integrado por diretrizes e plano estratégico de prevenção do suicídio (Parecer, § 13). Segundo o juiz, portanto, a Câmara Plena deveria ter reconhecido que em 2000 o HSC operava em “um completo vazio normativo e jurídica” (Parecer, § 14) e concluído que Portugal não poderia ser considerado em conformidade, a este respeito, com referência à proteção ao direito à vida, por carecer de marco regulatório adequado (sobre a obrigação positiva em questão: L. Lavrysen, *Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect the ECHR Rights*, em E. Brems, Y. Haeck (eds.), *Human Rights and Civil Rights in the 21st Century*, Dordrecht, Heidelberg, Nova York, Londres, 2014, p. 69 e segs.).

O parecer critica a decisão da maioria do Plenário - que define como “um exercício de valorização judicial criativa realizado no endereço de um país imaginário” (Opinião, § 1) - também porque este último considera o quadro regulamentar em vigor em Portugal em 2000, à luz de parâmetros diferentes daqueles normalmente usados para avaliar, por exemplo, as restrições nacionais impostas à liberdade pessoal (Sentença, § 119) e chega a considerar a ausência de uma disciplina escrita, clara e previsível sobre o uso de meios de contenção de pacientes psiquiátricos irrelevantes nos termos do Artigo 2 ECHR. De acordo com o parecer esta distinção não é razoável, pois tem o efeito de levar à consequência ilógica de que “o direito fundamental à vida, consagrado no Artigo 2 CEDH, na verdade, merece proteção menos incisiva em relação àquele - caso permitam - menos relevante, consagrado no Artigo 5 da CEDH” (Parecer, § 15).

Embora também seja razoável que uma avaliação do quadro regulamentar nacional como adequado para prevenir a violação do direito à vida não seja afetada pelo erro cometido pelo pessoal de saúde no caso único (Sentença, § 106), por outro lado é compreensível que esta adequação por si só não seja suficiente para evitar que o estado incorra em responsabilidade convencional, devendo as autoridades de saúde preparar medidas preventivas adequadas no caso específico. Embora a obrigação do Estado de adotar um quadro regulamentar adequado, no entanto, vise proteger a sociedade e surge, portanto, na presença de problemas de carácter geral do qual o Estado tenha ou deveria ter conhecimento (ver Tribunal EDU, *Cevrioğlu c. Turquia*, 69546/12, 4 de outubro de 2016, § 50; *C. Stoyanova, Fault, knowledge and risk within the framework of positive obligations under the European Convention on Human Rights*, em *Leiden Journal of International Law* 2020, p. 6), ocorre a obrigação de tomar medidas preventivas, com base no teste desenvolvido no julgamento Osman (cf. TEDH, *Osman c. Reino Unido* [GC], 23452/94, 28 de outubro de 1998; a este respeito F. C. Ebert, R. I. Sijniensky, *Preventing Violations of the Right to Life in the European and the Inter-American Human Rights Systems: From the Osman Test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention?*, em *Human Rights Law Review* 2015, p. 343 ss.), quando for demonstrada a existência de um risco real e imediato à vida de um indivíduo específico, risco de que as autoridades estejam ou devam estar cientes.

De acordo com a jurisprudência, o risco em questão também pode consistir em suicídio por pessoas em detenção ou hospitalização. Na sequência da decisão *Reynolds* (ver ECtHR, *Reynolds c. Reino Unido*, 2694/08, 13 de março de 2012, § 67), o acórdão da Grande Câmara no caso *Fernandes de Oliveira* estende a obrigação também às situações que envolvem pacientes que são hospitalizados voluntariamente, ao estabelecer que, nesses casos, o padrão de proteção exigido pelo Estado é mais baixo do que no caso de hospitalização forçada. Esta orientação não se justifica, segundo o parecer, uma vez que, como já foi referido pela Seção IV do Tribunal no julgamento de março de 2017, tem o efeito de privar o paciente internado voluntariamente da proteção garantida pelo Artigo 2 CEDH (Parecer, § 20; Sentença, § 73).

Deve-se acrescentar que a obrigação das autoridades sanitárias de tomar medidas de carácter preventivo está, no entanto, sujeita a limitações de extrema importância no caso em apreço. A primeira - inerente à avaliação de risco - visa conter, em geral, a responsabilidade do Estado: de acordo com a jurisprudência do Tribunal, a obrigação em questão deve, de facto, ser interpretada de modo a não acarretar um ônus desproporcional, dada as dificuldades relacionadas ao controle das sociedades modernas, a imprevisibilidade da conduta humana e o fato de que as escolhas operacionais levam em consideração as prioridades e recursos disponíveis (cf. *Osman c. Reino Unido*, cit., § 116). A segunda limitação

deve ser reconhecida na necessidade de operar um equilíbrio, em casos como o tratado, entre a proteção do direito à vida, por um lado, e a proteção da dignidade e liberdade fundamentais dos pacientes, por outro (Sentença, § 112; sobre este ponto, ver P. Bartlett, *The Right to Life and the Scope of Control: Fernandes de Oliveira v Portugal*, em *StrasbourgObservers*, 18 de março de 2019; Id., *A Mental Disorder of a Kind or Degree Warranting Confinement: Examining Justifications for Psychiatric Detention*, em *The International Journal of Human Rights* 2012, p. 831 ss.; A. Erdmane, *Liberty Behind Closed Doors ...? Involuntary Placement and Medical Treatment in Psychiatric Institutions from the Human Rights Perspective*, em *Vienna Online Journal on International Constitutional Law* 2010, p. 90 e segs.). No entanto, é necessário questionar se a proteção do direito à vida dos pacientes psiquiátricos não merecem proteção reforçada e se, como aponta o juiz Pinto de Albuquerque, não é “hipócrita querer argumentar que, em nome de um direito superior de liberdade individual, o Estado deva sempre garantir aos pacientes com instintos suicidas, que estão em condições particulares de vulnerabilidade e são admitidos em instituições psiquiátricas públicas, a liberdade de pôr fim à própria existência” (Parecer, § 21).

Chegando à avaliação de risco de suicídio no presente caso, as conclusões conflitantes alcançadas em processos internos e no parecer com base em elementos semelhantes - isto é, o quadro clínico, a gravidade da doença, a existência de tentativas anteriores de suicídio, a recorrência de pensamentos suicidas - levam-nos a questionar o nível de diligência exigido do

Estado e, em particular, para nos perguntar se tal detecção pode legitimamente basear-se nas informações disponíveis no momento, se a conduta do Estado deve ser mais ou menos proativa ou, novamente, se o *standard* não implica a obrigação do Estado de obter informações adicionais e desenvolver análises científicas relevantes, embora dispendiosas. O Parecer, corretamente, apoia esta última abordagem, favorável à solicitação de um nível de maior diligência: crítica as autoridades por não terem considerado risco de suicídio de A. J. como real e imediato devido à falta de um diagnóstico adequado e suficientemente oportuno - diagnóstico, além disso, realizado apenas após a morte -, omissão culpável que na prática “assegura ao Estado a desculpa por não ter previsto o perigo ao qual o paciente foi exposto” (Parecer, § 24; também C. Stoyanova, *Fault, knowledge and risk within the framework of positive obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 7-8).

O que importa em todo caso é a configuração, segundo o parecer, da obrigação positiva de adotar medidas cautelares básicas destinadas a reduzir o risco de automutilação ou tentativa de episódios de suicídio tanto quanto possível, mesmo no caso de as autoridades hospitalares não estarem especificamente cientes do risco para o paciente (Parecer, § 28). Isso seria ainda mais apropriado em um

caso como o em questão, em que o sistema regulatório nacional era deficiente, o monitoramento do paciente era questionável e o quadro jurídico internacional contraditório geral.

Este último aspecto é de particular interesse: a psiquiatria é de fato questionada longamente sobre o equilíbrio complexo que deve existir entre terapias adequadas para facilitar a autodeterminação e reintegração dos pacientes, por um lado, e medidas preventivas - possivelmente, mas não apenas, as restritivas e intrusivas - por outro lado, o direito veio regulamentar nas últimas décadas a matéria segundo diretrizes mais modernas e atentas às diretrizes de direitos fundamentais do doente. O Parecer dá conta corretamente de um “Panorama jurídico internacional [...] tudo menos claro” (Parecer, § 40), marcado por uma difícil coordenação entre obrigações, muitas vezes aparentemente contraditórias em seu conteúdo, que, ao lado da tendência favorável para promover a liberdade de pacientes com transtornos mentais e a difusão de regimes de “portas abertas”, argumentar “a necessidade de um grande envolvimento do estado na prevenção do suicídio, especialmente em relação a pessoas que estão sob sua responsabilidade, como no caso de pacientes internados em instituições psiquiátricas” (Parecer, §§ 21 e 56). Dentre os instrumentos internacionais que compõem o referido arcabouço jurídico, além da Convenção Europeia, também está incluída a Convenção das Nações Unidas pelos Direitos das Pessoas com Deficiência (CRPD) e a interpretação desenvolvida pelo Comitê CRPD, as diretrizes e princípios desenvolvidos sobre o assunto pela OMS, os Princípios das Nações Unidas sobre o assunto para a proteção de pessoas com doenças mentais e para a melhoria de cuidados de saúde mental, aprovado pela Assembleia Geral em 1991, o Comentário Geral n. 35 do Comitê de Direitos Humanos no Artigo 9 do Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos, a prática do próprio Comitê, o relatório de 2015 do Relator Especial das Nações Unidas pelo direito de desfrutar do mais alto nível de saúde física e mental por pessoas com deficiência e a recomendação do Conselho da Europa de 2004 sobre a proteção dos direitos humanos e da dignidade de pessoas com transtornos mentais (sobre o assunto, ver: P. Bartlett, *The United Nations on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law*, em *The Modern Law Review* 2012, p. 752 ss.; P. Bartlett (ed.), *Mental Disability and the European Convention on Human Rights*, Leiden, 2007; B. McSherry, P. Weller (eds.), *Rethinking Rights-Based Mental Health Laws*, Oxford, 2010; G. Szmukler, R. Daw, F. Callardc, *Mental Health Law and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, em *International Journal of Law and Psychiatry* 2014, p. 245).

Dado este quadro regulatório complexo, não se justifica, portanto, a invocação de padrões psiquiátricos modernos como justificativa para a omissão de medidas preventivas. Tal invocação levou juízes internos a aplicar uma abor-

dagem minimalista (Parecer, § 53), que envolveu, entre outros, uma violação do Artigo 2 da CEDH também em sua dimensão procedimental, “muito mais séria do que marginalmente destacada pela maioria” (Parecer, § 55). A mesma abordagem fez com que, de acordo com o juiz, a Grande Câmara endossasse escolhas médicas bem fundamentadas não tanto no bem-estar e nas necessidades do paciente no caso concreto, quanto no interesse nacional que visa a redução dos custos de saúde e salvaguarda as autoridades de quaisquer recursos judiciais por terem tomado medidas excessivamente restritivas (Parecer, § 21).

À luz das reflexões feitas e das duras críticas dirigidas tanto a Portugal quanto à decisão da Grande Câmara em relação ao cumprimento das obrigações impostas aos Estados em matéria de direito à vida na área da saúde, explicam-se as amargas conclusões expressas pelo juiz Pinto de Albuquerque: muitos outros pacientes psiquiátricos com perfis suicidas morrerão, assim como A.J., enquanto esperam que ocorra uma mudança política capaz de modificar essa orientação, hoje respaldada pela decisão criticada pela maioria (Opinião, § 56). Esperançosamente, as reflexões do juiz serão capazes de impactar a proteção do direito à vida por parte dos Estados signatários e contribuirão para fazer evoluir a interpretação da Convenção no sentido de um desenvolvimento mais do que apropriado em um âmbito importante como o da saúde, para a proteção de indivíduos tão vulneráveis como os pacientes psiquiátricos.

UM ENFOQUE PRÓ-PESSOA NO DIREITO AOS CUIDADOS EM CASOS DE NEGLIGÊNCIA MÉDICA

DONATO CASTRONUOVO

1. O caso e sua solução em dois estágios em Estrasburgo, entre a Câmara e a Grande Câmara

As decisões da Câmara e da Grande Câmara no caso Lopes de Sousa Fernandes (Corte Europeia de Direitos Humanos, Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal, 56080/13, 15 de dezembro de 2015, doravante “decisão da Câmara”, e Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal [GC], 56080/13, 19 de dezembro de 2017, doravante “decisão da Grande Câmara”) originaram-se de um recurso por violação do artigo 2 da CEDH (direito à vida) apresentado pela esposa de um paciente falecido em um hospital devido a patologias e complicações decorrentes de uma polipectomia nasal.

De acordo com a jurisprudência consolidada (ver Corte Europeia de Direitos Humanos, Öneriyıldız c. Turquia [GC], 48939/99, 30 de novembro de 2004, § 71, em relação a atividades perigosas), em ambas as decisões, a Corte reconhece

preliminarmente que as obrigações positivas de proteção do direito à vida e à saúde, decorrentes do Artigo 2, aplicam-se em qualquer atividade, seja ela privada ou pública, que possa violar esse direito, incluindo atividades na área da saúde (ver decisão da Câmara, §§ 106-107, e decisão da Grande Câmara, §§ 164-165; sobre a extensão das obrigações positivas relativas ao direito à vida, para todos, V.Zagrebel'sky, R.Chenal, C. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019, p.169 ss). Como é sabido, o direito à saúde recebe apenas proteção indireta ou “par ricochet” na CEDH, com base nos direitos consagrados nos Artigos 2 (direito à vida), 3 (proibição de tortura e tratamentos desumanos ou degradantes) e 8 (direito ao respeito à vida privada) (consulte, entre outros, M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Turim, 2017, p. 393).”

As duas sentenças, no entanto, divergem profundamente em termos decisórios.

A Câmara havia reconhecido uma violação “global” do Artigo 2 da CEDH (Convenção Europeia dos Direitos Humanos), tanto em termos materiais (por maioria) quanto processuais (por unanimidade). A violação material foi identificada na falta de coordenação entre as equipes médicas envolvidas durante o processo diagnóstico-terapêutico, indicando uma disfunção no sistema de saúde que privou o paciente do acesso a cuidados de emergência eficazes (ver sentença da Câmara, § 114). Dessa forma - diferentemente do que a Grande Câmara determinou no caso em análise, em conformidade com o precedente estabelecido no caso TEDH, *Powell c. Reino Unido* [dec.], 45305/99, 4 de maio de 2000, § 1 “em lei” - os juízes parecem reconhecer a falta de coordenação entre profissionais ou instalações de saúde como um elemento sintomático da disfunção sistêmica ou estrutural (analogamente, TEDH, *Elena Cojocaru c. Romênia*, 74114/12, 22 de março de 2016). No que diz respeito ao segundo aspecto, embora o Estado tenha um sistema judicial em teoria adequado para determinar a responsabilidade do corpo médico, a violação processual foi baseada na excessiva duração dos procedimentos domésticos (disciplinares, administrativos e penais) instaurados após a morte do paciente (ver sentença da Câmara, §§ 124-144).

A Grande Câmara, revertendo parcialmente a decisão de primeira instância, confirmou por unanimidade a violação processual, mas excluiu, por maioria, a violação substantiva do Artigo 2 da CEDH: além da ampla opinião separada de Pinto, também se registra uma opinião mais sintética do juiz Serghides (sobre as duas sentenças, ver S. Santini, “Erro médico (mal)praticado”: quando o Estado é responsável pela morte do paciente devido a complicações pós-operatórias?, em *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2018, p. 974 ss.; L. Lavrysen, *Negligência médica após Lopes de Sousa Fernandes: um cheque em branco para os Estados-Membros em relação à substância do direito à vida?*, em *Strasbourg Observers*, 8 de fevereiro de 2018; J. Kapelańska-Pregowska, *Negligência médi-*

ca, deficiência sistêmica ou negação de cuidados de emergência?, em *European Journal of Health Law* 2019, p. 26 ss.).

Fulcral na fundamentação do Tribunal está a complexa distinção entre mera negligência médica e negação de acesso a tratamentos de emergência.

A proteção do direito à vida no contexto das atividades médicas - essa é a premissa do raciocínio - impõe aos Estados, em primeiro lugar, um “dever de regulamentação”, ou seja, o estabelecimento de um quadro normativo eficaz que assegure a adoção, dentro de hospitais públicos ou privados, de medidas adequadas para a proteção da vida dos pacientes (com base na jurisprudência predominante do Tribunal, incluindo, entre outros, o caso TEDH, Powell c. Reino Unido, cit., Calvelli e Ciglio c. Itália [GC], 32967/96, 17 de janeiro de 2002, Asiye Genç c. Turquia, 24109/07, 27 de janeiro de 2015, Aydoğdu c. Turquia, 40448/06, 30 de agosto de 2016; em sentido contrário, como mencionado, além da sentença da Câmara no mesmo caso analisado aqui, ver TEDH, Elena Cojocararu c. Romênia, cit.). O dever de regulamentação deve ser entendido em sentido amplo, incluindo o dever de garantir sua aplicação efetiva, inclusive por meio de medidas adequadas de controle (§ 189 da sentença da Grande Câmara; em geral, sobre o dever de introduzir legislação adequada para a proteção da vida, bem como implementar as medidas necessárias, ver V. Zagrebelsky, R. Chenal, C. Tomasi, *Manuale*, cit., p. 169 ss.; o juiz Serghides também insiste no princípio da efetividade do direito à vida, no âmbito da implementação das regras adotadas em sua opinião divergente à própria sentença da Grande Câmara). A avaliação do cumprimento desse dever deve ser realizada de acordo com as circunstâncias específicas. Consequentemente, quaisquer falhas no quadro regulamentar ou em sua aplicação são indicativas de uma violação substantiva somente quando efetivamente prejudicarem o paciente (sentença da Grande Câmara, § 188). Usando o léxico da teoria da culpa, poderíamos dizer: somente na presença da realização do risco estrutural-sistêmico no evento concreto.

Em consequência, desde que esse dever de regulamentação seja respeitado, um mero erro médico ou a falta de coordenação entre profissionais ou serviços de saúde não seria suficiente para fundamentar a responsabilidade do Estado (aqui, §§ 186-187). A violação material do Artigo 2 da CEDH só ocorreria em duas hipóteses excepcionais (definidas literalmente como “circunstâncias excepcionais”):

i) quando a vida do paciente é conscientemente colocada em perigo pela recusa de acesso a um tratamento de emergência (aqui, § 191). Nessa primeira hipótese excepcional de responsabilidade do Estado, o elemento subjetivo exigido das autoridades de saúde seria o de plena consciência [*knowingly*, no texto em inglês; *sciemment*, no texto em francês] da existência de perigo para a vida decorrente da recusa de acesso a cuidados médicos;

ii) quando um paciente não pode ter acesso a tal tratamento devido a uma disfunção sistêmica ou estrutural no serviço hospitalar, onde as autoridades nacionais, mesmo sabendo ou devendo saber dessas falhas, não adotaram as medidas necessárias (aqui, § 192). Nesta segunda hipótese, parece-se dever considerar que o objeto do julgamento de conhecimento (mesmo que potencial) é, de um lado, a disfunção do sistema de saúde e, de outro, o risco de vida dos pacientes causado por essa disfunção. A Grande Câmara reconhece, no entanto, que a distinção entre mera negligência médica - considerada irrelevante no âmbito da responsabilidade internacional - e as hipóteses “excepcionalmente” relevantes (negação de acesso/difunção estrutural-sistêmica) pode ser tudo menos fácil (veja § 193). Portanto, identifica três fatores ou critérios adequados para fundamentar a responsabilidade do Estado, apresentados como cumulativos. O primeiro diz respeito à negação de acesso ao tratamento de emergência, apesar da plena consciência do perigo para a vida do paciente (veja § 194). O segundo se refere à natureza objetivamente sistêmica ou estrutural da disfunção do sistema de saúde (veja § 195). O terceiro, por fim, diz respeito ao nexo causal, assumindo uma dupla acepção: por um lado, deve haver uma conexão entre a disfunção sistêmica e o dano sofrido pelo paciente; por outro lado, essa disfunção deve derivar da não adoção de um sistema normativo adequado para garantir a proteção da saúde (veja § 196).

Em verdade, o enunciado falha em clareza neste ponto específico (central). Portanto, é necessária uma breve explicação mais detalhada. Os juízes, na seção 193, afirmam que a diferença entre meras negligências médicas (irrelevantes) e a negação de acesso a tratamento vital (que pode implicar responsabilidade) não é de compreensão imediata, sem, no entanto, esclarecer se essa última expressão se refere genericamente a ambas as “circunstâncias excepcionais” mencionadas (a negação de acesso da seção 191 e a disfunção sistêmica ou estrutural da seção 192) ou apenas àquela da seção 191 (negação de acesso). O problema surge porque, na seção 194 seguinte, o tribunal afirma que para se enquadrar na “latter category” (“segunda categoria”), os três fatores cumulativos mencionados acima devem ser verificados: negação de acesso com plena consciência do perigo, disfunção sistêmica ou estrutural e nexo causal em ambos os sentidos. Há então duas interpretações possíveis. De acordo com uma interpretação estritamente literal, a expressão “latter category” estaria em oposição à mera negligência médica e se referiria a ambas as “circunstâncias excepcionais” mencionadas nas seções 191-192: no entanto, resultaria em um requisito insensato de cumulatividade dos fatores/indicadores mencionados, visto que a plena consciência do perigo parece se referir apenas à primeira “circunstância excepcional” (negação da seção 191), enquanto os outros dois fatores (natureza sistêmica ou estrutural da disfunção e nexo causal) parecem se referir apenas à segunda (disfunção da seção 192). Pelo

contrário, na seção 75 da opinião separada de Pinto, lê-se que a expressão “latter category” se refere apenas à segunda das circunstâncias excepcionais capazes de fundamentar a responsabilidade do Estado, ou seja, ao caso de disfunção. Portanto, apenas a esta hipótese se refeririam os três fatores/indicadores cumulativos. No entanto, como destaca o juiz Pinto, dessa forma, mesmo para as hipóteses de disfunção sistêmica, seria necessário um elemento subjetivo mais rigoroso (a plena consciência do perigo), em vez da simples previsibilidade, o que contradiz a jurisprudência anterior sobre o assunto e o que foi afirmado pela Grande Câmara na seção 192. Em resumo, isso criaria um curto-circuito em qualquer caso.

Para resolver esse impasse, na minha opinião, poderíamos recorrer à seção 201 da sentença, onde o Tribunal reafirma, assim como na seção 192, que, para disfunções sistêmicas ou estruturais, é suficiente um conhecimento “presumido” (saber ou deveriam saber). Parece razoável concluir que o uso da expressão “denial of access/refus d’accès” às vezes tem um sentido “genérico”, que abrange ambas as hipóteses que excepcionalmente podem configurar a responsabilidade do Estado, enquanto outras vezes tem um sentido específico (recusa plenamente consciente). Além disso, como consequência, os três fatores cumulativos não são realmente... cumulativos: o primeiro se refere apenas à negação no sentido estrito (que requer, no aspecto subjetivo, uma plena consciência), enquanto os dois últimos se referem apenas à disfunção (que se contenta com um conhecimento presumido). Em resumo, como frequentemente acontece nas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a interpretação da fundamentação é extremamente difícil, quase no limite da “vertigem cognitiva”, o que afeta a compreensibilidade da regra de julgamento formulada.

De qualquer forma, a responsabilidade do Estado por violação substancial do Artigo 2 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos está sujeita a vários requisitos muito rigorosos, que, segundo a Grande Câmara, não foram cumpridos no caso concreto. Em particular, de acordo com a maioria dos juízes, não foi demonstrado que a suposta culpa médica fosse além de um simples erro ou negligência; além disso, excluída a possibilidade de um cenário de recusa consciente de tratamento médico (denial of healthcare/refus de soins), também foram considerados insuficientes os elementos em apoio a uma disfunção sistêmica ou estrutural nos serviços hospitalares envolvidos. Isso significa que a obrigação positiva substancial do Estado se limita à elaboração de um quadro regulamentar adequado (adequate regulatory framework) que imponha aos hospitais a adoção de medidas apropriadas para proteger a vida dos pacientes: um quadro normativo interno que, no caso português, é considerado adequado e não apresenta deficiências (veja §§ 200-204).

A Grande Câmara, como antecipado, acabou “recorrendo” ao dever procedimental, encontrando, unanimemente, uma violação do Artigo 2 da Convenção

Europeia dos Direitos Humanos sob esse aspecto, com argumentos semelhantes aos já apresentados pelos juízes da Câmara (veja, em geral, V. Stoyanova, *Causation between State omission and harm within the framework of positive obligations under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review* 2018, p. 309 ss., onde se observa como as dificuldades na determinação da causalidade entre o prejuízo alegado e a omissão do Estado são frequentemente superadas por meio do uso de obrigações procedimentais ex post de proteção, que, por serem posteriores à verificação do prejuízo, não requerem tal determinação): embora o sistema nacional tenha sido, em geral, efetivo e independente, concretamente, não foi fornecida uma resposta rápida e adequada às demandas do requerente (para mais detalhes, veja a sentença da Grande Câmara, §§ 214-238).

2. A abordagem “pro persona” no direito aos cuidados médicos na opinião de Paulo Pinto

Após analisar o complexo quadro normativo internacional sobre o direito aos cuidados médicos, o juiz Pinto, em sua extensa e aprofundada opinião separada, que é em parte concorrente e em parte divergente, concentra-se na proteção desse direito no contexto da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), fazendo uma revisão crítica da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). Em particular, a opinião enfoca a abordagem diferenciada encontrada na jurisprudência em relação à responsabilidade dos Estados pela proteção da saúde: referindo-se a categorias específicas de indivíduos (militares, detentos, crianças e pessoas com deficiência, imigrantes) ou a diferentes contextos de risco (ambiente, local de trabalho), é observado um padrão de proteção mais elevado em comparação com aquele reconhecido nos casos de culpa médica em geral (ver opinião de Pinto de Albuquerque em Lopes de Sousa Fernandes, cit., §§ 29-53). No que diz respeito aos grupos populacionais, o texto da opinião fala em “status privilegiado” para detentos e militares; “proteção reforçada” para crianças ou pessoas com deficiência (ver § 54); enquanto, para a culpa médica, o padrão de proteção do direito à vida, de acordo com a crítica severa dirigida à maioria, enfraquece ao ponto de se considerar que “a Convenção deve permanecer à porta do hospital” (ver, § 93). Para essa última categoria de casos, ao contrário de outras hipóteses de proteção da vida ou da saúde, Pinto - além de lamentar a escassa relevância atribuída ao aspecto substancial do Artigo 2, em detrimento do aspecto processual (ver, § 56) - observa a tendência do Tribunal de acolher as conclusões das jurisdições nacionais sobre a determinação dos fatos e donexo causal entre a conduta do médico e o evento (ver, § 55), o que se soma a uma certa falta de uniformidade nas tipologias de “mens rea” (culpa) das autoridades de saúde competentes, oscilando entre o critério de “perfect awa-

reñess” (plena consciência) e o critério, menos exigente, de “putative knowledge” (conhecimento putativo) (ver, § 58). Mais precisamente, em algumas decisões, a responsabilidade do Estado parece exigir o pleno conhecimento de que negar o acesso aos cuidados colocaria a vida do paciente em perigo; enquanto em outras, ao contrário, pareceria suficiente atender ao chamado “Osman test”, comprovando um “conhecimento putativo” (sabia ou deveria saber) desse risco por parte das autoridades (ver TEDH, *Osman c. Reino Unido* [GC], 23452/94, 28 de outubro de 1998, § 116).

2.1. O aspecto material

As críticas dirigidas à decisão da Grande Câmara com relação à violação material estão centradas na excessiva restrição - realizada pela maioria por meio de um “esforço hercúleo” - da jurisprudência anterior sobre o âmbito de aplicação do Artigo 2 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH). Além disso, a dicotomia entre “negligência médica” e “recusa de acesso aos cuidados médicos”, fundamental na argumentação econômica da sentença, é considerada como uma “distinção linguística artificial”, trazendo - como mencionado anteriormente - numerosos problemas interpretativos (ver opinião de Pinto de Albuquerque em *Lopes de Sousa Fernandes*, cit., § 74).

Nesse contexto, são feitas críticas severas aos já mencionados índices ou fatores nos quais o Estado poderia ser responsabilizado por violação do Artigo 2 da CEDH. Na opinião divergente, destaca-se, em primeiro lugar, uma contradição que emergiria na decisão, onde o Tribunal parece exigir das autoridades de saúde, mesmo nos casos de disfunção sistêmica, um elemento subjetivo mais rigoroso, o pleno conhecimento do risco para a vida do paciente (ver, § 75). Além disso, é lamentada a natureza dupla donexo causal exigido pela Grande Câmara (entre regulação e disfunção, bem como entre esta última e o prejuízo), o que também contribuiria para restringir o escopo do Artigo 2 da CEDH: uma duplicidade que não encontra confirmação na jurisprudência anterior em casos de *faute médicale* (ver, § 77; ver também TEDH, *Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk c. Turquia*, 13423/09, 9 de abril de 2013; e *Aydođdu c. Turquia*, cit.).

A abordagem “pro persona” na proteção à saúde defendida por Pinto exige, em relação ao “núcleo duro” do direito aos cuidados médicos, ou seja, os essenciais, um critério padronizado e não diferenciado com base na origem geográfica ou nacional dos pacientes, nem, aparentemente, com base na filiação a grupos específicos (por exemplo, detentos ou militares), sem considerar eventuais limitações em relação aos recursos disponíveis (ver, § 60 ss.). Somente além das prestações do núcleo duro, as limitações de recursos podem ser levadas em con-

sideração na delimitação do direito, com base no princípio da proporcionalidade (ver, §§ 71-72).

As condições cumulativas, de natureza objetiva e subjetiva, para imputar uma responsabilidade internacional devem ser, de acordo com o esquema proposto na opinião divergente: 1) a existência de uma situação de risco real e imediato; 2) a existência de umnexo entre a conduta das autoridades e o prejuízo; 3) o conhecimento mesmo que apenas “putativo” (putative knowledge) por parte das autoridades sobre as possíveis consequências prejudiciais de suas ações ou omissões.

Pinto está particularmente preocupado em esclarecer o primeiro e o último requisitos, destacando a oportunidade de aplicar o teste “Osman” (conhecimento em potencial de um risco imediato) de maneira mais sutil no caso de disfunções estruturais do sistema de saúde. Portanto, para identificar uma violação material diante de uma deficiência sistêmica ou estrutural conhecida ou conhecível, não é necessário que o paciente esteja em uma situação de risco imediato - como exigido no caso “Osman” - sendo suficiente um mero risco atual, suscetível de se concretizar posteriormente em um evento prejudicial (ver, §§ 87, 91). Em outras palavras, na opinião do juiz português, a responsabilidade do Estado se configuraria caso as autoridades tenham conhecimento (mesmo que apenas potencial, no sentido de possível) de que uma parte da população ou pacientes de um hospital recebam proteção deficitária devido a disfunções sistêmicas ou estruturais: em outras palavras, a responsabilidade estaria relacionada ao conhecimento de um perigo atual, comum e genérico - embora não iminente - que pode se concretizar em eventos prejudiciais aos pacientes que procuram esses serviços (ver, § 63).

Portanto, ao contrário do que foi afirmado pela maioria, que no caso em questão o evento infeliz foi resultado de uma disfunção sistêmica ou estrutural relacionada principalmente à falta de pessoal médico especializado, especialmente em relação à prevenção e tratamento de doenças infecciosas, e que essa disfunção era conhecida pelas autoridades de saúde, na opinião divergente conclui-se pela violação material do Artigo 2 da CEDH (ver, § 91).

2.2. O aspecto processual

Em relação à questão da violação processual, o juiz Pinto concorda com a maioria no sentido de reconhecer uma violação do Artigo 2 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH). Ele também faz considerações sobre os deveres de proteção penal, mostrando-se inclinado a uma maior criminalização nessa área (ver opinião de Pinto de Albuquerque em Lopes de Sousa Fernandes, cit., §§ 67-70, 73).

Na decisão da Grande Câmara, o Tribunal lembra que somente em algumas situações excepcionais, em que a culpa médica atribuída aos profissionais vai além de um simples erro ou negligência, se considerou necessário um mecanismo repressivo para cumprir a obrigação processual (fazendo referência ao caso TEDH, Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk c. Turquia, cit., §§ 104-105; e Asiye Genç c. Turquia, cit., § 73); enquanto, fora dessas situações limitadas, a obrigação de estabelecer um sistema judiciário efetivo e independente não exigiria, em caso de ofensas não intencionais, que seja necessariamente usado um “recurso” de natureza penal (sentença da Grande Câmara, § 215).

Divergindo parcialmente dessa posição, Pinto enfatiza como, em outros contextos, o Tribunal tenha reconhecido a necessidade de disponibilizar mecanismos repressivos nos casos em que a culpa atribuível a funcionários ou órgãos do Estado vai além do simples erro ou negligência, quando conscientemente não foram tomadas as medidas necessárias para mitigar o risco inerente a uma atividade perigosa (TEDH, Oneryldiz c. Turquia, cit., § 93, relacionado à gestão de um aterro municipal; Stoyanovi c. Bulgária, 42980/04, 9 de novembro de 2010, § 63, relacionado ao treinamento militar). Com base nessa jurisprudência, o juiz português considera que, mesmo no caso de negligência médica, apenas o mecanismo civil de indenização não é suficiente, devendo ser utilizado o instrumento penal, dada a frequente complexidade do estabelecimento das circunstâncias que levaram à morte ou lesão grave, muitas vezes acessível apenas à capacidade de investigação das autoridades públicas.

Citando o caso TEDH, Sinim c. Turquia, 9441/10, 6 de junho de 2017 - relacionado ao transporte de substâncias perigosas em desrespeito às regras de segurança, no qual o Tribunal considerou a abertura de uma investigação penal necessária -, o juiz Pinto critica novamente seus colegas: “É difícil compreender por que deveria ser conduzida uma investigação penal no caso de não cumprimento das regras de segurança no transporte de mercadorias, mas não no caso de não cumprimento de regras médicas com graves ou até fatais consequências”. No entanto - como ressalta o juiz - isso de forma alguma implica impor aos Estados uma obrigação de resultado, consistente em uma condenação necessária ou a aplicação de uma determinada pena (ver opinião de Pinto de Albuquerque em Lopes de Sousa Fernandes, cit., §§ 69-70).

Segundo a opinião examinada aqui, a Corte, ao circunscrever a necessidade de recorrer ao instrumento penal a casos diferentes da negligência médica, acaba criando, injustificadamente, um padrão de proteção diferente (e menos elevado) em relação ao Artigo 2 da CEDH no contexto da negligência médica.

3. Breves conclusões

Apesar de algumas questões de princípio de relevância geral que serão discutidas em breve, a divergência mais evidente entre a maioria e a opinião aqui apresentada parece residir na conclusão sobre a existência de uma disfunção sistêmica e estrutural no caso em análise.

Em relação à suposta inferioridade das situações de negligência médica em comparação a outros casos ou contextos privilegiados de proteção à saúde e à vida, em relação à possível responsabilidade internacional do Estado, pessoalmente acredito que a distinção entre meros casos isolados de negligência, que seriam irrelevantes no contexto da Convenção, e a falta de um quadro regulatório ou uma disfunção sistêmica e estrutural seja razoável devido às inegáveis peculiaridades da atividade perigosa em questão, da possível obrigatoriedade de determinadas prestações e da sua realização de forma fragmentada e pontual.

No entanto, é lamentável, como já foi reiterado, que essas distinções permaneçam pouco claras na jurisprudência da Corte, suscitando dúvidas sobre a aplicação das mesmas até mesmo no caso “Lopes de Sousa Fernandes”, como sugerido pela divergência de entendimento quanto à violação material entre o acórdão da Câmara e o da Grande Câmara, sem mencionar as duas opiniões separadas anexas a este último pronunciamento (além da do juiz Pinto, também a do juiz Serghides).

Em um contexto mais amplo, as críticas mais severas feitas pelo juiz Paulo Pinto à Corte de Estrasburgo dizem respeito às “escolhas ideológicas” subjacentes à motivação, que levam, por um lado, à identificação da proteção civil como a “ação mais apropriada” em relação à penal (acórdão da Grande Câmara, §§ 138, 235): isso, no entanto, corre o risco de privar as vítimas “normais” de negligência médica, especialmente aquelas pertencentes às classes média e desfavorecidas, que seriam obrigadas a defender suas pretensões contra poderosos adversários, como profissionais e suas seguradoras. Isentar o Estado da obrigação de investigar e, se necessário, processar os responsáveis por violações graves resultaria na redução ou mesmo aniquilação dos direitos subjacentes. Por outro lado, Pinto vislumbra tais escolhas ideológicas, que têm consequências não neutras para as vítimas, também no crescente descomprometimento dos Estados com as prestações sociais - através da privatização e “mercantilização” dos serviços de saúde - que se acopla à reivindicação comum de discricionariedade nas decisões de alocação dos recursos públicos disponíveis (ver opinião de Pinto de Albuquerque a Lopes de Sousa Fernandes, §§ 73-74).

No que diz respeito ao primeiro ponto, é importante lembrar que não apenas em Portugal, mas também na Itália, o meio de proteção mais utilizado nesses casos é certamente o penal. Além disso, o legislador italiano tentou, recen-

temente, mitigar a exposição dos profissionais de saúde ao risco e ao litígio penal através de duas reformas legislativas sucessivas: o decreto Balduzzi de 2012 e a lei Gelli/Bianco de 2017. Essas reformas, no âmbito do direito penal, representaram intervenções discutíveis e desajeitadas: especialmente a segunda, que, ao introduzir o novo Artigo 590 e seus incisos do código penal, com sua redação ambígua, tornou ainda mais evidente a necessidade de uma revisão cuidadosa da disciplina da responsabilidade penal do médico, que deveria ser baseada em um paradigma de culpa grave (sobre a oportunidade do limite de culpa grave para a responsabilidade penal, em geral e não apenas na área médica, permito-me remeter a D. Castronuovo, *La colpa penale. Misura soggettiva e colpa grave, em Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2013, p. 1723 ss.; sobre as intervenções legislativas dos últimos anos, para todos, M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., p. 213 ss.; sobre a insuficiência da disciplina atual contida no Artigo 590 e seus incisos do código penal, também diante da emergência pandêmica, C. Cupelli, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, em *Sistema penale*, 30 de março de 2020).

No que diz respeito ao segundo ponto, pode-se apenas lembrar aqui que o equilíbrio entre a proteção da saúde e a discricionariedade política nas decisões sobre a destinação dos recursos financeiros e organizacionais é considerado na jurisprudência constitucional italiana, que, no entanto, preserva o núcleo intangível do direito consagrado pelo Artigo 32 da Constituição. Considerando que “a proteção do direito à saúde não pode deixar de sofrer os condicionamentos encontrados pelo legislador ao distribuir os recursos financeiros disponíveis”, no entanto, “as necessidades das finanças públicas não podem assumir, no equilíbrio do legislador, um peso tão preponderante a ponto de comprimir o núcleo intangível do direito à saúde protegido pela Constituição como um domínio inviolável da dignidade humana” (Corte Constitucional, sentença n. 203 de 15 de junho de 2016, citando numerosos precedentes; ver I. Rivera, *La comparazione giuridica nel concetto di “salute”: possibili scenari evolutivi alla luce della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale*, em *Rivista italiana di medicina legale* 2017, p. 117 ss.).

O descomprometimento parcial do Estado na área da saúde, a crescente privatização dos serviços, as escolhas de alocação de recursos são questões que se tornaram tragicamente atuais durante a emergência sanitária Covid-19, especialmente em países mais afetados (ver V. Felisatti, *La tutela della salute nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Riflessioni sull’applicabilità del modello all’emergenza Covid-19*, a ser publicado). E serão, por certo, questões relevantes também na fase subsequente, quanto às responsabilidades no plano jurídico.

Não se pode deixar de apoiar o apelo de Paulo Pinto em “levar a sério o direito aos cuidados médicos” lançado por Estrasburgo. Embora ainda existam

muitas incertezas sobre as melhores formas de tornar esse direito cada vez mais efetivo: tanto em relação às escolhas políticas em relação ao modelo do sistema de saúde a ser adotado e à alocação de recursos; quanto em relação às opções (também políticas) sobre o quadro jurídico de responsabilidade nos casos de erro médico.

CONCLUSÕES BREVES SOBRE UM CASO DE EXPLORAÇÃO DE TRABALHO E LACUNAS NA LEGISLAÇÃO AUSTRIACA SOBRE TRÁFICO DE SERES HUMANOS

FRANCESCA CURTI

1. O abismo humano: os detalhes da causa

O caso decidido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *J. e outros c. Áustria*, 58216/12, em 17 de janeiro de 2017, teve origem nas Filipinas, desenrolou-se nos Emirados Árabes Unidos e chegou ao fim na Áustria. Vamos resumir os pontos-chave da história. Entre 2006 e 2009, uma agência de emprego em Manila ofereceu, em momentos diferentes, emprego como empregada doméstica a três mulheres filipinas em famílias abastadas de Dubai, nos Emirados Árabes Unidos.

A primeira requerente era uma mãe solteira que, na época do início da sua exploração, deixou sua filha de oito meses no país de origem. Foi oferecido a ela um contrato de trabalho que previa emprego por dois anos como empregada doméstica em uma família em Dubai. O contrato estabelecia um salário de 700 dirhams por mês, o equivalente a cerca de 150 euros, por oito horas de trabalho diário, seis dias por semana. A Sra. J. assinou o contrato e mudou-se para o Oriente Médio. Ao chegar lá, os empregadores confiscaram seu passaporte e nunca o devolveram. A partir desse momento, começou a brutal exploração de trabalho, que a aprisionou em um verdadeiro inferno. Embora não tenha sofrido violência ou ameaças explícitas e diretas, ela foi forçada a trabalhar mais do que o dobro das horas originalmente acordadas, começando às cinco da manhã e nunca terminando antes da meia-noite. Além disso, suas tarefas eram extremamente diversas, já que durante quase vinte horas de trabalho, ela precisava cuidar dos filhos dos empregadores, preparar refeições, limpar a casa, cuidar da lavanderia e cuidar do jardim. Durante os primeiros nove meses, ela nem sequer tinha direito a um dia de folga semanal e não podia sair de casa. Ela era impedida de ter seu próprio telefone e só podia ligar para sua família nas Filipinas uma vez por mês, com os custos sendo deduzidos de seu salário. Além disso, ela só podia comer a comida que sobrava das refeições da família. Nessas condições, ela passava fome.

Depois de nove meses de trabalho, a Sra. J. sofreu a primeira punição de seus empregadores por conversar com um compatriota em sua língua materna.

Como castigo, eles a obrigaram a dormir no chão de mármore frio, causando-lhe uma doença que ela não pôde tratar, pois estava proibida de ter remédios, além de ser obrigada a continuar trabalhando apesar da doença.

Quando o contrato de dois anos estava prestes a terminar, os empregadores ofereceram um aumento de salário, a possibilidade de mais dias de folga, um telefone próprio e, principalmente, a oportunidade de voltar para as Filipinas por um curto período para visitar sua família, desde que ela indicasse uma substituta. Esses incentivos levaram a Sra. J. a aceitar a prorrogação do contrato e, assim, ela procurou a segunda requerente (a Sra. G.) para assumir seu lugar por três meses enquanto ela voltava para casa. Depois de três meses, os empregadores ordenaram que a Sra. J. voltasse imediatamente a Dubai, ameaçando não a recontratar e maltratar sua substituta. A Sra. J. voltou imediatamente para os Emirados Árabes Unidos em abril de 2009. Os empregadores a ensinaram a dirigir, pois precisavam que ela realizasse algumas tarefas que exigiam carteira de motorista. Ela falhou no primeiro teste, que teve que repetir quatro vezes, pagando do próprio bolso as aulas adicionais, o que custou cerca de 700 dirhams, equivalente a um mês de salário. A requerente relata que foi agredida várias vezes durante a condução, recebendo socos no rosto dos empregadores, que queriam que ela dirigisse mais rápido. A partir desse momento os empregadores começaram a espancá-la sem nenhum pretexto ou motivação. Levavam-na consigo em suas viagens de luxo para a Europa, Austrália, Singapura e Omã, ordenando-a que mentisse sobre suas precárias condições de trabalho e impedindo-a de sair de seu quarto de hotel.

A segunda requerente, que formula o recurso à Corte Europeia, conterrânea da primeira requerente, casada e com três filhos, substituta da Senhora J. no período de sua ausência, foi contratada pelos mesmos empregadores. A família médio-oriental passa então a explicitamente agredir a requerente com socos, inclusive em seu rosto, obrigando-a a trabalhar seguidamente por quase vinte e quatro horas por dia.

A terceira requerente (Senhora C.) recorre à agência de colocação de Manila porque está enfrentando sérias dificuldades econômicas e precisa pagar tratamentos médicos caros para o irmão gravemente doente. É oferecido a ela um emprego em uma família nos Emirados Árabes Unidos, com um salário de cerca de 800/1000 dirhams, o dobro do que ela poderia ganhar se ficasse nas Filipinas. As condições de trabalho na família do Oriente Médio onde ela trabalha são muito semelhantes às descritas pela primeira requerente, com a diferença de que nos primeiros três meses ela não recebe nenhum pagamento e, posteriormente, receberá apenas 750 dirhams. Quando ela pede para retornar ao seu país, é informada de que só pode fazê-lo se pagar o custo da viagem por conta própria, despesa que obviamente ela não pode arcar. Para tornar ainda mais difícil qualquer deslocamento, seu passaporte é retido.

A Áustria entra em cena em 2010, quando as três mulheres estão acompanhando suas respectivas famílias em uma viagem turística a Viena. Mesmo nesse contexto, o tempo de trabalho é essencialmente ilimitado: são forçadas a cozinhar até duas da manhã e são repreendidas duramente se não deixam as crianças prontas para sair de manhã cedo. Poucos dias após sua chegada à Áustria, são levadas junto com as famílias para uma visita ao zoológico da cidade. Lá, uma das crianças desaparece e a primeira e terceira mulher filipinas são verbalmente agredidas de forma tão violenta e ameaçadora que vivenciam momentos de verdadeiro terror.

Na noite seguinte a esse incidente humilhante, dois ou três dias após sua chegada à Áustria, as três mulheres decidem deixar o hotel com a ajuda do concierge, que falava a língua delas e as leva para um “local seguro”. As requerentes conseguem encontrar apoio dentro da comunidade filipina em Viena. Cerca de nove meses depois, elas entram em contato com uma ONG local chamada “Lefö”, ativamente envolvida no combate ao tráfico de seres humanos na Áustria, que cuida de proteger e assistir pessoas que sofrem abusos, maus-tratos e exploração. Essa organização não governamental recebe financiamento público exatamente para a atividade de combate ao tráfico que realiza. Algum tempo depois, as três mulheres decidem recorrer à polícia austríaca, apresentando uma denúncia formal contra seus respectivos empregadores.

1.2. A resposta da justiça austríaca

Diante das denúncias feitas pelas mulheres filipinas, os empregadores árabes revidam com uma contra denúncia, na qual alegam terem sido roubados de uma certa quantia em dinheiro e de um celular. Embora os órgãos de investigação austríacos tenham comprovado a falsidade dessas acusações e apesar da plena cooperação das três vítimas, eles suspendem o processo criminal por tráfico, argumentando que o crime foi cometido no exterior por cidadãos estrangeiros contra vítimas que não são cidadãs austríacas.

Em resposta à decisão do Ministério Público de Viena, as três mulheres recorrem ao Tribunal, alegando que, pelo contrário, estão envolvidos interesses austríacos e que seus empregadores continuaram a explorá-las e abusar delas, mesmo quando elas chegaram à Áustria. Em 23 de março de 2012, o Tribunal Penal emite uma sentença na qual rejeita o recurso, confirmando a validade dos argumentos apresentados pelo Ministério Público para a suspensão do processo.

1.3. O papel da organização não governamental “Lefö”

A Ong Lefö desempenha um papel crucial ao incentivar as três mulheres a apresentarem uma denúncia pelo crime de tráfico contra seus empregadores,

além de ajudá-las no processo de obtenção de um visto de residência especial previsto na Áustria para vítimas desse crime. Após obterem o visto de residência por um ano, a organização se empenhou em estender a duração através de outras formas de autorização, considerando a capacidade de todas as três mulheres de se integrarem progressivamente na sociedade austríaca.

Em 2012, as mulheres recorreram à Corte Europeia de Direitos Humanos (uma das três mulheres perdeu interesse no caso e, por isso, foi excluída), alegando violação do Artigo 4 da CEDH, pois afirmam ter sido submetidas a trabalho forçado e serem vítimas de tráfico de seres humanos, sem que a Áustria tenha cumprido as obrigações procedimentais impostas pela legislação convencional.

2. A decisão da Corte sobre a queixa baseada no Artigo 4 da CEDH

A Corte, referindo-se à sua jurisprudência sobre os princípios gerais estabelecidos no Artigo 4 da CEDH, reitera que o tráfico de seres humanos representa uma forma de escravidão moderna, incompatível com os valores democráticos. Ela destaca alguns pontos essenciais que resumem o fenômeno do tráfico, incluindo: a consideração do ser humano como uma mercadoria, sua rigorosa vigilância, fortes restrições em sua liberdade de movimento, o uso de violência e ameaças, condições de vida e trabalho precárias, remuneração escassa ou nula, e o exercício de poderes equivalentes ao direito de propriedade.

A Corte esclarece ainda que a exploração do ser humano pode ocorrer tanto no âmbito sexual quanto no trabalho, mas não necessariamente se limita a essas duas formas.

No caso em questão, a Corte considera essencialmente duas questões relevantes: a primeira é se as autoridades austríacas cumpriram suas obrigações de auxílio e apoio às potenciais vítimas de tráfico humano; a segunda é se cumpriram sua obrigação de investigar os alegados crimes cometidos contra as vítimas de tráfico. Como não temos a oportunidade de nos aprofundar neste segundo aspecto, limitamo-nos a valorar a ênfase dada pelo Tribunal na promoção da cooperação entre os Estados, excluindo, no caso específico, que a Áustria pudesse ser considerada responsável por não ter iniciado uma ação judicial contra os autores do crime de tráfico, visto que tal crime foi cometido no exterior por estrangeiros (V. Stoyanova, J. and Others c. Austria and the Strengthening of States' Obligation to Identify Victims of Human Trafficking, in Strasbourg Observers, 7 de fevereiro de 2017).

Em relação ao primeiro aspecto, a Corte afirmou que, quando as requerentes se dirigiram à polícia, foram imediatamente consideradas como (potenciais) vítimas de tráfico humano. Elas foram entrevistadas por policiais especialmente treinados, receberam permissão de residência e trabalho para regularizar sua esta-

dia na Áustria, e o sigilo de suas informações pessoais foi respeitado para que não pudessem ser reconhecidas publicamente. Durante o processo, as requerentes foram acompanhadas e ajudadas pela ONG Lefö, que é financiada pelo governo austríaco justamente para prestar assistência às vítimas de tráfico humano. Elas receberam assistência jurídica antes, durante e após o processo, facilitando sua integração no país anfitrião.

Quanto ao segundo aspecto, a Corte excluiu a possibilidade da Áustria ser considerada responsável por não ter iniciado uma ação judicial contra os autores do crime de tráfico, visto que tal crime foi cometido no exterior por pessoas estrangeiras.

A Corte, portanto, concluiu que os recursos apresentados não são admissíveis.

3. A opinião divergente do juiz Paulo Pinto de Albuquerque

Embora concordando com a decisão final do Tribunal, o juiz Paulo Pinto de Albuquerque considera que as motivações não são satisfatórias por dois aspectos: primeiro, porque a distinção entre o crime de tráfico de seres humanos e as formas de escravidão, servidão e trabalho forçado não foi devidamente destacada. Em segundo lugar, os deveres internacionais do Estado requerido no caso em questão não foram adequadamente analisados. A adesão à decisão do colegiado judicante é devido ao fato de que as autoras, ao demorarem mais de um ano para denunciar sua situação às autoridades nacionais, contribuíram para o fracasso das operações que poderiam ter levado os responsáveis pelos crimes à justiça.

O juiz, ao revisar analiticamente toda a legislação internacional e europeia sobre o tema do tráfico e exploração de pessoas (ver opinião discrepante do juiz Pinto de Albuquerque em J. e outros, cit., do § 2 ao § 40), destaca a necessidade de diferenciar entre as condutas que caracterizam de forma totalmente distinta: o contrabando, de um lado, e o tráfico com os casos de trabalho forçado, de outro. Ele enfatiza claramente que “nem todo trabalho forçado é tráfico, assim como nem todo tráfico é escravidão”. As condutas que se enquadram na categoria de tráfico podem ser o prelúdio para a subsequente exploração, “mas pode haver tráfico de seres humanos sem subsequente exploração, assim como pode haver exploração sem tráfico prévio”.

Paralelamente à meticulosa reconstrução do quadro normativo e jurisprudencial, realizada pelo juiz Paulo Pinto de Albuquerque, surge uma realidade factual que nem sempre é claramente decifrável, na qual os novos escravos, muitas vezes imigrantes irregulares, acabam sendo produtos de uma lógica capitalista, na qual ocorre uma competição internacional exacerbada, que leva atores econômicos sem escrúpulos a transferir a pressão para o elo mais fraco da cadeia, ou seja,

os trabalhadores (C. De Martino, M. Lozito, D. Schiuma, Imigração, *caporalato* e trabalho não declarado na agricultura, in A. Perulli (org.), *A ideia do direito do trabalho, hoje: em memória de Giorgio Ghezzi*, Pádua, 2016, p. 340; D. Perrotta, *O caporalato como sistema: uma contribuição sociológica*, E. Rigo (org.), *Leis, migrantes e capatazes. Perspectivas críticas e de pesquisa sobre a exploração do trabalho na agricultura*, Pisa, 2015, pp. 24-25; V. Pinto, *Filiere agro-alimentari e agroindustriali, rapporti di produzione agricola e lavoro nero*, in V. Ferrante (org.), *Economia “informale” e políticas de transparência*, Milão, 2018, p. 83 ss.), aproveitando-se de sua condição de chantagem (F. Martelloni, *Exploração de trabalhadores estrangeiros e caporalato*, in AA.VV., *Os migrantes nos caminhos do direito. Perfil sociocriminológico, trabalhista, penal e processual penal*, Turim, 2020, p. 69 ss.). A clareza abstrata entre as diferentes tipologias criminosas desaparece, tornando-se essencialmente indistinguível (V. Militello, *O tráfico de seres humanos: a política criminal multinível e a problemática distinção com o tráfico de migrantes*, in *Revista italiana de direito e processo penal*, 2018, p. 104; uma importante ajuda são as linhas guia sobre o Artigo 4 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, elaboradas pelo Tribunal Europeu, sobre a proibição da escravidão e trabalho forçado, atualizadas em 30 de abril de 2019, disponíveis em https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_ENG.pdf). Nesse contexto, um dado alarmante é o crescente envolvimento de menores no mercado de exploração de seres humanos, tornando-os as pessoas mais vulneráveis (para uma reconstrução abrangente dos dados normativos italianos, é permitido fazer referência a: F. Curi, *Perfil penal*, in AA.VV., *Os migrantes nos caminhos do direito. Perfil sociocriminológico, trabalhista, penal e processual penal*, cit.).

O juiz passa a uma avaliação mais específica da resposta normativa fornecida pela Áustria, apontando sua inadequação em relação aos padrões internacionais. Especificamente, no que diz respeito ao crime de exploração do trabalho, ele pede a introdução de uma figura para proteger os cidadãos austríacos e uma ampliação do crime de trabalho forçado existente em relação aos estrangeiros. Ele chega a propor, prospectivamente - e acrescentamos - de forma semelhante ao que já foi previsto na Itália, a reformulação em uma única tipificação das condutas de exploração do trabalho, tanto em relação aos cidadãos quanto aos estrangeiros.

Essa falta no direito penal austríaco, apesar de uma reforma em 2013, deve servir como um novo impulso “para remover o indivíduo dessa situação ou risco” de ser traficada ou explorada e “para evitar o perigo de maus tratos”. Embora a Áustria seja reconhecida por ter feito progressos significativos na luta contra essas formas de exploração, especialmente em termos de apoio social fornecido às vítimas, a opinião do juiz Pinto de Albuquerque destaca a necessidade de atualização normativa para alcançar padrões internacionais na repressão ao crime em ques-

tão. Nessa mesma direção, em 2016, o Departamento dos Estados Unidos que lida com o tráfico de seres humanos também expressou essa necessidade em seu relatório sobre a Áustria, solicitando penas proporcionais à gravidade do crime contra traficantes; maior esforço para identificar as vítimas entre migrantes irregulares, solicitantes de asilo e pessoas submetidas à prostituição; e uma sensibilização constante dos juízes sobre a delicada aquisição de depoimentos por parte das vítimas de tráfico, em contraposição aos seus exploradores.

Permita-me, ao final, fazer uma breve referência ao contexto italiano, que, pelo menos desta vez, não se posiciona como um mero seguidor, mas que, em alguns aspectos, se destaca na repressão ao tráfico com medidas legislativas até mesmo inovadoras. É difícil contestar a necessidade de uma abordagem integrada para enfrentar esse fenômeno criminoso, envolvendo uma multiplicidade de estratégias que, por meio de sua interação, convergem eficazmente para o resultado da redução, senão até mesmo da eliminação, do mercado criminoso, que agora está amplamente disseminado.

Abrir canais regulares de imigração, ao invés de erguer muros, favorecer formas de cooperação internacional para o desenvolvimento, em vez de práticas predatórias por parte de países europeus e ocidentais, são algumas das linhas de política jurídica que devem se integrar com escolhas inalienáveis de repressão contra aqueles que alimentam o mercado de seres humanos. (cf. T. Casadei, “Corpi in transito. Sulla tratta contemporanea”, em “La società degli individui 2018”, 63, p. 153).

O primeiro passo deve ser dado em direção ao desvelamento de uma espécie de hipocrisia institucional em defesa da chamada “fortaleza Europa”, na qual a luta contra o tráfico de pessoas é professada como prioridade através de escolhas normativas fundamentadas na “tolerância zero” em relação aos traficantes ou àqueles que exploram as vítimas. No entanto, ao mesmo tempo, não se é inflexível quanto ao respeito aos direitos fundamentais dos migrantes, entre os quais podem, sem dúvida, haver vítimas do tráfico, especialmente durante operações de controle de fronteiras.

Além disso, a presença de disciplinas excessivamente restritivas em relação aos fluxos de imigração de entrada ou que condicionem a legitimidade da permanência no país a uma “dependência” de fato do imigrante em relação ao empregador pode tornar a condição do imigrante particularmente vulnerável e constituir um fator de estímulo para o tráfico (F. Parisi, “*Il contrasto al traffico di esseri umani fra modelli normativi e risultati applicativi*”, cit., p. 1798).

Uma ação de combate ao tráfico de seres humanos, fenômeno criminoso que se disseminou em paralelo com o fenômeno da globalização e do aumento da mobilidade humana, é dificultada pelo caráter clandestino que caracteriza suas

manifestações. Somente uma visão abrangente do fenômeno e de suas respectivas causas pode aspirar a ter sucesso (V. Militello, “*La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*”, cit., passim).

DIREITO AOS CUIDADOS MÉDICOS E NEGLIGÊNCIA MÉDICA NO ÂMBITO DA ESTRUTURA DOS HOSPITAIS PÚBLICOS

FRANCO DE STEFANO

1. A sentença Lopes de Souza Fernandes contra Portugal

O caso julgado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal [GC], 56080/13, em 19 de dezembro de 2017, ao qual se refere a opinião discordante do juiz Pinto de Albuquerque em questão, diz respeito à definição do direito ao atendimento médico em hospitais públicos, no que diz respeito ao direito à vida protegido pelo Artigo 2 da CEDH, bem como ao direito a um julgamento justo e a um recurso efetivo, nos termos dos Artigos 6 e 13 da CEDH, em relação à duração e ao resultado infrutífero dos procedimentos relacionados à morte alegada como consequência desse atendimento médico, agravada por uma infecção nosocomial; e pode-se dizer que é um importante marco na elaboração dos princípios estabelecidos a partir do caso da Corte Europeia dos Direitos Humanos, Osman c. Reino Unido [GC], 23452/94, 28 de outubro de 1998.

Como lembrado, o jovem português, de trinta anos, morreu cerca de três meses após uma cirurgia de polipectomia nasal (final de novembro de 1997), na qual contraiu uma meningite bacteriana que não foi diagnosticada imediatamente e, antes de ser internado na terapia intensiva, foi diagnosticado com úlcera gastroduodenal: posteriormente, sendo dispensado e internado várias vezes em condições cada vez piores, ele contraiu uma infecção por citomegalovírus, e, devido a complicações, morreu de sepse - de perfuração abdominal por peritonite - em 8 de março de 1998.

Os procedimentos administrativos, disciplinares e penais nacionais iniciados pela viúva em agosto de 1998 não levaram à identificação dos responsáveis, e, portanto, em agosto de 2013, ela recorreu à Corte Europeia dos Direitos Humanos, alegando violação do direito de seu marido à vida, como vítima de uma infecção nosocomial e da imprudência ou negligência do pessoal médico no que diz respeito aos diagnósticos, tratamentos e alta repetida do hospital; e reclamando tanto a demora no início do tratamento e a excessividade das doses inicialmente administradas a seu marido, quanto a falta de resultados nas investigações e a duração dos processos instaurados perante as jurisdições internas.

A peculiaridade do caso reside na parcial reversão do pronunciamento da Corte, que inicialmente reconheceu - com dois votos contrários em sete - a violação do Artigo 2 da CEDH tanto do ponto de vista material quanto procedimental. Isso ocorreu porque o recurso do governo português resultou na reforma dessa decisão - também com dois votos contrários em dezessete - reconhecendo apenas a violação material do Artigo 2 da CEDH e confirmando a violação procedimental, reduzindo o valor da compensação justa de € 39.000 para € 23.000 (além de custas).

A Corte havia concluído pela violação material do Artigo 2 da CEDH, com base nos achados surgidos durante a investigação administrativa - parecer do segundo gastroenterologista - e na investigação disciplinar - pareceres dos colegiados de otorrinolaringologistas e infectologistas - sobre a previsibilidade da meningite como complicação da polipectomia (especialmente em pacientes já operados), mas principalmente sobre a demora no diagnóstico: atribuída à falta de coordenação entre os serviços de otorrinolaringologia e medicina de urgência, indicando um mau funcionamento sistêmico do serviço público hospitalar que privou o paciente de acesso a tratamento médico de urgência adequado, caracterizando, por sua vez, o não cumprimento da obrigação do Estado de proteger a vida do paciente. A violação procedimental foi reconhecida nas modalidades e nos prazos dos procedimentos administrativos, penais e disciplinares, após a denúncia da viúva, que foram prejudicados por uma série de falhas.

Já a Grande Câmara, no que diz respeito à violação material do Artigo 2 da CEDH, redefiniu a obrigação do Estado, aprimorando a jurisprudência anterior: começou enfatizando a diferença entre negligência médica em si e a falta de fornecimento de tratamento essencial ou de emergência adequado, reconhecendo a responsabilidade não na presença da primeira, mas apenas na segunda, se devida a um ato deliberado ou à ausência de um quadro normativo adequado.

A Grande Câmara, por sua vez, reestruturou a questão abstrata e considerou na situação concreta a violação procedimental do Artigo 2 da CEDH. Ela enfatizou que a obrigação de proteger a vida humana é uma obrigação de meios e não de resultados. Além disso, em termos de remédios, não é necessário um mecanismo de repressão penal quando a negligência médica não ultrapassa o limiar de um erro ou negligência, desde que haja um mecanismo judicial de remédio efetivo e independente. No caso em questão, a efetividade foi excluída devido aos tempos excepcionalmente longos das investigações administrativas, disciplinares e penais, bem como a evidente insuficiência da instrução deste último, limitada apenas ao momento da morte do paciente, sem investigações sobre a infecção anterior e o conjunto de cuidados médicos, além da falta de autópsia obrigatória.

2. A estrutura da opinião dissidente

A peculiaridade da decisão determinante para a exclusão da responsabilidade do Estado por violação material é percebida tanto na negação da relevância do simples erro diagnóstico, incluindo a tardia resposta, quanto na observação de que não havia um mau funcionamento sistêmico ou estrutural devidamente prevenido, como a falta de coordenação adequada entre os departamentos de otorrinolaringologia e emergência.

A opinião dissidente critica minuciosamente esses pontos; começa com a reconstrução de um quadro normativo complexo, caracterizado principalmente por instrumentos de *soft law*, que afetam significativamente bens primários condicionados pela interação do progresso científico; prossegue com uma meticulosa análise da reconstrução da jurisprudência da própria Corte Europeia e, em seguida, propõe a conceituação de um direito às cuidados médicos (hospitalares ou não) *pro persona*.

O princípio *pro persona* ou *pro homine* (como apresentado, entre outros, por C. Núñez Donald, “Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica” em *Uc3m Working paper, Materiales de Filosofía del derecho*, 17-02, Universidad Carlos III Madrid, acessível em <http://hdl.handle.net/10016/25317>) é o critério interpretativo hermenêutico que informa todo o sistema de direitos humanos e estabelece que as normas relativas a esses direitos devem ser interpretadas da maneira mais ampla possível para reconhecer os direitos individuais e da maneira mais restrita possível quanto aos limites impostos a eles, atribuindo sempre prevalência à norma que melhor protege os direitos do indivíduo em caso de conflito entre normas sobre direitos humanos.

A principal crítica é dirigida à autolimitação da jurisprudência anterior, atribuindo-a a um preconceito ideológico de proteção a grupos restritos e poderosos em detrimento da generalidade dos indivíduos, especialmente os mais desfavorecidos. Essa autolimitação, baseada em uma análise imprecisa dos precedentes, equipara erroneamente situações diferentes e acaba exigindo uma especificidade da conduta do Estado (ou de seus agentes) com um nexo causal com o prejuízo ao indivíduo muito mais rigoroso do que no passado. Essa leitura reducionista minimiza o conteúdo da obrigação positiva de proteção, excluindo dela os casos de negligência médica devido a deficiências sistêmicas ou estruturais; além disso, é uma conclusão que, no caso em questão, é baseada em uma análise errônea do material instrutório, que, pelo contrário, aponta claramente para um mau funcionamento sistêmico.

A análise do quadro normativo sobre o direito aos cuidados médicos é cuidadosa: os instrumentos do direito internacional geral são examinados minu-

ciosamente, seguidos pelos do Conselho da Europa e da União Europeia, para definir seu conteúdo, articulado pelo menos em um núcleo duro, correspondente a uma norma internacional consuetudinária, baseada no direito de acesso a recursos de saúde adequados, sem discriminação, pelo menos para os membros de grupos vulneráveis ou marginalizados, bem como a tratamentos médicos primários e urgentes e medicamentos essenciais.

A análise da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos também é analítica, dedicada primeiramente à proteção da saúde de grupos específicos (detentos e militares alistados, pessoas com deficiência e migrantes, com diferentes graus de intensidade de obrigações positivas) e, em seguida, em situações específicas, para grupos específicos da população (casos de graves incidentes ambientais, condições de trabalho salúbres e em ambiente hospitalar).

Ao adotar uma abordagem *pro persona* ao direito à saúde, a opinião dissidente reconstrói os conteúdos do direito à vida, por meio do correspondente e simétrico conjunto de obrigações do Estado de acordo com a CEDH: obrigações substanciais, incluindo o dever de respeitar e proteger; e obrigações procedimentais, articuladas no dever de prestar informações sobre os fatos e investigar e responsabilizar os culpados. E, por fim, analisa com severa crítica os argumentos da maioria.

3. O direito a cuidados médicos adequados

Subjacente ao debate que transparece da comparação entre os argumentos da Câmara e da maioria da Grande Câmara, encontra-se a dificuldade em definir o conceito de cuidados médicos adequados e o direito a esses cuidados, o que está intrinsecamente relacionado à determinação da culpa médica em relação ao estado das noções científicas.

A Grande Câmara enfatiza a diferença entre o direito a cuidados médicos e o direito a que esses cuidados não sejam inadequados devido a negligência, assim como entre o primeiro e o direito a uma série eficaz de recursos para enfrentar a segunda situação. Ela adere explicitamente à definição da obrigação de natureza procedimental como uma obrigação de meios e não de resultado (no § 221), significando que o Estado tem a obrigação de garantir uma resposta às ações intentadas por violação da obrigação substancial de proteção.

Somente a opinião dissidente em análise se aprofunda em uma minuciosa análise dos instrumentos de direito internacional e convencional, frequentemente incorporados às Constituições nacionais, sobre a natureza da obrigação material de garantir cuidados médicos.

Deve ser compartilhada a conclusão de que essa obrigação também é de meios. No entanto, é importante esclarecer que o núcleo duro do direito a cuidados médicos parece se referir apenas àqueles que visam evitar a morte, enquanto a questão da adequação dos cuidados a serem fornecidos e da qualidade da sobrevivência permanece em segundo plano, inexplorada, pois está limitada ao critério de apreciação reconhecido pelos Estados individuais, quando em verdade o padrão de adequação dos cuidados médicos de qualidade é fornecer garantias de sobrevivência.

É intuitivo que a obrigação substancial não pode se referir à garantia da saúde em si, mas apenas à prestação de cuidados que visem mantê-la. Embora ninguém, muito menos o Estado, possa garantir que alguém permanecerá saudável, o acesso aos meios para não morrer de uma doença deve ser garantido, a menos que se queira discricionariamente disponibilizar recursos ainda maiores para um nível de saúde além da mera sobrevivência física. A sensibilidade em relação à quantidade e qualidade dos cuidados a serem fornecidos como mínimos indispensáveis varia ao longo do tempo e do contexto sociocultural, e, portanto, o nível de assistência a ser garantido sem discriminação a todos pode variar.

É provável que a própria flexibilidade dos instrumentos internacionais, por serem *soft law*, permita estabelecer, além de um núcleo identificado com a sobrevivência, a necessidade de garantir também condições gerais mínimas geralmente aceitas em um determinado contexto histórico e de acordo com o senso comum de uma sociedade democrática moderna, que não se limita à mera existência, mas pode se articular em um nível mínimo de dignidade para a existência. No entanto, esses níveis não podem ser fixados a priori, representando um grau de proteção adicional em relação ao núcleo duro da mera sobrevivência, mas sim uma escolha discricionária que cada Estado pode reconhecer, se assim desejar, na extensão adequada e assumindo os custos adicionais.

4. A “privatização” dos remédios

A primeira crítica de Pinto de Albuquerque é direcionada ao que ele chama de “privatização” dos remédios nos casos de culpa médica (ver opinião dissidente do juiz Pinto de Albuquerque em Lopes de Sousa Fernandes, cit., § 73), censurando a maioria por ter considerado apropriada, no caso em questão, a exclusão da via penal e suficiente a via civil ou administrativa.

É verdade que tal conclusão resultaria na redução da proteção às vítimas, mesmo que apenas em termos de compensação. De fato, o poder punitivo do Estado normalmente associado à resposta penal pode ser considerado, ao menos em teoria, o instrumento mais adequado de reação, com função reparadora e preventiva, que o ordenamento pode fornecer também em benefício da vítima,

se esta tiver a possibilidade de buscar seus direitos de compensação, em um contexto em que a ação oficial e o emprego de recursos financeiros adequados podem neutralizar possíveis condições de desigualdade social e econômica em relação ao autor do dano.

A essa crítica incisiva, pode-se objetar que a modulação dos remédios e a exclusão do penal não necessariamente reduzem a proteção à vítima, pois isso depende muito da funcionalidade do sistema repressivo penal de um Estado específico, e também porque sempre podem ser criados mecanismos alternativos, efetivos e realmente funcionais. Por exemplo, pode-se instituir um bom aparato de patrocínio às custas do Estado para a adequada condução de uma ação civil, ou um sistema de indenizações ou seguros obrigatórios, eventualmente com concurso público, ou ainda um mecanismo disciplinar adequado com função preventiva em relação a violações posteriores semelhantes das práticas médicas. Além disso, é importante notar que o procedimento penal havia de fato ocorrido, embora com resultados insatisfatórios devido a deficiências na instrução, incluindo a falta de realização de uma autópsia necessária.

5. A abordagem da Corte sobre o tema da culpa médica

O cerne da crítica, totalmente justificável, da opinião dissidente é a constatação da severa autocontenção da jurisprudência anterior que se reflete na sentença, bem como algumas de suas graves inadequações de premissas e argumentações.

A conclusão da maioria acaba tornando marginal a possibilidade de responsabilização do Estado por violação do dever substantivo decorrente do Artigo 2 da CEDH em casos de culpa médica, exigindo um grau de consciência dos riscos de disfunções sistêmicas ou estruturais, incongruente equiparado ao do recusa deliberada de tratamento; não é mais suficiente uma potencial ou até mesmo mera “presunção” de conhecimento, mas sim um grau de conhecimento “pertinente”, ou seja, adequado e efetivo da situação que requer tratamento, possivelmente até mesmo vinculado a dados estatísticos oficiais; além disso, é introduzida a necessidade de umnexo causal entre o quadro de disfunção sistêmica ou estrutural e o prejuízo, enquanto anteriormente bastava que existisse entre este último e a falha individual.

Corretamente, o argumento dissidente observa que os precedentes não autorizavam uma leitura tão restritiva e destaca que a relevância de certos elementos, o primeiro dos quais é o relatório do colégio de peritos em doenças infecciosas, no qual foi apontado um grave problema sistêmico de escassez de especialistas nessa área, não foi devidamente examinada e nem mesmo contestada pelas partes.

Diante da possível argumentação de que a complicação atribuída a essa disfunção (o atraso no diagnóstico da meningite devido à falta de especialistas em doenças infecciosas nos departamentos de emergência e a falta de coordenação entre estes e os departamentos de otorrinolaringologia) era, de qualquer forma, rara e que não havia negligência em cada segmento do tratamento, pode-se argumentar que não há aprofundamento do aumento da probabilidade de complicação mesmo após procedimentos anteriores, nem da sequência de eventos.

É evidente o descompromisso da Grande Câmara com uma análise atomística em vez de uma análise abrangente e devida dos elementos individuais, cuja omissão é então criticada às autoridades nacionais: o relatório sobre as condições gerais, a possibilidade de evitar o agravamento com um diagnóstico mais rápido com a presença de um especialista, as negligências do pessoal médico (especialmente na época da alta em 3 de fevereiro de 1998, confirmadas pela revogação do tratamento médico no momento da internação em Porto), a falta de autópsia, decisiva para a impossibilidade de reconstrução dos fatos.

Em sintonia com a opinião dissidente, pode-se afirmar que, principalmente essa falta de prova, devida a um mau funcionamento geral do sistema de apuração, que também integrou uma violação do dever procedimental, deveria ter excluído a isenção do Estado também de seu dever material.

Em suma, um duplo erro de método em apoio a uma conclusão evidentemente equivocada em direito: por um lado, a escolha de exigir uma conexão causal direta entre a situação de disfunção sistêmica ou estrutural e o dano; por outro, a recusa em fazer uma avaliação abrangente de uma série de circunstâncias, algumas das quais nem sequer foram valorizadas à altura da interpretação mais restritiva da jurisprudência anterior.

Portanto, é um abandono, claramente consciente se considerarmos as confirmações subsequentes (ver Corte EDH, *Fernandes de Oliveira c. Portugal* [GC], 78103/14, 31 de janeiro de 2019; *Tülay Yildiz c. Turquia*, 61772/12, 11 de dezembro de 2018, §§ 45 e 47; enquanto o recente caso *Barletta c. Itália*, 55431/09, 26 de março de 2020, admite apenas uma violação procedimental, relacionada ao Artigo 8 da CEDU), de uma concepção mais ampla de responsabilidade do Estado diante da previsibilidade de atos lesivos em sede de danos individuais, principalmente se vulneráveis, como se define um paciente necessitado de cuidados médicos – e dos jurisdicionados sobre a razoável O abandono, evidentemente consciente, se considerarmos as confirmações posteriores (ver Corte Europeia de Direitos Humanos, *Fernandes de Oliveira c. Portugal* [GC], 78103/14, 31 de janeiro de 2019; *Tülay Yildiz c. Turquia*, 61772/12, 11 de dezembro de 2018, §§ 45 e 47; enquanto o recente caso *Barletta c. Itália*, 55431/09, 26 de março de 2020, admite apenas a violação procedimental, redu-

zindo-a - quase degradando-a - ao Artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos), de uma ampla concepção da responsabilidade do Estado diante da previsibilidade de atos lesivos a um indivíduo - especialmente se vulnerável, como pode ser definido um paciente necessitado de cuidados médicos - e do exame da razoabilidade das medidas adotadas para impedir a “materialização do risco” (ver Corte Europeia de Direitos Humanos, *Osman c. Reino Unido*, cit., § 116; *Talpis c. Itália*, 41237/14, 2 de março de 2017, § 122, sobre isso, ver R. Conti, “*Violenze in danno di soggetti vulnerabili, tra obblighi (secondari) di protezione e divieto di discriminazione di genere*”, em *Questione giustizia on line*, 23 de março de 2017).

Assim, há uma redução da relevância, no que diz respeito à proteção do direito à vida, da culpa médica, com uma limitação da responsabilidade substancial, também de origem convencional, apenas aos casos que excedam a simples negligência ou erro e, além disso, mesmo quando inseridos em um contexto de disfunções não apenas normativas ou regulamentares, mas também estruturais ou sistêmicas (pense na vasta literatura sobre infecções hospitalares, recorrentes nesses casos: sobre as I.C.A., infecções relacionadas à assistência, ou H.A.I., *healthcare-associated infections*, consulte L. Papi, *Infezioni correlate all’assistenza: verso un riequilibrio dell’onere probatorio?*, em *Responsabilità civile e previdenza* 2019, p. 1359).

Isso indica uma alta tolerância em relação ao sistema de saúde: uma escolha de campo, na qual também influenciará a reconsideração do nexo causal em um sentido mais favorável ao profissional de saúde (sobre o qual, na Itália, observa-se uma reavaliação dos ônus do prejudicado: ver *Cass. civ., Sez. III*, 26 de julho de 2017, n. 18392, assim como *Cass. civ., Sez. III*, 29 de outubro de 2019, n. 27606, ou, em geral, *Cass. civ., Sez. III*, 11 de novembro de 2019, n. 28991, em *Giurisprudenza italiana* 2020, 1, 35, com nota de A. Di Majo, *La doppia natura della responsabilità del medico*); mas também uma oportunidade para reflexão sobre a extensão do direito à vida, seus limites e os custos que a coletividade está disposta e consciente de suportar e assumir em sua defesa.

A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE NATUREZA COMERCIAL ENTRE DIREITO E MORAL: DIREITOS PARA A META (MORAL), SÓLIDOS NOS PRINCÍPIOS (JURÍDICOS)

MARCELLA DISTEFANO

Críticas ao trabalho dos juízes de Estrasburgo são bem conhecidas há alguns anos (ver, entre outros, K. Lemmens, *Criticising the European Court of Human Rights or Misunderstanding the Dynamics of Human Rights Protection?* in P. Popelier, S. Lambrecht, K. Lemmens (eds.), *Criticism of the European*

Court of Human Rights. *Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Cambridge, 2016, pp. 23-40). Embora essas críticas sejam motivadas pelas inevitáveis contradições que as sentenças do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) estão destinadas a suscitar em relação aos sistemas jurídicos internos, não devemos esquecer o longo caminho percorrido até agora pelo sistema europeu em direção ao reconhecimento e à efetiva proteção dos direitos fundamentais. Devemos também enfatizar os esforços mais recentes para reafirmar o caráter subsidiário do sistema de proteção da Convenção: a entrada em vigor do Protocolo 16 corrobora essa vontade de “diálogo” entre juízes nacionais e a CEDH, ampliando o conjunto de instrumentos destinados a garantir os direitos e liberdades individuais (ver F. Sudre, *La subsidiarité, “nouvelle frontière” de la Cour européenne des droits de l’homme. À propos du Protocol n 16 à la Convention européenne des droits de l’homme*, in *La Semaine juridique*, édition générale, 42, 14 octobre 2013, p. 1912 ss.).

Nesse contexto, as opiniões separadas dos juízes da Corte Europeia de Direitos Humanos representam um “valor acrescentado”, expressando a pluralidade de pontos de vista que serão então sintetizados na decisão da Corte e não devem ser considerados como elementos de “confronto” ideológico ou institucional. Elas oferecem um suporte lógico-argumentativo válido aos juízes nacionais, que são chamados a garantir o respeito dos direitos estabelecidos pela Convenção, especialmente nos casos em que a questão jurídica submetida à análise da Corte pode não apenas permitir várias interpretações “locais”, mas também interpretações “politicamente orientadas” ou “premeditadas” (ver P. Pinto de Albuquerque, D. Cardamone, *Efficacia della Dissenting Opinion*, in F. Buffa, M. G. Civinini (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, publicado em *Questione Giustizia’s Speciali*, abril de 2019, p. 148 ss.).

Por outro lado, e mais geralmente, as opiniões separadas mostram linearidade e transparência na adoção de decisões pelos juízes internacionais individuais, destacando em casos particularmente sensíveis com reflexos éticos ou morais o “trabalho interior” (correção, transporte) que acompanha os juízes na adoção da decisão (como não lembrar da opinião separada do juiz Cançado Trindade na sentença da Corte Internacional de Justiça no caso *Ahmadou Sadio Diallo* (República da Guiné vs. República Democrática do Congo) de 30 de novembro de 2010, que parece ser “um hino” ao respeito pelos direitos humanos e aos progressos feitos pelos instrumentos universais e regionais existentes).

Na opinião convergente conjunta do juiz Pinto de Albuquerque (e dos juízes De Gaetano, Wojtyczek e Dedov) anexada à CEDH, *Paradiso e Campanelli c. Itália* [GC], 25358/12, 27 de janeiro de 2017, encontram-se ambos os aspectos mencionados anteriormente.

De fato, a opinião aborda o tema dos efeitos jurídicos decorrentes da chamada maternidade de substituição comercial transnacional, conhecida como “barriga de aluguel”, referindo-se a uma leitura sistêmica das normas internacionais em vigor para a proteção da vida familiar, em conformidade com a melhor jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que sempre interpretou as disposições da Convenção Europeia dos Direitos Humanos à luz da evolução normativa e jurisprudencial internacional (sobre a interpretação da Convenção, com particular referência ao Artigo 8, veja, dentro de uma vasta literatura, as contribuições de F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l’homme*, Paris, 2011, pp. 534-563; Id., *Rapport introductif. La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée*, in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2004, Bruxelles, 2005, p. 27 ss.).

Além disso, a opinião não negligencia o empenho e a responsabilidade individuais assumidos pelos juízes no momento em que tomam decisões judiciais. Em muitas passagens da opinião, é feita referência aos “princípios morais” que inspiram a atuação dos juízes: “O direito não pode oferecer proteção a fatos consumados em violação às normas jurídicas e princípios morais fundamentais” (ver opinião concorrente do juiz Pinto de Albuquerque em *Paradiso e Campanelli c. Itália*, cit., § 3, *itálicos adicionados*).

Agora que o tema da maternidade de substituição, devido às inevitáveis contaminações éticas e morais, está destinado a provocar debates e reações contrastantes, é um fato incontestável: a relutância dos ordenamentos jurídicos (e dos juízes) nacionais em aceitar interferências externas em questões tão profundamente ligadas às tradições socio-culturais de um país, a dificuldade em salvaguardar o interesse público no respeito à legislação vigente diante de uma tentativa de fraude à lei, a consideração e a responsabilidade em relação aos interesses dos particulares envolvidos e, especialmente, as consequências na vida da criança são apenas algumas das questões que o juiz é obrigado a enfrentar ao tomar a decisão.

E não é por acaso que o primeiro parecer, aliás, proferido por unanimidade, pela Grande Câmara do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos com base no Protocolo 16, aborda precisamente o tema da proteção da criança nascida de maternidade de substituição, embora em um cenário diferente do caso *Paradiso Campanelli*, como o da maternidade de substituição tradicional, em que há um vínculo genético com pelo menos um dos pais intencionais.

Voltando ao caso *Paradiso e Campanelli*, o percurso interpretativo escolhido na opinião evidencia a rigorosidade jurídica que fundamenta e sustenta o raciocínio dos juízes europeus. A opinião concorrente parte de uma crítica à

noção considerada muito ampla e vaga de “vida familiar”. De acordo com os juízes, a noção de família, nos termos do Artigo 8 (e do Artigo 12) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, baseia-se principalmente em relações interpessoais formalizadas em lei e em laços de parentesco biológico. Isso não exclui que, nos termos do Artigo 8 da CEDU, a proteção também possa ser reconhecida a relações de facto não formalizadas juridicamente, desde que caracterizadas por estabilidade e natureza dos laços interpessoais.

O cerne do raciocínio destaca a forma como esses laços foram estabelecidos, ou seja, em violação das normas internas italianas, ainda em vigor, e de algumas regras internacionais. Não é suficiente, por si só, a referência a um projeto parental para justificar retrospectivamente um pedido de proteção. O ditado latino “*ex iniuria ius non oritur*” sintetiza de forma central a posição assumida pelos quatro juízes.

O aspecto sobre o qual parece interessante centrar nossa atenção é a leitura sistêmica dos direitos protegidos pela convenção. Mediante a referência a instrumentos de “hard” e “soft law”, os juízes apoiam uma interpretação em conformidade com a legislação internacional em vigor e fazem referência a algumas práticas dos principais organismos internacionais existentes nessa matéria (no § 3 da opinião concorrente do juiz Pinto de Albuquerque, há referências ao Artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao Artigo 23 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e ao Comentário Geral n. 19 do Comitê de Direitos Humanos sobre a proteção da família, enquanto no § 6 são citados a Convenção de Haia sobre a proteção das crianças e a cooperação em matéria de adoção internacional de 1993, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, o Protocolo Facultativo sobre a venda de crianças e as Observações finais do Comitê sobre os Direitos da Criança sobre o segundo relatório periódico dos Estados Unidos da América (CRC/C/OPSC/USA/CO/2) e o terceiro e quarto relatórios periódicos da Índia (CRC/C/IND/CO/3-4)). Em particular, as referências às observações do Comitê sobre os Direitos da Criança parecem ser especialmente relevantes, onde eles destacam os riscos e potenciais abusos aos quais a mãe gestante e a criança nascida de maternidade de substituição comercial podem ser submetidas (destaquei essas questões em trabalhos anteriores, aos quais permito-me fazer referência: M. Distefano, Maternidade de Substituição e o Interesse Superior da Criança: uma análise internacional privada de um quebra-cabeça difícil de recompor, em *GenIUS* 2015, 1, p. 160 ss., espec. p. 169 ss., e mais extensamente em *Id.*, Aspectos internacionais e de direito internacional privado da maternidade de substituição, em A. Cagnazzo (org.), *Tratado de Direito e Bioética*, Nápoles, 2017, p. 389 ss.).

No entanto, um aspecto da opinião separada não me convence completamente, ou seja, a falta de referência ao princípio do superior interesse da crian-

ça. Neste ponto, é importante enfatizar que o valor reconhecido atualmente ao princípio do “best interests of the child” permite aos juízes nacionais fazer uma avaliação sobre a compatibilidade entre as medidas adotadas pelas autoridades judiciais e o princípio, entendido concretamente e não abstratamente. Tudo isso sem questionar a legitimidade da legislação em vigor, como a italiana, que proíbe o uso da maternidade de substituição (ver M. Distefano, Aspectos internacionais e de direito internacional privado da maternidade de substituição, cit., p. 402 ss., onde destacamos a necessidade, no entanto, de proceder com extrema cautela ao avaliar as circunstâncias individuais do caso, recorrendo ao limite de ordem pública internacional, reconstruído de forma positiva. Chega a conclusões semelhantes em relação à sentença da Corte de Cassação italiana n. 12193 de 2019, V. Barba, Ordem pública e gestação por substituição. Nota à Cass. Sez. Un. 12193/2019, em GenIUS 2019, 2).

Mas não é só isso. Para superar as críticas tradicionalmente atribuídas ao “espantinho” normativo do princípio do superior interesse da criança, considerado muito vago e indeterminado como princípio para ser aplicado pontualmente pelos juízes nacionais (mas veja, por outro lado, de forma permissiva, o Comentário Geral n. 14 do Comitê dos Direitos da Criança sobre o direito da criança a ter seu superior interesse como consideração primordial (Artigo 3 § 1), CRC/C/GC/14, 29 de maio de 2013, que enfatiza a tripla valência do princípio: direito, princípio interpretativo e regra procedimental. Para uma análise da jurisprudência do TEDH em relação ao Artigo 8 da CEDH, veja, por exemplo, K. Turković, A. Grgić, O Superior Interesse da Criança no Contexto do Artigo 8 da CEDH, em J. Casadevall e outros (orgs.), *Liber Amicorum Dean Spielmann*, Nijmegen, 2015, p. 629 ss. No entanto, não concordamos com a opinião daqueles que consideram a norma contida no Artigo 3 da CEDH da Convenção sobre os Direitos da Criança uma norma de jus cogens: assim F. Salerno, Relatório conclusivo no âmbito da conferência *La tutela dell'interesse superiore del minore nella disciplina dei rapporti internazionalprivatistici*, realizada em Catania em 11 de dezembro de 2019), é relevante ressaltar as palavras da Grande Câmara do TEDH no primeiro parecer emitido nos termos do novo Protocolo 16: “O Tribunal considera que o Artigo 8 da Convenção não impõe uma obrigação geral aos Estados de reconhecer *ab initio* uma relação entre pai e filho entre a criança e a mãe pretendida. O que o superior interesse da criança - que deve ser avaliado principalmente in concreto e não *in abstracto* - requer é o reconhecimento dessa relação, legalmente estabelecida no exterior, seja possível, no mais tardar, quando ela se tornou uma realidade prática. Em princípio, não cabe ao Tribunal, mas antes de tudo às autoridades nacionais, avaliar se e quando, nas circunstâncias concretas do caso, tal relação se tornou uma realidade prática” (ver TEDH [GC], Parecer consultivo sobre o reconhecimento no direito interno de uma relação de filiação entre uma

criança nascida através de maternidade de substituição no exterior e a mãe de intenção, P16-2018-001, 10 de abril de 2019, § 52).

Parece-nos que das considerações do Tribunal, atento a não ultrapassar a “nova” tarefa atribuída pelo Protocolo 16, emerge claramente que os Estados permanecem livres para permitir ou proibir o uso da maternidade de substituição, mas é a necessidade de proteger melhor a criança que impõe a atribuição rápida de um status respeitoso do seu superior interesse (sobre a valência substantiva erga omnes dos pareceres do TEDH, veja, entre outros, E. Cannizzaro, Pareceres consultivos e outras formas de cooperação judicial na proteção dos direitos fundamentais: rumo a um modelo integrado? em E. Lamarque (org.), A solicitação de pareceres consultivos à Corte de Estrasburgo pelas mais altas jurisdições nacionais - Primeiras reflexões à luz da ratificação do Protocolo 16 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, Turim, 2015, p. 82, e P. Pirrone, O Protocolo n. 16 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos: os pareceres prejudiciais da Corte de Estrasburgo, em *Le nuove leggi civili commentate* 2016, p. 105 ss.).

AOS CONFINS DA PARENTALIDADE: SOBRE A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO COMERCIAL SEM LAÇOS GENÉTICOS ENTRE PAIS INTENCIONAIS E FILHOS

ORNELLA FERACI

1. Introdução

Nos últimos anos, o crescente uso das modernas técnicas de reprodução desenvolvidas pela ciência médica levou a uma inesperada redefinição dos limites da noção de parentalidade. As autoridades judiciais nacionais são cada vez mais chamadas a lidar com novas demandas de reconhecimento de *status filiationis* criados no exterior, com base em normas locais, e, como resultado, a verificar a adequação das soluções jurídicas que tradicionalmente regem a formação das relações familiares.

O desejo de realizar um projeto parental além dos limites fisiológicos ou biológicos impostos pela natureza humana está levando cada vez mais casais (de sexo diferente ou do mesmo sexo), bem como solteiros, a recorrer a práticas procriativas artificiais que envolvem indivíduos estranhos ao processo procriativo (doadores anônimos de gametas masculinos ou femininos ou mãe de substituição). As profundas divergências normativas existentes em nível estatal em relação à admissibilidade e regulamentação dessas práticas - juntamente com a persistente falta de padrões normativos uniformes em nível internacional - favorecem a mobilidade através das fronteiras de casais e indivíduos impelidos pelo desejo de

realizar no exterior o que é proibido ou mais rigorosamente regulamentado em seu Estado de origem (o chamado “turismo procriativo”).

A última fronteira desse crescente fenômeno social - repleto de profundas implicações éticas, culturais e jurídicas - é representada pelo instituto da maternidade de substituição, onde uma mulher se compromete contratualmente a levar a gravidez em nome dos chamados pais intencionais ou comitentes. Esta mulher concorda em implantar em seu útero um embrião criado artificialmente por meio de inseminação ou fertilização *in vitro* de um óvulo de doadora anônima (ou da própria mãe de substituição ou da mãe comitente) e do esperma do pai comitente (ou de um doador anônimo). A prática é conhecida como maternidade de substituição tradicional ou gestacional, dependendo se o óvulo fertilizado com esperma do pai comitente (ou de doador de gametas masculinos) pertence, respectivamente, à mãe de substituição ou a uma doadora anônima (ou, mais raramente, à mãe comitente). Após o parto, a mãe de substituição se compromete a renunciar a qualquer direito sobre o bebê: o recém-nascido é então entregue aos pais intencionais e o relacionamento de parentalidade legal é estabelecido em favor de ambos ou do único pai intencional-genético, de acordo com a legislação aplicável localmente, de acordo com diferentes procedimentos jurídicos (como, por exemplo, a emissão de uma certidão de nascimento ou a emissão de uma decisão judicial posterior ao parto que ateste a coparentalidade do casal comitente sobre a criança). Essa prática pode ser realizada de forma gratuita (quando a mãe de substituição não recebe nenhuma compensação, mas apenas é reembolsada pelas despesas médicas incorridas: maternidade de substituição altruística) ou a título oneroso (maternidade de substituição comercial).

Em suas formas mais liberais, ou seja, quando a maternidade de substituição comercial se combina com a técnica de fertilização assistida heteróloga, o relacionamento de filiação pode até mesmo se desprender completamente do laço genético, resultando em uma completa desconexão entre os conceitos de “parentalidade biológica”, “parentalidade genética” e “parentalidade social”.

Inevitavelmente, tal prática levanta questões éticas delicadas em relação ao risco de exploração da mulher envolvida, especialmente nos casos em que esta se encontra em condições de vulnerabilidade e / ou de dificuldade econômico-social, bem como formas odiosas de abuso de menores, com respeito, em particular, ao perigo da comercialização de embriões humanos ou tráfico de crianças. Essas questões levantam evidentes perfis de tensão com certos parâmetros de proteção da pessoa humana, estabelecidos para proteger a essência e a dignidade do indivíduo, conforme estabelecido tanto a nível constitucional quanto internacional.

O uso de técnicas de procriação artificial não permitidas pela legislação do país de origem dos pais intencionais, especialmente quando elas prescindem em

todo ou em parte da contribuição biológica dos pais intencionais, pode levar a graves incertezas sobre a identidade da criança envolvida, com sérias repercussões em sua vida cotidiana e bem-estar psicofísico.

O quadro jurídico em torno do reconhecimento do relacionamento de filiação resultante da maternidade de substituição realizada no exterior pode assumir contornos de incerteza devido ao reconhecimento parcial da responsabilidade parental apenas para o pai intencional-genético/biológico, seja ele heterossexual ou homossexual (ver Corte Europeia de Direitos Humanos, *Menesson c. França e Labassee c. França*, 65192/11 e 65941/11, 26 de junho de 2014). Nesses casos, o pai intencional-não genético, cujo status de parentalidade foi validamente estabelecido no exterior com base na legislação local, será obrigado a buscar recursos judiciais adequados para reconstruir, em outro país, seu vínculo jurídico com a criança. Foi exatamente nesse ponto que a Grande Câmara do Tribunal de Estrasburgo se pronunciou recentemente, a pedido da Cour de Cassation, no exercício da nova competência consultiva introduzida pelo Protocolo n. 16 à CEDH (ver Corte Europeia de Direitos Humanos [Grande Câmara], *Opinião Consultiva sobre o Reconhecimento no Direito Interno de um Relacionamento de Filiação entre uma Criança Nascida por Maternidade de Substituição no Exterior e a Mãe Intencional*, P16-2018-001, 10 de abril de 2019). Em sua primeira opinião consultiva, a Grande Câmara estabeleceu que os Estados contratantes devem oferecer ao pai meramente intencional a possibilidade de reconhecimento de seu status parental, de acordo com as modalidades determinadas discricionariamente pela legislação relevante, desde que respeitem os requisitos de oportunidade e eficácia.

Embora os Estados signatários da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) gozem de ampla margem de apreciação em relação à admissibilidade e regulamentação das formas de procriação medicamente assistida, bem como no estabelecimento da filiação, eles ainda são obrigados a respeitar os parâmetros de proteção estabelecidos pela Convenção, conforme interpretados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, especialmente em relação ao direito ao respeito à vida privada e familiar estabelecido no Artigo 8 da CEDH.

No presente contexto, o judiciário é chamado a realizar um delicado equilíbrio entre a necessidade dos Estados contratantes de proteger seus interesses nacionais, geralmente expressos através das proibições da maternidade de substituição e da proteção dos princípios de ordem pública relacionados à indivisibilidade do estado civil, corpo e dignidade humana, e a necessidade oposta de garantir, quando possível, a estabilidade e a continuidade transnacional do estado civil, respeitando o princípio do superior interesse da criança.

2. A causa processual diante da Corte Europeia dos Direitos Humanos

A presente história processual perante a Corte Europeia de Direitos Humanos refere-se ao recurso individual promovido por um casal de cidadãos italianos, residentes e regularmente casados na Itália (Sra. Paradiso e Sr. Campanelli), que, com o objetivo de realizar seu projeto parental, recorreram à Rússia para uma maternidade de substituição comercial. O casal, já em idade avançada, após alguns fracassados procedimentos de fertilização assistida realizados de acordo com a lei italiana, havia obtido autorização para adoção de crianças na Itália, mas apenas para menores não em tenra idade. No entanto, decidiram recorrer a uma clínica particular em Moscou para utilizar uma mãe substituta, uma vez que isso não era possível na Itália devido à proibição, também sancionada penalmente, prevista no Artigo 12, parágrafo 6, da Lei de 19 de fevereiro de 2004, n. 40, que trata das normas sobre técnicas de procriação medicamente assistida. Ao retornarem com a criança para o território italiano, solicitaram às autoridades locais a transcrição do certificado de nascimento russo que atestava a co-paternidade legal do bebê. No entanto, as autoridades italianas, tendo dúvidas sobre as modalidades de procriação utilizadas no exterior, rejeitaram o pedido de reconhecimento e iniciaram alguns procedimentos judiciais penais contra os cônjuges Paradiso e Campanelli pelos crimes de “alteração de estado” e “falsidade” (Artigos 567, 489 e 479 do Código Penal), bem como pela violação das normas italianas de adoção internacional (Artigo 72 da Lei de 4 de maio de 1983, n. 184). Inicialmente, o casal negou ter recorrido à maternidade de substituição na Rússia, simulando para isso uma filiação natural; posteriormente, mesmo admitindo a falsidade das declarações anteriores, declararam que o filho foi concebido artificialmente com a contribuição biológica do pai intencional através da fertilização do óvulo de uma doadora anônima. No entanto, um exame subsequente de DNA ordenado pelas autoridades judiciais competentes revelou que a criança não estava geneticamente relacionada a nenhum dos pais intencionais, mas sim nascida da união de gametas masculinos e femininos de doadores anônimos (fertilização “duplamente” heteróloga). Com base nessas evidências, a criança foi então afastada do casal e confiada aos serviços sociais para posterior adoção. Após esgotarem todos os recursos internos oferecidos pelo ordenamento jurídico italiano, os cônjuges Campanelli recorreram à Corte Europeia de Direitos Humanos, alegando violação do Artigo 8 da CEDH.

Essa história colocou, pela primeira vez, a questão do estabelecimento da relação de filiação em relação a indivíduos nascidos no exterior através de maternidade de substituição quando estes não têm qualquer vínculo genético com os pais comissionários nem com a mãe substituta.

A Corte se pronunciou sobre o assunto, primeiro em formação de Câmara, com uma sentença de 17 de janeiro de 2015, e depois na formação, com maior autoridade hierárquica, da Grande Câmara, com uma sentença de 24 de janeiro de 2017, devido ao encaminhamento feito pelo governo italiano em conformidade com o Artigo 43 da CEDH.

Com a primeira decisão, a Câmara da Seção II, ao se pronunciar sobre a alegada tensão entre o respeito à vida familiar e privada consagrado pelo Artigo 8 da CEDH e a decisão das autoridades italianas de afastar o menor do casal “adquirente” em vista de sua subsequente adoção, constatou, por maioria de seus membros, uma interferência ilegítima em relação ao parâmetro convencional acima mencionado: a necessidade de remediar uma situação objetivamente ilegítima como a do caso em questão não era suficiente para justificar a adoção de uma medida extrema, como a ruptura radical da relação familiar entre os sujeitos envolvidos - embora esta última tenha sido breve e caracterizada pela ausência de laços genéticos - visto que o Estado signatário é sempre chamado a valorizar o interesse superior da criança, como exigido pelo Artigo 3 § 1 da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança.

Digno de relevo que o julgamento em questão se baseou em uma premissa beligerante: ou seja, na atribuição do caso em questão ao campo de aplicação do Artigo 8 da CEDH, em particular à noção de “vida familiar” ali consagrada (ver as críticas expressas na opinião conjunta parcialmente discordante dos juízes Guido Raimondi e Robert Spano em *Paradiso e Campanelli c. Itália*, cit., § 3). A sentença da Câmara qualificou, nesse sentido, o relacionamento existente entre os requerentes e o recém-nascido, destacando sua natureza como um relacionamento familiar de fato. Essa conclusão decorria da combinação de dois fatores diferentes: um objetivo e outro subjetivo (§ 69 da sentença). De um lado, os juízes da maioria consideraram o tempo decorrido entre os requerentes e o recém-nascido - ou seja, seis meses vividos na Itália, a partir do terceiro mês de vida da criança, e o fato de a Sra. Paradiso ter compartilhado com ela algumas semanas na Rússia logo após o parto. Por outro lado, eles valorizaram a atitude dos cônjuges italianos em relação à criança, agindo como se fossem seus pais biológicos. Nenhuma relevância, no entanto, foi atribuída à ilegitimidade da conduta dos requerentes ou à ausência de uma ligação genética entre a criança e o casal Campanelli.

Vale ressaltar que a Câmara se pronunciou exclusivamente sobre a medida de afastamento do menor do casal “adquirente”, sem se pronunciar sobre o método procriativo da maternidade de substituição nem sobre a compatibilidade da não reconhecimento do *status filiationis* em relação ao parâmetro convencional do Artigo 8 da CEDH. Essa última queixa, em particular, foi considerada inadmissível pela Corte por motivos processuais (requisito de esgotamento prévio dos recursos internos nos termos do Artigo 35 § 1 da CEDH).

3. A decisão da Grande Câmara

Com uma maioria de 11 juízes contra 6, a Grande Câmara reverteu o resultado da decisão da Câmara, acolhendo a posição do Estado convocado. Em primeiro lugar, negou que a situação em questão se enquadrasse na noção de vida familiar nos termos do Artigo 8 da CEDH, tanto pela falta de ligação biológica entre o casal e o menor, quanto pela brevidade da convivência entre os pais intencionais e a criança, e a incerteza da relação jurídica que havia se estabelecido entre eles. A Corte concluiu então que as medidas contestadas só poderiam ser relevantes no âmbito da segunda componente do Artigo 8 da CEDH, ou seja, o direito ao respeito à vida privada. Portanto, ao se pronunciar sobre a compatibilidade das ações tomadas pelas autoridades italianas no caso em questão com o direito ao respeito à vida privada, ela concluiu que essas últimas, ao determinarem o afastamento do menor, haviam imposto uma interferência legítima, de acordo com as condições estabelecidas pela cláusula de limitação do Artigo 8 § 2 da CEDH. As autoridades italianas garantiram um equilíbrio adequado entre as políticas do Estado e os interesses da criança envolvida, permanecendo dentro do âmbito da margem de apreciação estatal. As medidas em questão foram, portanto, proporcionais à proteção do interesse preponderante da criança e essenciais para evitar a legalização de uma situação jurídica criada em violação das regras fundamentais da legislação italiana.

4. Críticas expressas na opinião conjunta dos juízes De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov

A opinião conjunta dos juízes De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov, apesar de concordar com as conclusões da maioria, discorda em relação a certos pontos do raciocínio da Corte (e de uma de suas lacunas), levantando três aspectos de crítica em particular.

4.1. Sobre o escopo do Artigo 8 da CEDH em relação à vida familiar

Em primeiro lugar, a opinião em questão questiona a forma de delimitação da amplitude da noção de vida familiar nos termos do Artigo 8 da CEDU (no sentido oposto, ver a opinião conjunta dissidente dos juízes Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens e Grozev em *Paradiso e Campanelli c. Itália*, cit.). Em particular, de acordo com a Grande Câmara, a disposição da Convenção pressupõe a existência de uma situação de fato onde sejam reconhecíveis laços familiares concretos, ou seja, relações pessoais próximas e estáveis (§§ 140-141 da sentença). A opinião em questão considera, em primeiro lugar, essa fórmula “tanto muito vaga quanto muito ampla”. Em particular, a abordagem adotada pela maioria parece, na opinião dos juízes minoritários, excessivamente abrangente

em dois aspectos: por um lado, não leva em consideração que pode haver laços interpessoais próximos e estáveis que se situam fora do âmbito da vida familiar; por outro lado, parece excessivamente desequilibrada ao depender da existência de laços afetivos para caracterizar a noção de vida familiar. Em relação a esta última observação, a opinião se expressa de forma radical, valorizando a noção de vida familiar do Artigo 8 da CEDH em relação ao direito de se casar e fundar uma família (heterossexual) estabelecido no Artigo 12 da CEDH, que os juízes minoritários interpretam de forma sistemática à luz do Artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Artigo 23 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. A opinião destaca como a noção de família nos Artigos 8 e 12 da CEDH se baseia em relações interpessoais formalizadas (em termos legais e laços biológicos) e em alguns laços familiares de fato não formalizados, mas ainda expressivos de laços estáveis. No entanto, para serem considerados como vida familiar, esses últimos devem ser cuidadosamente avaliados em relação à sua natureza e à estabilidade efetiva do relacionamento, e devem ser apreciados especialmente quanto ao modo como foram estabelecidos. A forma escolhida pelas pessoas para a formação do vínculo familiar é, em particular, um fator decisivo para delimitar o âmbito de aplicação do Artigo 8 da CEDH. A noção de vida familiar não pode, portanto, ser estendida a ponto de incluir situações de fato realizadas por meio da violação premeditada de normas jurídicas ou de princípios morais fundamentais, como ocorreu no caso em questão, onde a conduta do casal Campanelli foi realizada de maneira ilegal e fraudulenta. É precisamente a esses últimos que deve ser imputada a escolha das autoridades italianas de proceder ao afastamento da criança com o propósito de sua adoção por um casal capaz de oferecer maiores garantias de proteção para a criança e seus interesses: “*ex iniuria ius non oritur*”.

Um segundo aspecto de crítica relacionado ao primeiro perfil crítico do raciocínio da maioria diz respeito à avaliação feita por ela em relação aos fatores que determinam a existência de uma vida familiar (a qualidade dos laços estabelecidos entre os requerentes e a criança, o papel parental e a duração de sua convivência). A maioria considerou que os dois primeiros parâmetros estavam preenchidos (uma vez que os requerentes desenvolveram um projeto parental e assumiram o papel de pais em relação à criança, desenvolvendo fortes laços emocionais com ela nos primeiros momentos de sua vida: § 151 da sentença), mas não o terceiro. E é precisamente sobre este último aspecto que o raciocínio da maioria, segundo os autores da opinião em questão, parece perder sua eficácia. Ao excluir a existência de uma vida familiar devido à curta duração da coabitação, a maioria acaba admitindo que um vínculo familiar de fato possa ser apreciado de forma quantitativa com base apenas na duração da coabitação (sem, no entanto, que se possa estimar, de forma geral e abstrata, o tempo mínimo ne-

cessário para que ela seja apreciável). No entanto, segundo os juízes em questão, tal abordagem não atribui valor à qualidade de viver juntos, nem relativiza essa avaliação à luz da idade da criança e da intensidade das relações interpessoais. No caso em questão, foi justamente o comportamento contra legem dos requerentes que impediu o estabelecimento de um relacionamento relevante para a cobertura do Artigo 8 da CEDH. De acordo com os juízes minoritários, esse aspecto não pode ser negligenciado, mesmo valorizando, como faz a maioria, a existência de um projeto parental perseguido pelos requerentes (§§ 151 e 157 da sentença).

4.2. Sobre a interferência em relação ao direito à vida privada

Em segundo lugar, a opinião em questão critica a posição elaborada pela maioria sobre a noção de interferência em relação ao direito à vida privada dos requerentes, decorrente do Artigo 8 da CEDH (§§ de 163 a 166 da sentença). A primeira observação diz respeito à afirmação da Grande Câmara de que “os fatos do caso se enquadram no âmbito da vida privada dos requerentes” (§ 164 da sentença), o que parece estender indevidamente o alcance da norma convencional além da noção de interferência tipicamente objeto do julgamento de compatibilidade confiado ao Tribunal. Uma segunda observação crítica diz respeito ao direito reivindicado pelos requerentes nesse contexto e que a maioria identifica na decisão destes de se tornarem pais. Também nesse aspecto, os juízes minoritários destacam que, no caso em questão, não é a decisão dos cônjuges italianos de se tornarem pais que é relevante, mas sim o método, contrário à lei, que eles escolheram para alcançar seu objetivo: “*O que está em jogo não é a decisão deles de se tornarem pais em si, mas a maneira como tentaram alcançar esse objetivo*”. Daí conclui-se que o princípio da responsabilidade parental, cada vez mais invocado tanto na jurisprudência internacional quanto nacional em questões de filiação, não pode, por si só, superar a ausência de descendência genética, especialmente quando ela está associada a condutas ilícitas. Portanto, é compreensível a postura adotada pelas autoridades italianas no caso em questão: a ilegalidade das condutas dos pais intencionais havia neutralizado a responsabilidade parental, levando a questionar suas verdadeiras capacidades afetivas e educacionais. É claro que o afastamento da criança do casal teve um impacto negativo sobre eles, mas, como enfatizam os juízes minoritários, “[a] fim de verificar a existência de uma interferência em um direito, é necessário estabelecer preliminarmente o conteúdo do direito e os tipos de interferência contra os quais ele oferece proteção”.

4.3. Sobre a falta de posicionamento claro da Grande Câmara em relação à instituição da maternidade de substituição

Por fim, a opinião concorrente lamenta a ausência na decisão da Grande Câmara de uma posição clara em relação à instituição da maternidade de

substituição. Dessa última, é criticada sua incompatibilidade com a dignidade humana, bem como sua ilegalidade, sob a perspectiva do direito internacional, em relação à proteção dos menores envolvidos: “Tanto a criança quanto a mãe de aluguel não são considerados fins em si mesmos, mas como meios para satisfazer os desejos de outras pessoas”. O risco de abuso de menores também é relatado em diversos relatórios internacionais (ver, neste sentido, *The Parentage/Surrogacy Project*, Anexo II, elaborado pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado).

Essa lacuna é implicitamente justificada pelo Tribunal de Estrasburgo devido à ampla margem de apreciação que os Estados possuem em relação a métodos de procriação e estabelecimento da filiação, e encontra confirmação na prática da Corte Europeia dos Direitos Humanos até agora sobre o assunto. O recente parecer consultivo da Grande Câmara de 10 de abril de 2019 também se absteve de fazer considerações sobre esse ponto, limitando-se a realizar uma investigação comparativa sobre a abordagem normativa adotada por 43 Estados do Conselho da Europa, além da França, Estado requerido no procedimento em questão. No entanto, esse parecer, concentrando-se nos fatos específicos - relacionados ao nascimento das gêmeas Mennesson na Califórnia através de uma maternidade de substituição gestacional altruística, com a contribuição genética do pai contratante, de nacionalidade francesa, e sua esposa - não exclui que, no futuro, o Tribunal de Estrasburgo possa adotar posições diferentes em relação ao desenvolvimento desse assunto (ver parágrafo 36 do parecer consultivo, onde a Corte afirma o seguinte: “A questão a ser abordada no presente caso inclui explicitamente o elemento factual de um pai com um vínculo biológico com a criança em questão. A Corte limitará sua resposta a esse respeito, deixando claro que pode ser chamada, no futuro, a desenvolver ainda mais sua jurisprudência nesse campo, especialmente em vista da evolução da questão da maternidade de substituição”).

Não se pode negligenciar, no entanto, que, para a adequada proteção do superior interesse da criança no caso concreto, o equilíbrio exigido pelo parâmetro do Artigo 8 da CEDU (Convenção Europeia dos Direitos Humanos) deve implicar também uma avaliação sobre o tipo de maternidade de substituição implementada, especialmente quando esta tem caráter comercial, como no caso *Paradiso e Campanelli*, onde o risco de comercialização de seres humanos e exploração da mulher são mais evidentes.

A periculosidade dessas práticas exigiria uma iniciativa normativa integrada em nível internacional, inspirada principalmente na proteção dos direitos das crianças, levando em consideração as circunstâncias específicas da maternidade de substituição transfronteiriça. Esse enfoque, aliás, já encontra suporte normativo em algumas normas internacionais de direitos humanos, particularmente na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, bem como no

Protocolo Facultativo relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil (consulte também o relatório de 15 de janeiro de 2018 do Relator Especial das Nações Unidas sobre a venda, exploração sexual de crianças, incluindo prostituição infantil, pornografia infantil e outras formas de abuso sexual de crianças, A/HRC/37/60).

“NUNCA MAIS”. AS OPINIÕES SEPARADAS EM LOPES DE SOUSA FERNANDES E FERNANDES DE OLIVEIRA

DAVIDE GALLIANI

As opiniões separadas de Paulo Pinto de Albuquerque na Corte Europeia dos Direitos Humanos, nos casos Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal [GC], 56080/13, 19 de dezembro de 2017, e Fernandes de Oliveira c. Portugal [GC], 78103/04, 31 de janeiro de 2019, merecem ser lidas juntas. Eis aqui o título abrangente imaginário: “Nunca mais”.

Ambos os casos são dramáticos e tratam do cumprimento das obrigações convencionais em matéria de proteção à vida. Com o tempo, o significado do direito à vida (“right to life”, “droit à la vie”) tornou-se consideravelmente enriquecido, resultando no surgimento de pelo menos quatro tipos de obrigações para os Estados: procedimentais, substanciais, negativas e positivas.

Um campo particularmente significativo é a saúde, certamente definível em termos de direito, embora não encontre reconhecimento explícito no texto convencional. Ao contrário dos juízes nacionais, que geralmente lidam com textos constitucionais que contemplam e regulam explicitamente a saúde, os juízes da Corte de Estrasburgo são obrigados a fazê-lo referindo-se ao direito à vida quando discutem o direito à saúde.

Isso torna tudo ao mesmo tempo mais simples e mais difícil. Mais simples, porque poucos podem negar que o direito à saúde é um direito fundamental do indivíduo, como expresso na Constituição italiana. Por isso, estamos falando de um direito inviolável que deve ser reconhecido e garantido, mais uma vez utilizando o vocabulário de nossa Constituição. Em outras palavras, mesmo que não seja explicitamente previsto nos textos constitucionais, seu reconhecimento e a necessidade de garantir esse direito não podem ser questionados. Portanto, é fácil para a Corte de Estrasburgo discorrer sobre o direito à saúde no contexto do Artigo 2 da CEDH (Convenção Europeia dos Direitos Humanos), que, ao impor a proteção do direito à vida, acaba por reconhecê-lo por consequência. O próximo

passo é imediato, não pode deixar espaço para dúvidas: sendo a saúde um aspecto fundamental da vida, reconhecendo e protegendo a segunda, deve-se reconhecer e proteger também a primeira.

No entanto, as complicações não devem ser ocultadas, especialmente quando se reflete sobre a questão dos limites do direito à saúde e suas várias manifestações, especialmente em relação ao direito aos cuidados médicos. Nesse sentido, a posição dos juízes nacionais e dos juízes de Estrasburgo não é facilmente sobreposta. E isso acontece por um motivo específico: nunca devemos esquecer que entre os juízes nacionais e a Constituição, ainda existe a lei, enquanto entre os juízes de Estrasburgo e a Convenção, no lugar da lei, encontramos outra coisa. A jurisprudência convencional anterior, que cumpre uma tarefa não muito diferente da que a lei desempenha internamente e, sobretudo, os fatos do caso, fatos dramáticos do caso.

Além disso, as dificuldades para a Corte de Estrasburgo também se relacionam com outro aspecto. Na maioria das vezes, ela intervém após os juízes nacionais. Portanto, também deve se confrontar com a jurisprudência formada sobre o caso levado pelo requerente à sua atenção. Assim é o funcionamento ou assim deveria funcionar o sistema convencional, em aplicação do princípio da subsidiariedade. No entanto, do nosso ponto de vista, não faz muita diferença: a Corte de Estrasburgo deve, antes de mais nada, explicar a si mesma o que significa quando discute o direito à vida e o direito à saúde, e só depois aprofundar a jurisprudência anterior, os fatos do caso e as decisões dos juízes internos a respeito.

Paulo Pinto de Albuquerque, em suas opiniões separadas em Lopes de Sousa Fernandes e Fernandes de Oliveira, busca responder a essa pergunta preliminar. Ele indaga o que o direito à saúde representa e o que deveria representar, dentro da previsão do direito à vida, para a Corte de Estrasburgo? Uma vez reconhecido esse direito, como a Corte deve protegê-lo?

Ao ler essas opiniões separadas, o leitor encontrará não apenas uma (parcial, mas radical) conclusão diferente daquela alcançada pela maioria dos juízes. O ponto não é apenas ir além da violação procedimental para chegar ao cerne substantivo do problema. Aliás, não seria a primeira vez que a declaração de violação procedimental acaba por suavizar a posição em relação à substância da questão. No entanto, o destaque principal é que Paulo Pinto de Albuquerque não se limita a uma análise detalhada e aprofundada dos fatos do caso, algo que nunca falta. A tensão argumentativa de suas opiniões, sua formulação e, se quisermos, seu estilo, são o sinal mais evidente do que ele realmente considera ser o aspecto mais importante a ser afirmado: a necessidade, que para ele é uma obrigação, de abordar cada questão em termos de princípio.

Portanto, o autor enfatiza a importância de fundamentar todas as questões com base em princípios, demonstrando sua postura firme e sua visão de como a Corte de Estrasburgo deve lidar com a proteção do direito à saúde e sua relação intrínseca com o direito à vida. Isso significa ler as opiniões separadas de Paulo Pinto de Albuquerque. Talvez você não concorde com as conclusões a que ele chega, considerando mais persuasivas as da maioria ou de outros dissidentes. No entanto, certamente você deve acompanhar cuidadosamente as origens, os desenvolvimentos e, às vezes, até as inseguranças apresentadas. Em resumo, o leitor é obrigado a raciocinar com tudo, exceto com as reflexões de um jurista prático, se este adjetivo for entendido em termos diminutivos. Não é apenas sobre resolver o caso que Pinto de Albuquerque está interessado, pois sua primeira vontade é outra. Não diria que é a de fazer as pessoas refletirem, mas sim de abrir nosso horizonte de pensamento aos princípios, que frequentemente horrorizam muitos, independentemente de quem seja. Isso pode ser facilmente constatado: raciocinar com base em princípios é muito difícil, consome muito tempo e expõe a muitas críticas. Aqueles que o fazem sabem desde o início que estão percorrendo um terreno minado. É por isso que se torna mais fácil, mais simples e até mais conveniente voar baixo, que em termos convencionais significa várias coisas, como evitar expandir as intervenções da Corte, evitar gerar perplexidades (e mais) por parte dos governos dos Estados, preferir operar como se fosse um quarto grau de julgamento ou buscar se esconder atrás da discricionariedade dos legisladores estaduais.

Os dois casos aqui apresentados demonstram isso perfeitamente. O leitor será praticamente guiado pela exploração dos grandes princípios que sustentam o conjunto da Convenção. A morte de uma pessoa por uma infecção adquirida em um hospital (Lopes de Sousa Fernandes). A morte de uma pessoa que passou parte de sua existência dentro e fora dos hospitais e que acabou tirando sua própria vida, quase como se fosse um resultado previsível (Fernandes de Oliveira). São casos que envolvem Portugal, que abalam os pilares sobre os quais o sistema convencional se baseia e que, em última instância, nos instigam a levar os direitos a sério. Isso significa enfrentar cada caso individual usando uma abordagem baseada em princípios, para nos acostarmos à ideia de que o destino de uma pessoa é o destino de todos nós. Paulo Pinto de Albuquerque fez, sem dúvida, tudo o que estava ao seu alcance, nestas opiniões, para garantir que casos como esses não ocorram mais, tanto em seu país quanto nos Estados partes da Convenção.

Existem eventos humanos que, mais do que outros, são tremendamente difíceis de enquadrar dentro dos esquemas do direito. Entre esses eventos, não se pode deixar de mencionar a maternidade de substituição (ou maternidade por procuração, como também é conhecida), uma instituição de fronteiras evasivas, dentro das quais muitos princípios e direitos se movem em tensão entre si, se não em conflito aberto. As dimensões privada e pública respondem a lógicas que podem, sim, ser em parte coincidentes (pensando na proteção da criança), mas que frequentemente são irreduzivelmente conflitantes, na medida em que os poderes públicos tendem a fornecer um quadro no qual a autonomia privada se move com dificuldade. Mas mesmo prescindindo da intervenção - embora não obliterante - do decisório público, é claro que as posições jurídicas dos vários sujeitos envolvidos evocam direitos absolutamente primários, que não podem ser negligenciados, e acima de tudo, são extremamente difíceis de equilibrar quando um conflito surge. O direito de ser pais que confronta com a dignidade e a autodeterminação da mãe substituta, o interesse da criança (em suas várias manifestações) que se vê ponderado com a guarda dos pais (intencionais, biológicos, adotivos): uma casuística completa desses equilíbrios - admitindo que seja proposta em abstrato - seria longa, e grande parte dos elementos da lista que resultaria evocaria o conceito de “escolha trágica”, magistralmente descrito no livro de Guido Calabresi e Philip Bobbitt de 1978 (G. Calabresi, P. Bobbitt, *Scelte tragiche*, trad. it., 2a ed., Milano, 2006).”

Diante deste “emaranhado de feixes vitais”, emerge claramente a necessidade de analisar, da maneira mais cuidadosa e detalhada possível, as situações individuais, buscando compreender a essência e as peculiaridades que possam fornecer o critério para medir a meritória proteção das posições dos diversos atores envolvidos. Em essência, a maternidade de substituição representa o exemplo perfeito da crescente necessidade de privilegiar os direitos (iura) em relação à lei (lex), a atuação do juiz que decide o caso singular em relação ao legislador que dita normas (idealmente) gerais e abstratas: ou seja, a gestação para outrem pode representar o perfeito argumento para sustentar a abordagem em relação à normatização e atividade jurisdicional, que Gustavo Zagrebelsky sintetizou na feliz expressão “direito mite” (G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Turim, 1992).

Agora, se é o juiz quem é chamado a fazer justiça, decifrando o caso concreto que deu origem à maternidade de substituição, e se as generalizações de preceitos que aspiram a valer para todos (erga omnes) mostram uma certa ina-

dequação estrutural, é “natural”, por assim dizer, que a jurisdição adquira uma posição de absoluta relevância, pois ela tem a característica de aplicar princípios sem ser obrigada, ao desenhar a solução das controvérsias, a seguir regras que não sejam eminentemente processuais, que regulem seu trabalho. Em outras palavras, a gestação para outrem é um tema para o qual as formas de intervenção da Corte Europeia dos Direitos Humanos parecem ser extremamente eficazes. E, portanto, é “natural” que a Corte de Estrasburgo tenha intervindo repetidamente na questão da maternidade de substituição e o tenha feito de uma maneira que se coloque como uma referência incontornável para qualquer expressão de poder nacional (legislativa ou jurisdicional) que se veja obrigada a decidir sobre essas questões. A sentença no caso *Paradiso e Campanelli vs. Itália*, proferida pela Grande Câmara em janeiro de 2017, insere-se, de fato, em uma linha de jurisprudência que, a partir dos casos *Mennesson e Labassee* (ver Corte EDH, *Mennesson c. França*, 65192/11, 26 de junho de 2014, e *Labassee c. França*, 65941/11, 26 de junho de 2014), se enriqueceu com outras decisões significativas (ver, em particular, Corte EDH, *D. e outros c. Bélgica [dec.]*, 29176/13, 8 de julho de 2014, e *Foulon e Bouvet c. França*, 9063/14 e 10410/14, 21 de julho de 2016), passando precisamente pela sentença da Câmara de janeiro de 2015 sobre o caso que posteriormente foi remetido à Grande Câmara. E após a intervenção de 2017, a jurisprudência foi enriquecida ainda mais (ver, em particular, Corte EDH, *C. e E. c. França [dec.]*, 1462/18 e 17348/18, 19 de novembro de 2019), principalmente graças ao primeiro parecer emitido em aplicação ao Protocolo n. 16, que a Corte de Cassação francesa solicitou precisamente sobre a espinhosa questão da maternidade de substituição (ver *Comentários da Corte EDH [GC]*, *Parecer consultivo sobre o reconhecimento no direito interno de uma relação de filiação entre uma criança nascida através da maternidade de substituição no exterior e a mãe intencional*, P16-2018-001, 10 de abril de 2019).

O caso que resultou na sentença *Paradiso e Campanelli* é amplamente conhecido; no entanto, isso não permite omitir completamente um resumo dos dados mais relevantes.

Os cônjuges *Paradiso e Campanelli* alegavam a violação do Artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), que protege a vida privada e familiar. Os requerentes haviam celebrado um contrato de maternidade de substituição na Rússia; uma vez nascida a criança, receberam um certificado de filiação, sem especificar que o nascimento havia ocorrido por meio de um contrato de gestação para outrem. Ao retornarem à Itália, eles não conseguiram obter a transcrição do certificado junto às autoridades italianas, pois o consulado italiano em Moscou havia informado as circunstâncias do nascimento, e, portanto, a transcrição estava impedida por motivos de proteção da ordem pública. Investigação subsequente, iniciada por suspeita de falsa declaração e violação da

lei de adoção, revelou que a criança não tinha laços biológicos com os requerentes. Como resultado, a criança foi removida dos requerentes e confiada a um casal de pais adotivos. Com a decisão de 2015, o Tribunal Europeu, em composição de Câmara, determinou que os oito meses que os requerentes passaram com a criança foram suficientes para estabelecer um vínculo familiar de fato, digno de proteção, e, portanto, constatou uma violação do Artigo 8 da CEDH. Em seguida, a Itália apresentou um pedido de reexame contra a sentença perante a Grande Câmara. Esta última reverteu as conclusões alcançadas pela Câmara.

A sentença *Paradiso e Campanelli* não poderia deixar de representar um momento importante na evolução da jurisprudência, mesmo que apenas pela história e pelos resultados dos dois pronunciamentos da Corte, que foram drasticamente diferentes. Na realidade, no entanto, não foi um ponto de chegada, nem, muito provavelmente, pretendia ser. E se não podia, é claro, ser considerada um ponto de partida, talvez pudesse ser descrita, não sem argumentos, como um ponto de virada. Um ponto de virada em vários aspectos, começando pela possibilidade de analisar o caso específico envolvendo a maternidade de substituição, mesmo tornando, de certa forma, a maternidade de substituição em si mesma marginal, até a possibilidade de pensar em um caso desencadeado pelo desejo de “formar uma família” sem colocar no centro o respeito pela vida familiar e o interesse superior da criança.

A sentença *Paradiso e Campanelli* é certamente inovadora, especialmente pelo caminho argumentativo que segue, ainda mais do que pela solução que adota. De fato, é uma decisão na qual a Corte Europeia buscou traçar algumas diretrizes a serem seguidas no exame do caso, diretrizes que, embora tenham surgido de uma delimitação específica da questão submetida à análise da Corte, propunham um modelo argumentativo amplo e teórico, no qual a alternativa entre o respeito à vida familiar e o respeito à (mera) vida privada assumia contornos bem definidos e, acima de tudo, um impacto decisivo para a decisão. A Corte, portanto, buscou superar a lógica inspirada na concentração exclusiva do caso a ser decidido, identificando alguns paradigmas que, pelo menos em potencial, também orientariam a decisão de casos futuros. Essa aspiração, no entanto, entrou em conflito, por um lado, com a abordagem adotada para definir o conceito de “vida familiar” e, por outro lado, com a busca de uma delimitação rigorosa do “*thema decidendum*” (o tema a ser decidido).

Com relação ao primeiro aspecto, a busca pelos contornos do que pode ser considerado uma “vida familiar” protegida pelo Artigo 8 da CEDH resultou na aplicação de critérios que estavam longe de garantir uma orientação sólida para o futuro: é significativo que a Corte, a fim de excluir a existência de uma “vida familiar” a ser protegida, tenha enfatizado principalmente a insuficiente duração do relacionamento estabelecido entre os pais e a criança. A duração dos laços,

de fato, embora seja inevitavelmente um critério a ser considerado, é também um critério cuja aplicação não pode prescindir de uma avaliação caso a caso, o que acaba frustrando a necessidade de previsibilidade. Essa necessidade é especialmente relevante, uma vez que qualificar um relacionamento em termos de “vida familiar” garante uma proteção contra interferências do poder público que é muito mais sólida do que a oferecida pela “vida privada”. A solução do mérito da controvérsia foi uma demonstração eloquente disso, uma vez que a exclusão da possibilidade de se configurar uma “vida familiar” (e a consequente redução da proteção à oferecida para a “vida privada”) foi a origem do reconhecimento da legitimidade da decisão de retirar a criança do casal que a concebeu através de maternidade de substituição no exterior e que chegou à Itália em uma situação que, sem o reconhecimento do vínculo de filiação, poderia ser qualificada como um “estado de abandono”.

Sob o segundo aspecto, a Corte deixou bem claro que o objeto da disputa não era nem o status da criança (caso fosse esse o caso, provavelmente se teria invocado o seu interesse superior) nem, muito menos, o instituto da gestação por outrem: a Corte foi convocada, precisamente, para determinar se a medida pela qual a criança foi retirada, visando uma futura adoção, dos cônjuges que haviam contratado a gestação por outrem, era ou não legítima. Nada mais. Porém, essa “*actio finium*” certamente não podia deixar de pesar negativamente na ambição de criar um precedente de ampla abrangência.

Entre o objetivo perseguido pela Corte e as formas pelas quais se buscou alcançá-lo, surgiu um hiato que se alimentou precisamente dos dois conflitos que foram mencionados acima. Esse hiato se encontra no centro da opinião dissidente redigida pelo juiz Pinto de Albuquerque, juntamente com os colegas De Gaetano, Wojtyczek e Dedov. Uma opinião relativamente breve, mas de grande impacto, também e principalmente pela força das afirmações que contém.

Do ponto de vista do conteúdo, a opinião se articulou, essencialmente, em torno de dois polos, correspondentes um ao conceito de relação familiar e o outro ao enquadramento normativo da gestação por outrem.

Ao descrever os termos da relação familiar, a Corte teria, segundo os quatro juízes, fundamentado sua decisão principalmente no argumento de que o direito não pode oferecer proteção a situações de fato que surgiram a partir de hipóteses de ilegalidade (“*ex iniuria ius non oritur*”): o casal de aspirantes a pais, de fato, havia agido em flagrante desacordo com a legislação italiana, fazendo na Rússia o que não era possível na Itália e, em seguida, pretendendo se beneficiar disso, solicitando o reconhecimento do resultado dessa ação também sob a lei italiana. Esse elemento deveria ter sido, na opinião dos juízes, a pedra angular de todo o raciocínio, pois era um elemento que não deixava margem para incertezas (ou,

pelo menos, os limites eram muito mais restritos do que os resultantes do critério da duração do relacionamento). Além disso, o fato de agirem em desacato às normas jurídicas (não apenas do direito interno, mas também, por exemplo, das regras de adoção internacional) foi visto na opinião dissidente como um elemento tão qualificante que poderia até mesmo colocar em dúvida a existência de um “direito” do casal: excluída a possibilidade de configurar uma “vida familiar”, mesmo sobre a “vida privada” deveria haver, segundo os juízes, uma maior inter-rogação, daí a crítica dirigida à sentença por ter aprioristicamente admitido uma interferência na vida privada sem ter estabelecido, preliminarmente, o conteúdo do direito e os tipos de interferência das quais ele protege.

Uma abordagem como a promovida na opinião dissidente teria o duplo benefício de aumentar significativamente, por um lado, a clareza (no sentido de que só se pode aspirar à proteção nos termos do Artigo 8 da CEDU se a própria conduta que fundamenta a pretensão de proteção não tenha sido ilegítima) e, por outro lado, o espectro através do qual filtrar o julgamento de mérito. Nesse sentido, em particular, se a Corte havia feito uma menção ao fato de que as regulamentações violadas visavam proteger a infância, na opinião dos quatro juízes, essa menção foi retomada e desenvolvida para conectar o respeito às regras à proteção contra a venda de crianças e, em última análise, ao compromisso de garantir um desenvolvimento harmonioso de sua personalidade.

Essas observações se entrelaçaram intimamente com o segundo pilar sobre o qual se construiu o caminho argumentativo da opinião, ou seja, a qualificação *sub specie juris* da gestação por outrem. É claro que, apesar dos esforços da Corte para evitar qualquer avaliação sobre o instituto, esse não poderia ser ignorado. O fato de enfatizar o critério da duração do relacionamento para excluir a “vida familiar” pode ter sido suficiente para a Corte não se posicionar sobre o tipo de gestação; no entanto, o fato de ter baseado essencialmente a argumentação na legitimidade da conduta que fundamenta o relacionamento familiar impôs aos juízes autores da opinião concorrente a necessidade de tomar uma posição mais clara sobre a gestação por outrem. E os quatro juízes não recuaram.

Dessa abordagem resultou em declarações muito precisas, pelo menos em referência à situação mais diretamente relacionada ao caso em questão, ou seja, aquela em que uma mulher carrega um feto geneticamente alheio a ela, comprometendo-se a entregar o recém-nascido às pessoas que a contrataram para a gravidez.

Após referirem-se à inclusão da maternidade de substituição remunerada pelo Comitê dos Direitos da Criança entre as formas de venda de crianças, os quatro juízes destacaram a ilegalidade dessa prática nos termos do Protocolo Op-

cional à Convenção sobre os Direitos da Criança, além das normas presentes em quase todos os países europeus.

Essa coleta de dados empíricos foi acompanhada por uma condenação firme no plano teórico, que partiu da violação da dignidade humana, tanto do bebê quanto da mãe de aluguel. O bebê, que já é concebido em um ambiente biológico estranho, uma vez nascido, perde o vínculo com a mãe substituta que foi desenvolvido durante toda a gravidez, sem contar a ausência de qualquer contato com o pai, que, ao contrário, deveria fazer parte da gravidez da mãe. Por sua vez, a mãe substituta vê seu papel reduzido ao de mero instrumento para satisfazer os interesses e desejos de outras pessoas. A constatação dessas aberrações levou os quatro juízes a estender a condenação da maternidade de substituição além dos limites estabelecidos pela remuneração: a gestação por outrem é, em si mesma, a origem de um tratamento degradante para o bebê e a mãe de aluguel. Sua inaceitabilidade em relação aos valores subjacentes à Convenção é particularmente acentuada no caso de remuneração, mas a ideia de instrumentalização dos seres humanos está longe de ser estranha à gestação por outrem acordada sem compensação.

O objetivo dos quatro juízes era, evidentemente, estigmatizar a falta de adoção de uma posição clara por parte da Corte em relação à maternidade de substituição (afinal, esse era o primeiro caso em que a Grande Câmara teve que enfrentar a questão): não por acaso, a opinião concorrente terminou exatamente com esse propósito.

A busca por esse objetivo crítico talvez tenha favorecido uma radicalização do discurso, no qual a rejeição da própria ideia de que possam existir pessoas que se tornem instrumentos de outras sugere afirmar o princípio de forma clara, talvez deixando de lado a eficácia da exposição com algumas exceções, que estão, aliás, muito distantes do caso em questão. Especificamente, é o caso da maternidade de substituição por motivos puramente altruístas, talvez entre parentes consanguíneos, para superar problemas fisiológicos (como quando a mãe ou a irmã se oferecem para levar adiante a gravidez em lugar de uma mulher afetada por determinadas patologias incompatíveis com a gravidez). É muito provável que, se um caso desse tipo tivesse sido apresentado, a opinião dissidente teria tido um tom totalmente diferente. No entanto, é significativo que não tenha sido considerado necessário propor alguma nuance às declarações tão enfáticas: o objetivo dos quatro juízes era dar alguns - decisivos - passos adicionais no caminho traçado pela Corte. A identificação de um quadro conceitual predefinido para orientar o exame dos casos individuais exigia alguma generalização. Certamente, como vimos no início, associar o próprio conceito de generalização ao instituto da maternidade de substituição é uma tarefa extremamente complexa e, em última análise, arriscada. A este ponto, no entanto, essa abordagem também foi

sentida como necessária para evitar o perigo de uma relativização excessiva; uma relativização pela qual até mesmo condutas realizadas em flagrante e premeditada violação de normas destinadas a proteger interesses de extrema importância poderiam não apenas ser justificadas, mas também alcançar seus objetivos evasivos em relação às proibições.

Os direitos devem ter limites, entre os quais está incluído o respeito às formas exigidas para o seu exercício. Isso é fundamental para a sobrevivência de uma comunidade que se oriente pelos princípios de uma convivência civilizada. A opinião redigida pelo juiz Pinto de Albuquerque, junto com seus três colegas, nos lembrou disso de forma altamente eficaz.

O TRABALHO E A DIGNIDADE HUMANA: ANALISANDO O CONCEITO DE “TRABALHO FORÇADO”

ANDREA SITZIA

O caso analisado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), *J. e outros c. Áustria*, 58216/12, 17 de janeiro de 2017, é particularmente relevante devido à peculiaridade do caso concreto. As recorrentes são três cidadãs filipinas, duas das quais foram contratadas por uma agência de empregos em Manila para trabalhar como empregadas domésticas ou *au pair* em Dubai; a terceira viajou para Dubai com o mesmo propósito, mas sem passar por uma agência. Durante o exercício de suas atividades de trabalho em Dubai, as recorrentes alegam terem sido submetidas a maus-tratos e exploração por parte de seus empregadores, que também não lhes pagaram o salário acordado, forçando-as a trabalhar longas horas sob ameaça de mais abusos. Depois de muito tempo desde o início das relações de trabalho, os empregadores viajaram para uma breve estadia na Áustria, levando as recorrentes com eles, que ficaram hospedadas no mesmo hotel no centro de Viena. Durante essa estadia em Viena, ocorreu um fato grave de humilhação pessoal e ameaças contra uma das recorrentes, que a levou a buscar ajuda junto a um funcionário do hotel. A partir desse momento, uma série de eventos resultou em ampla proteção concedida pelas autoridades austríacas às recorrentes. Por outro lado, os responsáveis pela exploração das trabalhadoras não foram punidos, principalmente porque as autoridades austríacas consideraram o caso improcedente; as investigações foram interrompidas porque, segundo o Landesgericht de Viena, o período de três dias passado em Viena não foi considerado suficiente para configurar os elementos do crime de tráfico de seres humanos, além da falta de reivindicação ou prova de maus-tratos.

A opinião concorrente do juiz Paulo Pinto de Albuquerque, à qual se juntou a juíza Nona Tsotsoria, destaca a contradição no sistema de direito interno em relação à determinação do trabalho “servil” ou forçado. Apesar de concordarem com a decisão final da Corte, que concluiu pela ausência de violação do Artigo 4 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) no caso em questão, a opinião ressalta a fragilidade do sistema jurídico interno em garantir uma punição eficaz para os responsáveis por tais violações.

O juiz Paulo Pinto de Albuquerque fornece uma análise detalhada e aprofundada das referências internacionais sobre trabalho forçado e tráfico de seres humanos, enfatizando a importância de combater formas modernas de escravidão e servidão que ainda ameaçam a dignidade humana. São citados o caso *Mpozagara*, recentemente decidido pelo Tribunal Correccional de Nanterre, juntamente com dados publicados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre estimativas globais da escravidão moderna em 2017. O caso *Chowdury e outros c. Grécia*, decidido quase ao mesmo tempo que *J. e outros c. Áustria* pela Corte Europeia dos Direitos Humanos, é mencionado como outro exemplo de como o problema do trabalho forçado ainda está presente. A opinião concorrente destaca como dramáticas ocorrências de exploração e recrutamento ilegal de trabalhadores na agricultura, comércio, hotelaria e construção civil têm um impacto significativo na dignidade humana. Esses casos, juntamente com outros exemplos citados, revelam que a globalização ainda não alcançou o objetivo de “*travail décent*” (trabalho digno), conforme estabelecido na Declaração do Centenário da OIT.

Na competição global, a antiga praga da escravidão, trabalho forçado e exploração do trabalho assume características de um elemento funcional para a redução dos custos de produção. Na competição mundial, a exploração do trabalho é uma maneira de se manter no mercado, especialmente no setor agrícola. De acordo com o Índice Global de Escravidão, a escravidão é uma realidade que afeta mais de 45 milhões de pessoas em todos os continentes do planeta. A escravidão assume diversas formas, desde o trabalho forçado até a exploração sexual, passando pela escravidão do Estado e casamentos forçados.

O trabalho forçado, conforme definido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), deve ser entendido como qualquer trabalho “extorquido de uma pessoa sob ameaça de punição ou para o qual a pessoa não se ofereceu voluntariamente” (tradução do Artigo 2 da Convenção n 29 da OIT de 1930). A opinião concorrente em análise busca o significado dessa definição, destacando sua conexão íntima com o Artigo 4 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), cuja expansão é valorizada.

Enquanto a noite da exploração e do trabalho escravo, parafraseando Eurípides, fecha seu olho de trevas, aguardando contribuir na reconstrução dos instrumentos jurídicos de combate à forma mais grave de trabalho indecente, o juiz Pinto de Albuquerque destaca com extrema clareza o valor da indeterminação textual da definição de trabalho forçado e obrigatório, escravidão (propriedade de um corpo alheio) e servidão (contrato de serviço), conforme incorporados em instrumentos jurídicos internacionais da OIT e, sobretudo, do Conselho da Europa, ressaltando as diferenças entre os conceitos distintos e enfatizando a centralidade da constante referência aos valores éticos e aos direitos fundamentais.

Essa opinião é especialmente valiosa para o jurista trabalhista, a quem o juiz Pinto de Albuquerque convida a manter sempre o olhar voltado para a relação entre a pessoa e seu “empregador”, não tanto para o tipo de atividade realizada, sua relevância econômica ou sua legalidade do ponto de vista do direito nacional.

A exploração do trabalho ocorre concretamente nas tramas de uma relação intersubjetiva, caracterizada pela exploração de uma posição de vulnerabilidade. A proibição do trabalho forçado ou obrigatório, da servidão e da escravidão, é um escudo inalienável de um direito absoluto e não ponderável por nenhum outro direito, ou seja, o valor da dignidade humana. Trata-se de um valor transversal, que cada juiz, especialmente o juiz constitucional, é chamado a proteger cuidadosamente em seu núcleo fundamental: “o juiz sempre deve garantir que o núcleo desses direitos não esteja à venda. Consequentemente, mesmo em tempos de crise, deve ser assegurada uma proteção mínima dos direitos econômicos, sociais e culturais, e os princípios de dignidade humana, igualdade e solidariedade devem permanecer inalterados” (conforme afirmou Paulo Pinto de Albuquerque em uma entrevista recente publicada por *Giustizia Insieme*).

O tema da vulnerabilidade é objeto de especial aprofundamento no § 29 da opinião concorrente, onde se encontra uma definição significativa, modelada com base no Protocolo de Palermo, que a descreve como uma situação em que a pessoa não tem alternativas reais e aceitáveis senão se submeter ao abuso.

Desde 2017, após a opinião em análise e a sentença Chowdury, a vulnerabilidade da pessoa que trabalha tornou-se o conceito mais relevante para elevar o nível de proteção dos trabalhadores vítimas das formas modernas de escravidão. É um conceito adaptável e flexível, capaz de integrar e aprimorar o teste de proporcionalidade elaborado com referência ao Artigo 4 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), ao qual a opinião se refere nos §§ 32, 13 e 54, citando os casos Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), *Van der Musselle vs. Bélgica*, 8919/80, 23 de novembro de 1983, e *Siliadin vs. França*, 73316/01, 26 de julho de 2005.

A vulnerabilidade também atua como critério para verificar a voluntariedade do consentimento eventualmente prestado pela pessoa vulnerável: um consentimento obtido aproveitando-se do estado de vulnerabilidade do trabalhador não pode ser considerado voluntário.

Além disso, a vulnerabilidade é um fato evidente em todas as situações de precariedade e degradação das condições de habitação em alojamentos precários e desumanos, infelizmente amplamente difundidos em casos de trabalho agrícola explorado por intermediários (“turneiros”) e exploração do trabalho, mas não apenas.

A exploração da vulnerabilidade de uma pessoa, a falta de vontade (“contra sua vontade”) e a ausência de consentimento livremente expresso são os elementos característicos do trabalho realizado em condições degradantes, que podem se desdobrar em formas cada vez mais graves, desde o trabalho forçado até o tráfico de seres humanos, da servidão à escravidão, tendo em conta, como destaca a opinião, que “nem todo trabalho forçado é tráfico, assim como nem todo tráfico é escravidão”.

A opinião, nesse sentido, confirma a validade da abordagem geralmente seguida pela Corte, de não traçar um conceito rígido de trabalho forçado ou obrigatório e não estabelecer uma diferenciação clara entre as diferentes formas de escravidão, servidão e trabalho forçado.

Na perspectiva mais estritamente penal, a opinião de Pinto de Albuquerque destaca fortemente o princípio da legalidade, criticando técnicas legislativas que introduzam, com terminologia obscura, elementos descritivos da figura criminosa pouco claros ou não exigidos, como no caso do conceito de crueldade e a referência a “interesses vitais” contidos no sistema normativo austríaco, objeto da disputa. Sob essa perspectiva, “uma lei vaga não é uma boa lei”.

O aviso da opinião pode ser facilmente estendido para avaliar o Artigo 603-bis do Código Penal, conhecido por ser introduzido em 2011 e modificado pela lei de 29 de outubro de 2016, n. 199, e criticado na doutrina principalmente devido à rigidez, generalidade e inadequação dos indicadores de exploração introduzidos pelo legislador. A norma que criminaliza o crime de intermediação ilícita e exploração do trabalho, diferente do crime de redução ou manutenção em escravidão ou servidão, prevê quatro indicadores de exploração, cuja formulação apresenta graves problemas. Basta dizer que o primeiro indicador, referente ao “pagamento repetido de remunerações manifestamente diferentes dos contratos coletivos”, entra em conflito com a inexistência, em nosso sistema, de um salário mínimo imposto por terceiros e generalizável, e com o caráter meramente indicativo, e não vinculativo para o juiz, da parte tarifária contida nos contratos coletivos.

Voltando à perspectiva mais geral e mais relevante para a abordagem propriamente trabalhista, com uma matriz mais preventiva do que punitiva, a amplitude das referências supranacionais permite uma reconstrução ampla e orientada teleologicamente do conceito de trabalho forçado, sob a perspectiva da proteção da dignidade humana.

Na reconstrução de Pinto de Albuquerque, sempre orientada pelo critério de máxima proteção da dignidade, o que certamente não importa é o tempo, a duração da exploração.

Na presença de indicadores claros de exploração, não se pode excluir o uso de “trabalho escravo” apenas em razão de sua manifestação por um período mais ou menos longo, como, de fato, o *Landesgericht* vienense havia considerado no caso em questão.

O trabalho deve ser considerado forçado quando as condições da relação entre as partes são marcadas por ameaça e involuntariedade.

Qualquer outro fator é irrelevante.

Os princípios de direito, Paulo Pinto de Albuquerque parece nos lembrar, são previstos em relação ao indivíduo, para a proteção como um direito fundamental de liberdade: se o trabalho (que é a expressão do humano) é limitado ou imposto, a liberdade é perdida. Esta é a mensagem mais relevante que a opinião do juiz Pinto, “o juiz dos excluídos”, transmite aos estudiosos.

CAPÍTULO II

CIDADANIA, IMIGRAÇÃO E ASILO

AS QUESTÕES DE PRINCÍPIO

MIGRAÇÕES, DIREITOS E FRONTEIRAS: ALGUMAS OPINIÕES DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE SOBRE CIDADANIA E PROTEÇÃO INTERNACIONAL

ADRIANA DI STEFANO

1. Os casos apresentados neste capítulo oferecem uma interessante visão geral das jurisprudências do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre algumas questões recorrentes relacionadas à cidadania, imigração e asilo.

Diversas razões motivam a revisão das opiniões separadas propostas pelo juiz Paulo Pinto de Albuquerque, acompanhando as conclusões do colegiado. Um breve resumo dessas razões permite delinear os elementos característicos e facilita a tentativa de uma abordagem temática.

O gênero literário utilizado é bem conhecido na prática “judiciária” internacional, sendo o contributo individual do juiz anexado à sentença colegiada como um complemento para expressão do voto e precisão das razões jurídicas de particular relevância. Enquanto a lógica e a estrutura redacional do texto refletem o sentido de sua função, a impressão estilística segue, naturalmente, as intenções e a sensibilidade do seu autor.

As opiniões que se seguem constituem, portanto, em primeiro lugar, uma síntese fundamentada de fragmentos das motivações das sentenças que merecem destaque especial, devido à natureza das violações, peculiaridades dos fatos ou antecedentes, tendências na prática internacional relevante e novidades das decisões, ou sua coerência com orientações jurisprudenciais consolidadas ou em processo de estabelecimento.

Um traço recorrente nos textos de Pinto de Albuquerque é a intenção declarada de construir argumentos a partir da casuística da Corte, reconstituída através de seus precedentes e do apoio de outros elementos provenientes da prática onusiana e regional, cuidadosamente apresentados com referências à literatura especializada.

As opiniões concorrentes, ao propor uma ampla e cuidadosa análise do estado da arte em relação às questões decididas pela Corte, visam contextualizar

os resultados da jurisprudência relevante e o impacto correspondente no debate político em curso, especialmente à luz das resistências por parte dos governos ou das práticas nacionais persistentes de violação das garantias convencionais. A necessidade de reafirmar perspectivas e soluções já consolidadas na jurisprudência parece, em alguns casos, motivada pela intenção de denunciar atitudes estatais evasivas ou abertamente contrárias às conclusões de Estrasburgo. O tom adotado é o da “indignação” em relação a condutas ou práticas que vão de encontro ao que foi estabelecido nas decisões da Corte, no exercício de um monitoramento permanente dos efeitos do julgado internacional ou na exposição de atitudes disfuncionais no âmbito da aplicação dos padrões convencionais de proteção.

Além disso, muitas vezes emerge dos textos a intenção de construir um discurso unitário em torno dos argumentos veiculados por outras opiniões separadas decorrentes de casos similares ou comparáveis, frequentemente citados explicitamente. Isso contribui para moldar narrativas de política jurisprudencial sempre orientadas por interpretações de boa-fé da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, com base em seu objeto e propósito, à luz do princípio da efetividade.⁷⁵⁸

A seleção de opiniões em análise inclui três casos decididos pelo Tribunal entre 2016 e 2018, relativos, respectivamente, a questões de cidadania e apatridia (Caso TEDH, Ramadan c. Malta, 76136/12, 21 de junho de 2016), detenção de solicitantes de asilo e políticas de criminalização da imigração (Caso TEDH, Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta, 25794/13 e 28151/13, 22 de novembro de 2016) e rejeição nas fronteiras e direito de acesso aos procedimentos para o reconhecimento da proteção internacional (Caso TEDH, M.A. e outros c. Lituânia, 59793/17, 11 de dezembro de 2018).

2. As conclusões do Tribunal no caso Ramadan c. Malta representam a orientação predominante de sua jurisprudência em relação a questões relacionadas à possibilidade de reconhecimento de um direito à cidadania, às implicações da revogação da cidadania no gozo de outros direitos e aos casos de apatridia.⁷⁵⁹

758 Conforme opinião concorrente do juiz Pinto de Albuquerque a Corte EDH, M.a e outros. Lituania, 59793/17, 11 de dezembro de 2018, par.18.

759 Ver a obra C. Cipolletti, *Il diritto alla cittadinanza e il rispetto della vita privata e familiare nella sentenza Ramadan c. Malta della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale* 2016, p. 1195 ss.; M.-B. Dembour, *Ramadan c. Malta: When will the Strasbourg Court understand that nationality is a core human rights issue?*, in *StrasbourgObservers*, 22 luglio 2016; sobre a jurisprudência mais recente ver também H. Lambert, *Nationality and Statelessness Before the European Court of Human Rights: A landmark judgment but what about Article 3 ECHR?*, in *StrasbourgObservers*, 16 maggio 2018. Mais ainda sobre o tema cfr. M. S. Touzé (dir.), *Droit international et nationalité - Actes du colloque de la Société française pour le droit international*, Paris, 2012; A. Annoni, S. Forlati (eds.), *The Changing Role of Nationality in International Law*, London, 2013; M. Foster, H. Lambert, *Statelessness as a Human Rights Issue: A Concept Whose Time Has Come*, in *International Journal of Refugee Law* 2016, p. 564 ss.; nonché M.-B. Dembour, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with and Inter-American Counterpoint*, Oxford, 2015. Cfr. Mais contribuições colhidas em A. Di Stasi (aos cuidados de), *Cittadinanza, cittadinanza e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Convegno interinale SIDI (Salerno, 18-19 gennaio 2018), Napoli, 2018.

Os fatos que originaram a controvérsia decidida em Estrasburgo diziam respeito à singular história do requerente, um cidadão egípcio que chegou a Malta com um visto de turista e prolongou sua estadia além do período permitido, estabelecendo relações familiares ao se casar com uma cidadã maltesa e ter um filho. Após adquirir a cidadania maltesa em 1993 devido ao casamento, posteriormente anulado, ele se casou com uma cidadã russa e teve mais dois filhos com cidadania maltesa. Em 2007, sua cidadania foi revogada pelas autoridades maltesas devido à anulação do primeiro casamento (considerado fictício, realizado apenas com o objetivo de obter a cidadania), resultando em sua apatridia. O requerente havia renunciado à cidadania egípcia após adquirir a cidadania maltesa. Questionando a compatibilidade das decisões das autoridades maltesas com o direito à vida privada e familiar garantido pelo Artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos verificou a possibilidade de arbitrariedade da revogação em relação ao impacto na situação do suposto ofendido pelas violações convencionais (a apatridia e o subsequente afastamento do requerente). A análise da legislação interna relevante mostrou, na opinião da maioria do colegiado, um nível suficiente de clareza, precisão e proteção procedimental adequada ao destinatário da revogação - ao contrário do que Pinto de Albuquerque considerou em sua opinião separada - destacando a substancial ausência do risco de expulsão, levando em conta a situação do interessado que permaneceu no território maltês "(...) até o momento ele conseguiu continuar seus negócios e continua a residir em Malta" (§ 90). Em última análise, os efeitos da revogação da cidadania no direito à vida privada e familiar do requerente não foram considerados desproporcionais, uma vez que o requerente, embora tenha se tornado apátrida, não foi expulso do país.

O raciocínio da Corte parece confirmar, como mencionado, o sentido predominante da jurisprudência convencional sobre essa matéria, ou seja, a negação do reconhecimento do direito à cidadania como um direito humano derivado da interpretação do tratado, mesmo nos casos em que a falta de acesso (à) e/ou a revogação do status de nacional (hipóteses que a Corte parece associar em suas justificativas) possam resultar em situações de apatridia, as quais são evitadas pelo direito internacional.

A Corte concluiu no sentido de não violação, no caso específico, do Artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), considerando que a decisão de privar o requerente da cidadania maltesa adquirida, mesmo que após alguns anos de seu reconhecimento, era legítima e não arbitrária, levando em conta o comportamento fraudulento decorrente da sentença de anulação de seu primeiro casamento e o fato de que o próprio requerente teria a possibilidade de permanecer em Malta com base em outras autorizações de residência ou trabalho. Além disso, segundo a Corte, o requerente não apresentou elementos suficientes

para demonstrar que havia renunciado definitivamente à cidadania egípcia e que não era capaz de readquiri-la.

A opinião de Pinto de Albuquerque é a face oposta da linha de raciocínio privilegiada pela maioria dos juízes, e mostra efetivamente como várias considerações poderiam justificar uma motivação alternativa e conclusões mais garantistas em relação à proteção do “direito de ter direitos”, conforme derivado do contexto e das normas aplicáveis: “a cidadania estadual constitui um elemento central da identidade de uma pessoa (...) qualquer decisão relativa à aquisição, modificação, recusa ou revogação da cidadania não deve depender do grau de probabilidade de uma expulsão (...) É preciso muito mais do que um local de residência ou um emprego para definir a identidade de uma pessoa. A questão essencial da identidade de um indivíduo não deve se basear na previsão de riscos futuros, mas sim no relacionamento passado e presente que a pessoa em questão tem com o Estado em questão e seu povo”.⁷⁶⁰

A perspectiva de análise diferente proposta por Pinto de Albuquerque critica a tendência da Corte de subestimar as questões levantadas em relação à cidadania e apatridia no âmbito da Convenção, bem como suas implicações em termos de efetiva proteção dos direitos humanos.

Portanto, o não reconhecimento da violação injustificada do direito nos termos do Artigo 8 da CEDH teria sido uma oportunidade perdida para atualizar as posições da Corte a partir de um caso não particularmente complexo, decidido aplicando mecanicamente o teste de verificação das cláusulas restritivas e agravando inutilmente a situação do suposto ofendido (“Embora este recurso contivesse todos os elementos para uma revisão da ainda insuficiente jurisprudência da Corte em matéria de cidadania, infelizmente, a Câmara não aproveitou a oportunidade. Esperançosamente, a Grande Câmara o fará a pedido do requerente, afirmando finalmente a existência de um direito convencional autônomo à cidadania”).⁷⁶¹

Se os aspectos relacionados à aquisição e revogação da cidadania tipicamente envolvem prerrogativas soberanas (e, portanto, pressupõem uma margem de apreciação estatal), a liberdade do Estado nessa matéria não é ilimitada e deve se conformar ao direito internacional. Além disso, as circunstâncias do caso não parecem, na opinião do Juiz, confirmar interpretações restritivas dos direitos associados ao status de cidadão, especialmente considerando que o requerente não representava uma ameaça à segurança nacional e havia residido no país por mui-

760 Conforme opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque o TEDH, Ramadan c. Malta, cit. §22. Por uma prospectiva teórica ver o interessante estudo de A. Kesby, *The right to have rights: Citizenship, Humanity and International Law*, Oxford, 2012.

761 *Ibidem*, §1.

to tempo, consolidando laços familiares e sem sofrer medidas de verificação ou questionamento da cidadania.

Essa conclusão é acompanhada de uma análise fundamentada sobre o estado da arte em relação ao direito à cidadania no direito internacional e europeu dos direitos humanos (em particular à luz da Convenção Europeia sobre a Nacionalidade, promovida no âmbito do Conselho da Europa), levando em conta os desenvolvimentos mais recentes derivados também de soft law e práticas relevantes de órgãos de monitoramento, organismos especializados e agências da ONU sobre o status jurídico de estrangeiros e apátridas em relação aos direitos dos cidadãos e aos princípios gerais de igualdade e não discriminação.⁷⁶² A evolução de um “direito à cidadania” é assim delineada no quadro regional europeu, partindo dos trabalhos preparatórios da Convenção e dos protocolos adicionais,⁷⁶³ além dos desenvolvimentos da jurisprudência de Estrasburgo, até a afirmação de uma estrutura normativa corroborada por normas convencionais e princípios do direito internacional geral.⁷⁶⁴ Em conclusão, segundo o juiz Pinto de Albuquerque, “a proibição agora consolidada de privação arbitrária ou revogação da cidadania na jurisprudência da Corte pressupõe, logicamente, a existência de um direito à cidadania nos termos do Artigo 8 da Convenção, lido em conjunto com o Artigo 3 do Protocolo n. 4”.⁷⁶⁵

Isso leva à conclusão de que, considerando a condição de limbo jurídico e incerteza causada pela revogação injustificada, “o decreto de revogação da cidadania adotado pelas autoridades maltesas está em contradição não apenas com o direito à vida familiar do requerente, mas também com o seu direito convencional à cidadania”.⁷⁶⁶

3. A opinião concorrente do juiz Pinto de Albuquerque no caso Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar c. Malta se destaca pela clareza, riqueza de sugestões e estilo narrativo. A redação não parece apenas reconstrutiva de um padrão internacional a ser referido (que combina aspectos do direito internacional dos refugiados e dos direitos humanos), mas declaradamente exortativa na direção de uma atualização jurisprudencial das conclusões em Corte EDH, Saadi c. Reino Unido [GC], 13229/03, 29 de janeiro de 2008, cujos pressupostos são aqui contraditados e deixados de lado.

Além disso, o *mainstream* da prática internacional relevante sobre detenção de estrangeiros, especialmente requerentes de asilo, também vai além de Saadi,

762 Ibidem, §24.

763 Ibidem, §7.

764 Não faltam referências literárias, entre as quais assinalamos no panorama italiano, A. Annoni, S. Forlati (eds.) op.cit.

765 Ibidem, §11.

766 Ibidem, §25.

com algumas Câmaras da Corte emitindo interpretações do Artigo 5 da CEDH muito mais garantistas para os requerentes de proteção internacional, rejeitando rigidez automática no uso de medidas de detenção de estrangeiros em entrada no território.⁷⁶⁷

Os fatos em questão diziam respeito à detenção prolongada (cerca de oito meses) de dois menores somalis requerentes de asilo (16 e 17 anos) mantidos pelas autoridades maltesas em um centro para adultos durante os procedimentos de reconhecimento da proteção internacional.⁷⁶⁸ Os requerentes alegavam à Corte a violação do Artigo 3 da CEDH (proibição de tortura) devido aos tratamentos sofridos durante a detenção (considerando também sua vulnerabilidade devido à idade), bem como a violação dos Artigos 5 §§ 1 e 4 da CEDH (direito à liberdade e segurança), em relação à falta de recursos internos efetivos para contestar a legalidade da detenção. A Câmara concluiu pela violação dos Artigos 3 e 5 da CEDH, destacando a necessidade de garantir uma proteção adequada para menores requerentes de asilo. A sentença concluiu pela violação dos Artigos 3 (proibição de tratamentos degradantes) e 5 §§ 1 e 4 (direito à liberdade e segurança) da CEDH, considerando tanto as condições de detenção dos menores quanto os atrasos nas operações de avaliação de vulnerabilidade (incluindo os testes para determinar a idade dos menores), bem como a lentidão e inadequação dos recursos processuais disponíveis no sistema maltês para proteger os requerentes de asilo. Além disso, a Corte concedeu indenizações aos requerentes como compensação equitativa (Artigo 41 da CEDH).⁷⁶⁹

O valor acrescentado desta sentença em relação às decisões anteriores da Corte é bem representado pela perspectiva de Pinto de Albuquerque, que, embora concorde com as conclusões da maioria, introduz algumas considerações em relação às razões da decisão, observando o seguinte:

“Votei a favor das conclusões da presente sentença. No entanto, discordo de sua fundamentação na parte em que considera que houve uma violação do Artigo 5 §1 (f) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (‘a Convenção’) apenas devido à duração excessiva da detenção concreta e às ‘sérias dúvidas sobre a boa-fé das autoridades’, reconhecendo, em vez disso, que a detenção tinha uma

767 Conforme opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque...

768 Conforme análise em *inter alia*, S.C. Grover, *Child Refugee Asylumas a Basic humanRight. Selected case Law on State Resistance*, Spinger, 2018.

769 Consulte, em particular, o texto da sentença no § 146: “(...) mesmo admitindo que a detenção estava intimamente relacionada ao motivo da detenção alegado, ou seja, para evitar uma entrada não autorizada e, na prática, permitir que o pedido de asilo dos requerentes fosse processado com a necessária avaliação prévia de idade, os atrasos no presente caso, especialmente os subsequentes à determinação da idade dos requerentes, levantam sérias dúvidas quanto à boa fé das autoridades. Uma situação tornada ainda mais grave pelo fato de os requerentes não disporem de garantias processuais (conforme comprovado pela constatação de violação do Artigo 5 § 4, no parágrafo 124 acima), bem como pelo fato de que em nenhum momento as autoridades verificaram se a colocação dos requerentes em detenção de imigração era uma medida de último recurso para a qual não havia alternativa disponível”.

base legal suficientemente clara e era permitida pela primeira parte do Artigo 5 §1 (f) 'até a decisão sobre o pedido de asilo'. Do meu ponto de vista, a motivação para a declaração de violação reside muito mais profundamente, uma vez que está relacionada com a formulação da própria legislação nacional, que está em aberta contradição com o Artigo 5 § 1. O caso foi decidido, em última instância, e corretamente, com base no princípio da necessidade (...)".⁷⁷⁰

Portanto, essa seria uma hipótese de violação patente do texto convencional, atribuível ao teor das próprias disposições legislativas internas (para as quais se pede uma revisão) antes mesmo de sua aplicação concreta. A questão deveria se referir não tanto (ou tão somente) à arbitrariedade das medidas adotadas, contrárias a qualquer lógica de boa fé⁷⁷¹, está relacionada à aplicação do "princípio da necessidade" (cujo escopo é precisado no § 23 da opinião, também em relação ao teste de proporcionalidade), invocado por uma interpretação sistemática das garantias convencionais, à luz das orientações inequívocas da prática internacional, tanto universal quanto regional⁷⁷².

O forte impulso para superar interpretações restritivas e centradas no Estado das garantias convencionais relativas ao tratamento de estrangeiros é enfatizado, por fim, pelas referências interessantes a categorias e conceitos (como o de "crimmigration", que introduz o tema da renovação da ratio jurisprudencial) associados ao fenômeno de contaminação entre o direito de imigração e o direito penal, além das referências definidoras ou terminológicas retiradas de estudos setoriais.

Nesse contexto, e com especial referência ao cenário europeu, o desejo final só pode ser dirigido a uma intervenção decisiva da Grande Câmara sobre esse ponto, a fim de que ela reconsidere sua infeliz orientação anterior em Saadi, reconhecendo que a detenção de um requerente de asilo é uma medida excepcional que só pode ser aplicada quando não seja possível recorrer a medidas alternativas menos intrusivas.

4. Nesta parte da opinião concorrente do juiz Pinto de Albuquerque referente ao caso M.A. e outros c. Lituânia, o foco está nos aspectos relacionados ao exercício da jurisdição dos Estados contratantes nas fronteiras terrestres em relação a migrantes que chegam e ao direito de acesso aos procedimentos de reconhecimento da proteção internacional.

770 Conferir, opinião concorrente do juiz Pinto de Albuquerque na Corte Europeia dos Direitos Humanos, caso Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar c. Malta, cit., § 1.

771 A sentença no § 142 afirma: "resta por determinar se a detenção no presente caso não foi arbitrária, ou seja, se foi realizada de boa fé; se estava intimamente relacionada ao motivo da detenção alegado pelo Governo; se o local e as condições de detenção eram apropriados e se a duração da detenção excedia o tempo razoavelmente necessário para o propósito pretendido."

772 Cfr. opinião concorrente do juiz Pinto de Albuquerque a Corte EDU, Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar c. Malta, cit., § 22.

A situação começou com o recurso de uma família (dois pais e cinco filhos menores) de requerentes de asilo russos de origem chechena que estavam temporariamente residindo na Bielorrússia. Eles foram repetidamente rejeitados pelas autoridades de fronteira lituanas sem receber as garantias mínimas. Suas solicitações de proteção internacional, baseadas no temor justificado de sofrer tortura e tratamento desumano ou degradante em caso de retorno à Rússia, foram ignoradas e, quando foram forçados a retornar ao país de origem, um dos pais foi preso e agredido pela polícia.

A Corte considerou, por maioria de votos, que as medidas de repatriação imediata dos solicitantes de asilo por parte das autoridades lituanas violaram o Artigo 3 (proibição de tortura e tratamentos desumanos ou degradantes) e o Artigo 13 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (direito a um recurso efetivo). Isso ocorreu em razão das condições de risco a que os requerentes foram expostos devido às repetidas recusas na fronteira (especialmente para um Estado terceiro não sujeito à Convenção, sem mecanismos efetivos de reconhecimento de asilo) e da falta de recursos efetivos contra as decisões de recusa de entrada no território lituano. Embora os requerentes não tenham contestado as medidas de recusa na fronteira, a falta de efeitos suspensivos nos procedimentos de recurso justificou a inadequação e a inefetividade dessas garantias, que não teriam impedido o retorno dos requerentes à Bielorrússia (com os riscos associados de *refoulement* indireto ou em cadeia). Além disso, a Corte concedeu uma quantia a título de satisfação equitativa pelos danos não pecuniários sofridos pelas vítimas.

Ao reiterar as obrigações (negativas e positivas) nos termos do Artigo 3 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDU) em relação a estrangeiros sem documentos de entrada na fronteira e sujeitos ao risco de sofrer tratamentos desumanos ou degradantes em seus países de origem, o juiz Pinto de Albuquerque faz referência à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o assunto, em particular às opiniões separadas expressas em ocasião de grandes decisões, como nos casos *Hirsi Jamaa e outros c. Itália*⁷⁷³ e *De Souza Ribeiro c. França*⁷⁷⁴.

A menção a *Hirsi*, reiterada aqui para confirmar o âmbito de aplicação da CEDH no contexto do exercício da jurisdição nas fronteiras terrestres,⁷⁷⁵ também

773 De acordo com a opinião concorrente do juiz Pinto de Albuquerque na Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *Hirsi Jamaa e outros c. Itália* [GC], 27765/09, 23 de fevereiro de 2012, em particular no § 5 (“Isso confirma minha opinião de que o controle da imigração e das fronteiras é uma função primária do Estado e que todas as formas desse controle se traduzem no exercício da jurisdição estatal”) e no § 10 (“É de fato essencial que todas as formas de controle de imigração e fronteiras por parte de um Estado contratante da Convenção Europeia dos Direitos Humanos estejam sujeitas aos padrões de proteção dos direitos humanos estabelecidos nela e ao controle da Corte”).

774 A opinião concorrente do juiz Pinto de Albuquerque, compartilhada pelo juiz Vucinić, na Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *De Souza Ribeiro c. França* [GC], 22689/07, 13 de dezembro de 2012.

775 Na opinião concorrente do juiz Pinto de Albuquerque na Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *M.A. e outros c. Lituânia*, cit., § 4: “(...) Se a rejeição de estrangeiros em águas internacionais nas circunstâncias de *Hirsi Jamaa e outros* constitui

remete a questões relacionadas à dimensão coletiva dos rejeições (e assim o Artigo 4 do Protocolo n. 4, sobre a proibição de expulsões coletivas e sua interpretação na prática)⁷⁷⁶, concretiza-se através da negação de acesso ao território e aos procedimentos de proteção internacional aos sete membros do núcleo familiar no caso em questão. De acordo com o juiz Pinto de Albuquerque, ‘o Tribunal deve agora aceitar que o significado do termo ‘expulsão coletiva’ inclui, a fortiori, qualquer forma de remoção para, em torno, ao longo ou em conexão com as barreiras de fronteira e, evidentemente, qualquer forma de remoção de áreas internacionais ou de trânsito, ou áreas de outra forma ‘restringidas’ para fins de imigração que se enquadrem na jurisdição do Estado requerido’.⁷⁷⁷

As questões em questão abrangem não apenas os aspectos cruciais de jurisdição e seu exercício como limite e pressuposto da aplicação dos padrões convencionais, mas também aqueles relacionados ao *refoulement* e aos conteúdos de um princípio que atravessa e reúne o direito dos refugiados e o direito internacional dos direitos humanos: ‘o princípio de não-*refoulement* seria puramente fictício se o Estado pudesse evitar sua aplicação por meio de políticas de chamadas rejeições, não admissões ou recusas nas fronteiras’.⁷⁷⁸

A liberdade geral do Estado de regular a admissão ou entrada de estrangeiros em seu próprio território com base no princípio da soberania territorial encontra o limite do respeito aos compromissos convencionais e às normas do direito internacional consuetudinário (§ 19) que exigem, em casos específicos, não rejeitar estrangeiros que buscam ingressar em territórios sob sua jurisdição: assim como no caso das obrigações de socorro no mar, bem como na proteção do princípio de não-*refoulement* contra perigos de graves violações dos direitos humanos fundamentais.”

Com base na prática de órgãos especializados, no sistema interamericano e na União Europeia, assim como no direito de acesso a procedimentos inter-

o exercício da jurisdição, a fortiori também a não admissão ou rejeição de migrantes nas fronteiras territoriais constitui um exercício dessa jurisdição. Em outras palavras, a Convenção e seus Protocolos se aplicam aos migrantes que tenham atravessado (legitimamente ou ilegítimamente) a fronteira, uma vez que a jurisdição territorial existe precisamente a partir dessas fronteiras, e não há limitação ou restrição. Na opinião concorrente, a renúncia à jurisdição de um Estado não depende de qualquer fronteira física. Isso significa que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e seus Protocolos se aplicam aos migrantes que atravessaram ou tentaram atravessar uma fronteira territorial, e a jurisdição do Estado em questão não é limitada ou restringida por essa fronteira física.

Além disso, pode-se também consultar o caso Corte Europeia de Direitos Humanos, N.D. e N.T. c. Espanha, 8675/15 e 8697/15, 3 de outubro de 2017, para abordar questões relacionadas a esse assunto.

776 Ibidem, § 13, onde se faz referência à opinião separada expressa pelo juiz Pinto de Albuquerque em Hirsi Jamaa e outros, citado anteriormente.

777 Ibidem, § 18.20.

778 Ibidem, § 7. Também aqui o texto aborda questões definidoras: “De fato, a definição do termo francês ‘*refoulement*’, conforme endossada por Gérard Cornu - que o descreve como uma ‘medida pela qual um Estado proíbe a passagem de sua fronteira a um estrangeiro que solicita acesso ao seu território’ - bem como por Denis Alland e Catherine Teitgen-Colly - que afirmam que essa noção significa tanto ‘remoção do território’ quanto ‘não admissão na entrada’ - justifica a inclusão dos controles nas fronteiras no âmbito da jurisdição dos Estados partes.”

nacionais de proteção com base em avaliações legais, não apenas das condições dos países em questão, mas também em uma avaliação de risco com base nas situações individuais dos solicitantes, o juiz Pinto de Albuquerque conclui afirmando que, se os recorrentes tivessem reclamado de uma violação do Artigo 4 do Protocolo n. 4, seria inevitável constatar a violação dessa disposição, já que suas situações individuais não foram avaliadas pelas autoridades nacionais, especialmente quando, como no caso em questão, também estão envolvidas situações de especial vulnerabilidade relacionadas à presença de menores no núcleo familiar.

Em um contexto regional fortemente marcado pelo questionamento dos valores fundamentais da cooperação intergovernamental e supranacional, a garantia dos direitos dos estrangeiros e dos migrantes em particular chama a atenção para o papel da Corte Europeia como garante da efetividade dos direitos fundamentais e dos princípios de democracia, Estado de Direito e solidariedade internacional. Em tempos de crise, a “consciência europeia” também amadurece sob o escrutínio dos juízes internacionais e da interpretação jurisprudencial do direito em vigor.

AS REFLEXÕES DE PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

1. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS - SEÇÃO IV - RAMADAN CONTRA MALTA - APELAÇÃO N. 76136/12 - DECISÃO DE 21 DE JUNHO DE 2016

O caso: O recorrente, Louay Ramadan Wahba Mabrouk, cidadão egípcio, havia adquirido a cidadania da República de Malta após se casar em 1993 com uma cidadã maltesa. Em 1998, o casamento foi anulado por um tribunal local e, em 2007, o governo de Malta decidiu revogar a cidadania do recorrente devido à anulação do casamento.

O Sr. Ramadan apresentou um recurso perante o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos alegando uma interferência ilegítima em sua vida privada e familiar, violando o Artigo 8 da CEDH (Convenção Europeia dos Direitos Humanos). Especificamente, o recorrente contestou o fato de que as autoridades maltesas, ao revogarem sua cidadania, não levaram em conta seu segundo casamento (do qual nasceram dois filhos com cidadania maltesa). Ele também reclamou que se tornou apátrida após a revogação da cidadania e que não recebeu proteção do Estado maltês devido a sua condição de apatridia.

Com a sentença de 21 de junho de 2016, o Tribunal Europeu considerou que não houve violação do Artigo 8 da CEDH, confirmando a posição consolidada de que a CEDH não protege o direito à cidadania como tal. Além disso, segundo o Tribunal, o governo maltês agiu de acordo com a lei, e a revogação da cidadania não afetou a vida privada e familiar do recorrente. A decisão da Corte

tornou-se definitiva em 17 de outubro de 2016 após a rejeição do pedido de encaminhamento ao Grande Tribunal solicitado pelo recorrente.

Palavras-chave: direito à cidadania - revogação da cidadania por casamento - direito ao respeito à vida privada e familiar - apatridia.

OPINIÃO DISSIDENTE DO JUIZ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

1. Discordo das conclusões da Corte neste caso. Em minha opinião, houve uma violação do Artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), em vista da medida injustificada e draconiana adotada pelas autoridades nacionais contra o recorrente. Este caso apresenta características únicas na história do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). O recorrente foi privado de sua nacionalidade, obtida em 19 de abril de 1994 após o casamento com uma cidadã maltesa. A cidadania foi revogada mais de treze anos depois, pois um tribunal nacional anulou o referido casamento, alegando que a única razão que levou o recorrente a se casar era a intenção de permanecer em Malta e obter a cidadania maltesa. Além de ter sérias dúvidas sobre a correção da sentença de anulação, também tenho reservas sobre a avaliação feita pela maioria em relação à equidade do processo de revogação e à proporcionalidade da ordem de revogação, considerando a consequente condição de apátrida do recorrente, o risco de sua iminente expulsão de Malta e o impacto em sua vida familiar.

O direito à cidadania no direito internacional dos direitos humanos

2. O Artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece que “toda pessoa tem direito à nacionalidade” e “ninguém pode ser arbitrariamente privado de sua nacionalidade ou do direito de mudar de nacionalidade”.⁷⁷⁹ Um reconhecimento semelhante como direito humano está presente em outros instrumentos jurídicos regionais e universais, como os Artigos 1 e 3 da Convenção sobre a Nacionalidade das Mulheres Casadas (adotada em 1957 e em vigor desde 1958),⁷⁸⁰ o Artigo 24 § 3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis

779 Em nome da precisão terminológica, os conceitos de cidadania e nacionalidade são equiparados nesta opinião, assim como na prática da Corte e do Conselho da Europa. Como esclarecido na nota de rodapé do relatório explicativo da Convenção Europeia sobre a Nacionalidade: “A maioria dos países da Europa Central e Ocidental usa o termo ‘cidadania’ com o mesmo significado do termo ‘nacionalidade’ usado na Convenção Europeia sobre a Nacionalidade e pelos países da Europa Oriental”. Além disso, considera-se apátrida alguém que não é “reconhecido como cidadão por nenhum Estado, de acordo com a lei aplicável”, conforme previsto no Artigo 1 da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954. Essa definição, que se aplica aos apátridas de jure, faz parte do direito consuetudinário. Atualmente, não existe uma definição comum para os apátridas de facto. Em 2010, uma reunião de especialistas do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados sobre o conceito de apatridia definiu o apátrida de facto como “uma pessoa fora do país de sua nacionalidade que não pode, ou por razões válidas, não quer se valer da proteção de outro país”. Ver: Diretrizes do ACNUR sobre Apatridia N. 1: “A definição de ‘Pessoa Apatrida’ no Artigo 1(1) da Convenção de 1954 relativa ao Estatuto das Pessoas Apatridas”, HCR/GS/12/01, 20 de fevereiro de 2012, e “ACNUR e Apatridia de Facto”, por Hugh Massey, LPPR/2010/01, abril de 2010.

780 São signatários da convenção 74 países, incluindo Malta.

e Políticos (PIDCP) (adotado em 1966 e em vigor desde 1976),⁷⁸¹ o Artigo 9 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (adotada em 1979 e em vigor desde 1981)⁷⁸², o Artigo 29 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias (aprovada em 1990 e em vigor desde 2003)⁷⁸³, os Artigos 7 e 8 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (adotada em 1989 e em vigor desde 1990)⁷⁸⁴, o Artigo 19 da Carta para a Segurança Europeia da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa⁷⁸⁵, o Artigo 18 § 1 (a), (b) e § 2 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (adotada em 2006 e em vigor desde 2008)⁷⁸⁶, e a nível regional, o Artigo XIX da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, o Artigo 20 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (adotada em 1969 e em vigor desde 1978)⁷⁸⁷, os Artigos 3 e 4 da Carta Africana dos Direitos e do Bem-Estar da Criança (adotada em 1990 e em vigor desde 1999)⁷⁸⁸, o

781 São parte da Convenção 168 Estados, incluindo Malta. Sobre o direito à cidadania como um direito humano, existem as seguintes decisões e resoluções:

Conselho de Direitos Humanos: Decisão 2/111 (27 de novembro de 2006) e Resoluções 7/10 (27 de março de 2008), 10/13 (26 de março de 2009) e 13/2 (24 de março de 2010).

Comissão de Direitos Humanos: Resoluções 1998/48 (17 de abril de 1998), 1999/28 (26 de abril de 1999) e 2005/45 (19 de abril de 2005).

Comitê de Direitos Humanos: Comentário Geral No.17: Artigo 24 (Direitos da Criança), 7 de abril de 1989, §§ 7 e 8.

Essas decisões e resoluções tratam da questão do direito à cidadania como um direito humano e podem fornecer orientações e diretrizes sobre esse assunto para os Estados que são partes da Convenção.Xxx3

782 São parte da Convenção 189 Estados, incluindo Malta. Veja: § 6 do comentário do Artigo 9 do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW), Recomendação Geral n. 21, Igualdade no Casamento e nas Relações Familiares, 1994.

783 São signatários desta Convenção 48 países.

784 São parte da Convenção 196 Estados, incluindo Malta. A questão sobre se um Estado é responsável em todos os casos pela apatridia refere-se a situações em que crianças nascem em seu território e, de outra forma, seriam apátridas (ver Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), «I Am Here, I Belong: The Urgent Need to End Childhood Statelessness», 3 de novembro de 2015, e I. Ziemele, «Artigo 7: O Direito ao Registro de Nascimento, Nome e Nacionalidade e o Direito de Conhecer e Ser Cuidado pelos Pais», in Alen, A. et al. (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007). No Comentário Geral n. 7, § 25, no Comentário Geral n. 9, §§ 35-36, e no Comentário Geral n. 11, § 41, o Comitê dos Direitos da Criança enfatiza a importância do registro de nascimento como uma medida preventiva contra a apatridia.⁶

785 Malta é um Estado parte na Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE). Os Estados participantes não apenas afirmam o “reconhecimento de que todos têm o direito a uma nacionalidade e que ninguém deve ser privado arbitrariamente de sua nacionalidade”, mas também se comprometeram a “esforçar-se para que cada pessoa possa exercer esse direito” e a “reforçar a proteção internacional dos apátridas”. Esses compromissos visam garantir o respeito aos direitos humanos, incluindo o direito à nacionalidade, e a proteção dos indivíduos contra a apatridia.

786 Malta é um dos 164 Estados parte na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas.

787 “São parte da Convenção 22 Estados. Na sua Opinião Consultiva sobre as Propostas de Emendas à Disposição de Naturalização da Constituição da Costa Rica, OC-4/84, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou, em 19 de janeiro de 1984, que existem dois aspectos deste direito no Artigo 20 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “em primeiro lugar, o direito à nacionalidade assegura ao indivíduo medidas mínimas de proteção jurídica nas relações internacionais através do vínculo que sua nacionalidade estabelece com o Estado em questão; e, em segundo lugar, este direito garante proteção contra a revogação arbitrária da nacionalidade, sem a qual o indivíduo poderia ser privado, por qualquer razão prática, de seus direitos políticos e civis associados à sua nacionalidade.” Vale também destacar as seguintes sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Castillo Petruzzi e outros, 30 de maio de 1999, § 101, e Caso Ivcher-Bronstein (Baruch Ivcher-Bronstein vs. Peru), 6 de fevereiro de 2001, § 88, e, em particular, Yean e Bosico Girls vs. República Dominicana, 8 de setembro de 2005, §§ 140-142, 154-158, Expelled Dominicans and Haitians vs. República Dominicana, 28 de agosto de 2014, §§ 253-264, e Resolução da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, AG/RES. 2826 (XLIV-O/14), Prevenção e redução da apatridia e proteção de apátridas nas Américas, 4 de junho de 2014.

788 A Convenção conta com a adesão de 47 Estados. Ver: Comentário Geral sobre o Artigo 6 do Comitê Africano de Especialistas sobre os Direitos e o Bem-Estar da Criança, ACERWC/GC/02 (2014), adotado pelo Comitê em sua vigésima terceira sessão ordinária (7-16 de abril de 2014), e IHRDA e OSJI (em nome das crianças de ascendência núbia no Quênia) vs. Quênia, Comunicação n. 002/2009, 22 de março de 2011. Conforme lembrado pelo Comitê Africano de Especialistas sobre os Direi-

Artigo 24 da Convenção do Commonwealth de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (adotada em 1995 e em vigor desde 1998)⁷⁸⁹, os Artigos 6 (g) e (h) do Protocolo sobre os Direitos das Mulheres à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (adotado em 2003 e em vigor desde 2005)⁷⁹⁰, o Artigo 7 do Pacto sobre os Direitos da Criança no Islã (adotado em 2005)⁷⁹¹, o Artigo 29 da Carta Árabe dos Os Artigos 29 da Carta Árabe de Direitos Humanos revisada (adotada em 2005 e em vigor desde 2008)⁷⁹² e o Artigo 18 da Declaração de Direitos Humanos de 2012 da Associação das Nações do Sudeste Asiático.

Outras disposições de caráter geral relacionadas ao direito a uma proteção justa pela lei, ao direito ao reconhecimento do status jurídico, ao direito à liberdade de movimento e residência dentro das fronteiras de um Estado e ao direito de retornar ao próprio país, como o Artigo 5 (d) (iii) da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (adotada em 1965 e implementada em 1969)⁷⁹³ 15, os Artigos 12 § 4, 23 § 4 e 26 do ICCPR⁷⁹⁴ e os Artigos 3 § 2, 5 e 12 § 1 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (adotada em 1981 e implementada em 1986)⁷⁹⁵ também foram interpretados como uma proteção do direito à cidadania e da proibição arbitrária da revogação da cidadania.

O direito à cidadania ou nacionalidade implica o direito de cada indivíduo de adquirir, mudar e manter uma nacionalidade⁷⁹⁶. Além disso, os princípios

tos e o Bem-Estar da Criança em seu comentário geral sobre o Artigo 6 da Carta Africana sobre os Direitos e o Bem-Estar da Criança, “ser apátrida para uma criança é a antítese do melhor interesse da criança”.

789 São signatários da Convenção 4 países.

790 São signatários da Convenção 36 países.

791 Não há informações oficiais sobre o estado das ratificações do Pacto.13

792 São signatários da Convenção 13 países.

793 São parte da Convenção 177 Estados, incluindo Malta. Consulte os parágrafos da Recomendação Geral n. 30 do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD), sobre a Discriminação contra Não Cidadãos, datada de 1 de outubro de 2002.

794 No caso *Borzov c. Estônia*, comunicação n. 1136/2002, 26 de julho de 2004, o Comitê de Direitos Humanos não reconheceu uma violação do Artigo 26 do Pacto devido à recusa das autoridades estonianas em conceder cidadania ao autor, que era considerado apátrida por motivos de segurança. O autor possuía um visto de residência e continuava a receber sua pensão durante sua permanência na Estônia. Na decisão, foi enfatizado que o pedido do autor foi cuidadosamente revisado pelos tribunais nacionais. No caso *Stewart c. Canadá*, comunicação n. 538/1993, 1 de novembro de 1996, foi estabelecido que “a linguagem do Artigo 12, parágrafo 4, permite uma interpretação ampla, que poderia incluir residentes de longa duração, especialmente apátridas privados arbitrariamente do direito de adquirir cidadania em um país em que possuam tal residência”. Essa mesma interpretação foi confirmada no parágrafo 20 do Comentário Geral n. 27: Artigo 12 (Liberdade de Circulação), 2 de novembro de 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9. Quanto às obrigações dos Estados, de acordo com o Artigo 23 (4), de garantir que o regime matrimonial permita que ambos os cônjuges transmitam sua cidadania aos filhos e que não haja discriminação de gênero no processo de aquisição ou perda da cidadania por meio do casamento, vide o parágrafo 25 do Comentário Geral n.28: Artigo 3 (A Igualdade de Direitos Entre Homens e Mulheres), 29 de março de 2000, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10.

795 Esses são casos perante a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. No caso *Malawi African Association, Amnesty International, Ms. Sarr Diop, Collectif des Veuves et Ayant-droit et Association Mauritanienne des droits de l'homme c. Mauritânia*, n.54/91, 61/91, 98/93, 164/97 - 196/97 e 210/98, de 11 de maio de 2000, no parágrafo 126, e no caso *John K. Modise c. Botswana* (n.97/93) (2000), de 6 de novembro de 2000, no parágrafo 88, estão presentes referências a questões relacionadas com direitos humanos em países específicos perante a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. A Convenção Africana dos Direitos Humanos e dos Povos é um instrumento jurídico que busca promover e proteger os direitos humanos em África, e esses casos são exemplos de litígios em que a Comissão avaliou e emitiu decisões sobre questões relacionadas aos direitos humanos em países como o Malawi, Mauritânia e Botswana.17

796 “Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, Direitos humanos e privação arbitrária de nacionalidade: relatório do Secretário-Geral, 14 de dezembro de 2009, A/HRC/13/34, § 21, p. 6.”18

antidiscriminatórios deixam claro que negar a cidadania a indivíduos com base em sexo, etnia, religião ou outros critérios é arbitrário e, portanto, inadmissível. No que diz respeito à essência do direito, um Estado não pode discriminar seus habitantes entre aqueles que adquiriram a cidadania por nascimento e aqueles que a adquiriram posteriormente. Conforme afirmado em um recente relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre a privação arbitrária da nacionalidade de crianças:

“A privação arbitrária da nacionalidade de crianças é em si uma violação dos direitos humanos, cuja possível e extrema consequência é a apatridia. O direito internacional dos direitos humanos não se baseia sobre a nacionalidade de uma pessoa, mas em sua dignidade, que pertence a todo e qualquer ser humano. Na prática, todavia, aqueles que gozam do direito à cidadania têm acessos mais amplos ao gozo de vários direitos humanos”.⁷⁹⁷

3. Os Estados, portanto, não têm o poder absoluto de negar a nacionalidade a uma pessoa por qualquer motivo, como também claramente emerge da leitura teleológica da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954⁷⁹⁸ (Convenção de 1954) e da Convenção sobre a Redução da Apatridia de 1961 (Convenção de 1961)⁷⁹⁹.

A Convenção de 1954 foi adotada em 28 de setembro de 1954 e entrou em vigor em 6 de junho de 1960. Ela não estabelece o direito para indivíduos apátridas de obter a nacionalidade de um Estado. No entanto, o Artigo 32 da Convenção de 1954 exige que o Estado facilite a assimilação e naturalização de pessoas apátridas, especialmente acelerando o processo de naturalização e reduzindo taxas e custos. O ato final da Convenção de 1954 recomenda a cada Estado contratante que, quando reconhecer razões válidas pelas quais uma pessoa renunciou à proteção do Estado do qual é cidadão, considere favoravelmente a possibilidade de conceder a essa pessoa o mesmo tratamento que a Convenção confere aos apátridas. Essa declaração prevê a possibilidade de conceder a proteção garantida pela Convenção de 1954 a uma determinada categoria de apátridas de fato.

A principal fraqueza da Convenção de 1954 consiste em reconhecer apenas uma proteção aos apátridas de jure e não conter uma cláusula geral de não discriminação. Isso é agravado pelo fato de não fornecer orientação sobre os procedimentos a serem usados para a identificação de apátridas, o que pode resultar

797 “Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, Impacto da privação arbitrária de nacionalidade no gozo dos direitos das crianças afetadas, e leis e práticas existentes sobre a acessibilidade para as crianças adquirirem nacionalidade, entre outros, do país em que nasceram, caso contrário seriam apátridas, 16 de dezembro de 2015, A/HRC/31/29, § 27.”

798 Existem 88 países signatários, mas Malta não é um deles.

799 Existem 67 países signatários, mas Malta não é um deles.

em não reconhecer indivíduos apátridas e em sua incapacidade de efetivamente usufruir dos direitos decorrentes da Convenção de 1954.

Enquanto oferece algumas garantias contra a expulsão e reconhece o direito de retornar ao território de um Estado com base em um documento de viagem previsto pela Convenção, sujeito à presença legal no país, a Convenção de 1954 não regula o direito de entrada em um Estado, deixando a liberdade para as Partes Contratantes de recusar, deter ou expulsar um apátrida que tente entrar em seu território sem a permissão adequada.

Finalmente, a falta de um procedimento formalizado para supervisionar a plena implementação da Convenção de 1954 ou para receber reclamações individuais de indivíduos apátridas enfraquece a proteção concedida a esses indivíduos. Nesse sentido, deve-se mencionar que, com uma série de resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, o ACNUR adquiriu um mandato formal sobre a questão da apatridia.⁸⁰⁰ Além de ter definido um conjunto de diretrizes sobre questões relacionadas à apatridia, incluindo a definição de apátrida, a determinação de procedimentos para verificar se um indivíduo é apátrida, o status de apátrida e a prevenção da apatridia desde o nascimento⁸⁰¹, o ACNUR desenvolveu um “Plano de Ação Global para Acabar com a Apatridia: 2014 - 2024” (o “Plano de Ação Global”), em consulta com os Estados, a sociedade civil e as organizações internacionais, que propõe um quadro de ação composto por 10 ações a serem implementadas ao longo de 10 anos, incluindo: acabar com as principais situações atuais de apatridia; garantir que nenhuma criança nasça apátrida; abolir leis de nacionalidade discriminatórias com base no sexo; prevenir a recusa, a perda ou a privação da nacionalidade por motivos discriminatórios; prevenir a apatridia em casos de sucessão entre Estados; conceder um status de proteção aos migrantes apátridas e facilitar sua naturalização; monitorar o registro de nascimentos para prevenir a apatridia; fornecer documentação de nacionalidade às pessoas que têm direito a ela; aderir às Convenções das Nações Unidas relacionadas à apatridia; e melhorar os dados quantitativos e qualitativos sobre as populações apátridas.

800 Exemplo, Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução 61/137 de 25 janeiro 2007.

801 O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) publicou várias diretrizes sobre a apatridia: “Diretrizes sobre a Apatridia n.1: A definição de ‘Pessoa Apatrida’ no Artigo 1 (1) da Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas”, citado em inglês como “Guidelines on Statelessness No. 1: The definition of ‘Stateless Person’ in Article 1(1) of the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons”; “Diretrizes sobre a Apatridia n. 2: Procedimentos para determinar se uma pessoa é apátrida”, citado em inglês como “Guidelines on Statelessness No. 2: Procedures for Determining whether an Individual is a Stateless Person”, datado de 5 de abril de 2012; “Diretrizes sobre a Apatridia n. 3: O Estatuto das Pessoas Apatridas no Âmbito Nacional”, datado de 17 de julho de 2012, citado em inglês como “Guidelines on Statelessness No. 3: The Status of Stateless Persons at the National Level”; “Diretrizes sobre a Apatridia n. 4: Garantindo o Direito de Cada Criança de Adquirir uma Nacionalidade através dos Artigos 1 a 4 da Convenção de 1961 para a Redução da Apatridia”, datado de 21 de dezembro de 2012, citado em inglês como “Guidelines on Statelessness No. 4: Ensuring Every Child’s Right to Acquire a Nationality through Articles 1-4 of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness”. Além disso, há uma “Guia de Boas Práticas de 2013 sobre Apatridia, Determinação e o Status de Proteção de Pessoas Apatridas”, publicada pela European Network on Statelessness.

Os Estados partes devem introduzir garantias adequadas para evitar a apatridia, concedendo a nacionalidade a indivíduos que de outra forma seriam apátridas e que nasceram em seu território ou no exterior de um pai nacional.

Além disso, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (UNHCR) emitiu várias diretrizes sobre a apatridia, incluindo a definição de “pessoa apátrida” no Artigo 1(1) da Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas, procedimentos para determinar se um indivíduo é apátrida, o status das pessoas apátridas no nível nacional e garantir o direito de adquirir a nacionalidade para crianças de origens desconhecidas encontradas em seu território, como crianças abandonadas.

4. A Convenção sobre a Redução da Apatridia, adotada em 30 de agosto de 1961 e em vigor desde 13 de dezembro de 1975, tem como objetivo prevenir, reduzir e evitar a apatridia por meio da adoção de medidas concretas e detalhadas que os Estados partes devem tomar. A Convenção trata de quatro causas principais de apatridia: prevenção da apatridia em crianças (Artigos 1 a 4), apatridia decorrente de perda ou renúncia à nacionalidade (Artigos 5 a 7) e medidas para evitar a apatridia decorrente da revogação da nacionalidade (Artigos 8 § 1 e 9). O Artigo 8 § 2 contém uma lista exaustiva de circunstâncias nas quais a revogação da nacionalidade pode ser concedida, resultando em apatridia. No entanto, esse Artigo não exclui a possibilidade de privar um indivíduo de sua cidadania em determinados casos e não aborda a questão da atribuição retroativa da nacionalidade a pessoas atualmente apátridas.

Os apátridas podem obter a cidadania do local de nascimento ou do lugar onde foram encontrados, no caso de crianças abandonadas, ou de um dos seus pais.⁸⁰² Os Estados contratantes não devem privar um indivíduo de sua nacionalidade se essa privação os tornar apátridas, exceto nos casos em que a nacionalidade tenha sido obtida através de declaração falsa ou de outro ato fraudulento, ou se o indivíduo falhar no dever de lealdade ao Estado em questão.

5. O Comitê Executivo do ACNUR, preocupado com a precariedade das condições dos apátridas e com a persistência da apatridia em várias regiões do mundo, instou os Estados a ratificar as Convenções de 1954 e 1961 em várias de suas conclusões.⁸⁰³ Além disso, dedicou duas conclusões exclusivamente à questão da apatridia: a Conclusão n.78 sobre prevenção e redução de pessoas apátridas, em 1995, e a Conclusão n. 106 sobre identificação, prevenção e redução de apátridas, em 2006. A Conclusão n. 106 do Comitê Executivo abrange quatro áreas

802 Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, “Impacto da privação arbitrária de nacionalidade”, cit., §§ 10-15.

803 “Comitato esecutivo dell’UNHCR” refere-se ao Comitê Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (UNHCR), e “Conclusions related to Statelessness” se traduz para “Conclusões relacionadas à Apatridia”.

de combate à apatridia: identificação, prevenção, redução e proteção de apátridas. No que diz respeito à proteção, o Comitê Executivo solicita aos Estados que “considerem a adesão à Convenção de 1954 sobre o estatuto dos apátridas e, para os Estados contratantes, considerem a retirada de reservas” e que os Estados que ainda não são parte da Convenção “tratem os apátridas residentes legalmente em seu território de acordo com os direitos humanos universais e busquem, na medida do possível, facilitar a naturalização dos apátridas que residem habitualmente e legalmente de acordo com a legislação nacional”. Além disso, solicita aos Estados que “não detenham apátridas apenas pelo fato de serem apátridas e os tratem de acordo com os direitos humanos universais” e pede aos Estados parte da Convenção de 1954 que apliquem plenamente as suas disposições.

6. Embora o direito internacional estabeleça claramente o princípio de que cada Estado tem a soberana responsabilidade de determinar, de acordo com o direito interno, quem são seus próprios cidadãos, esse papel ainda está sujeito a princípios internacionais. No Projeto de Artigos sobre Nacionalidade das Pessoas Físicas em relação à Sucessão entre Estados, a Comissão de Direito Internacional (CDI) indicou que “a competência dos Estados nessa área só pode ser exercida nos limites estabelecidos pelo direito internacional”.⁸⁰⁴ A cidadania pode ser adquirida automaticamente no nascimento ou posteriormente, ou como resultado de um ato administrativo. Os Estados têm uma margem de discricão sobre os critérios que regulam a aquisição da cidadania, mas tais critérios não devem ser arbitrários. Especificamente, o direito internacional dos direitos humanos coloca uma responsabilidade sobre o Estado, que deve se abster de adotar políticas que resultem em apatridia. Além do direito à cidadania, dois direitos fundamentais são de particular relevância para a questão da apatridia e a proteção dos apátridas: o direito a um tratamento justo e o direito à não discriminação.

O direito à nacionalidade no direito europeu dos direitos humanos

Nem a Convenção nem os Protocolos estabelecem um direito à cidadania. O comitê de redação do Protocolo n. 4 da CEDH havia considerado incluir uma disposição que afirmasse que “é proibido que um Estado prive um cidadão de sua nacionalidade com o objetivo de expulsá-lo”.⁸⁰⁵ Embora o princípio inspirador dessa proposta tenha sido aprovado pelo comitê, a maioria dos especialistas considerou inadequado abordar a delicada questão da legitimidade de medidas que privam da cidadania. Também foi ressaltada a dificuldade de provar se a revogação da cidadania foi ordenada com a intenção de expulsar o indivíduo em

804 Yearbook of the International Law Commission, 1999, vol. II (2), p. 24.

805 Ver Protocolo 4, §23.

questão. Em 1988, o Comitê de Especialistas para o Desenvolvimento dos Direitos Humanos do Conselho da Europa começou a examinar a questão do direito à cidadania como um direito humano e considerou a possibilidade de incluir tal direito na CEDH por meio da adoção de um protocolo adicional sobre o direito à nacionalidade. No entanto, os Estados não estavam prontos para adotar um protocolo sobre o direito à nacionalidade. Em 1992, um comitê de especialistas sobre nacionalidade começou um estudo sobre a viabilidade de uma nova e abrangente convenção sobre a cidadania.

Como resultado, em 1997, foi adotada a Convenção Europeia sobre a Cidadania.⁸⁰⁶

Os princípios estabelecidos no Artigo 4 da Convenção Europeia sobre a Cidadania, como o direito de cada indivíduo a uma nacionalidade, a prevenção da apatridia e a proibição de privação arbitrária da própria cidadania, são princípios de extrema importância para a interação social entre seres humanos em uma sociedade democrática e devem ser considerados princípios consolidados do direito internacional. Além da existência de elementos claros e incontestáveis de uma tendência contínua no direito internacional geral,⁸⁰⁷ esses princípios agora fazem parte do direito internacional consuetudinário.⁸⁰⁸

Com base nos Artigos 4 e 7 §§ 1 e 3 da Convenção Europeia sobre a Cidadania de 1997, que estabelece que a apatridia deve ser evitada, um Estado específico tem a obrigação de facilitar a aquisição de sua própria nacionalidade aos apátridas e de abster-se de prever a perda de cidadania no caso em que a pessoa interessada corre o risco de se tornar apátrida, exceto se a aquisição da cidadania ocorreu por meio de condutas fraudulentas, declarações falsas ou ocultação de um fato relevante atribuível a essa pessoa.⁸⁰⁹ Esse princípio deve ser lido à luz da Recomendação R (99) 18 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre a prevenção e redução da apatridia, que estabelece que um Estado não deve ne-

806 Na explicação da Convenção, está escrito que “embora a CEDH e seus Protocolos não contenham disposições sobre questões relacionadas à nacionalidade, com exceção do Artigo 3 do Protocolo n. 4 (proibição de expulsar cidadãos), algumas disposições podem se aplicar a questões relacionadas à cidadania. (...) Pessoas que têm sua família em um determinado país, por exemplo, que viveram por muito tempo com sua família, mesmo que não se tornem cidadãos desse país, podem ter o direito de permanecer nesse país se provarem que têm direito ao respeito à vida privada de acordo com o Artigo 8 da CEDH. Esse direito será especialmente importante em casos em que, na sucessão entre Estados, um grande número de pessoas não tenha adquirido a cidadania do país onde residem. Em relação à proibição de tratamentos desumanos e degradantes (Artigo 3 da CEDH), ações que diminuem o status, a posição ou a reputação de um cidadão ou de um estrangeiro podem levar à violação do Artigo 3. O Artigo 3 do Protocolo n 4 inclui o direito de um cidadão de entrar e não ser expulso do país de que é nacional. Além disso, o Artigo 4 do mesmo Protocolo proíbe expulsões coletivas de estrangeiros.”

807 O “claro e incontestável indicador de uma tendência internacional contínua” foi o critério relevante utilizado pelo Tribunal no caso *Christine Goodwin c. Reino Unido* [GC], n 28957/95, § 85, TEDH 2002-V. No § 29 da explicação da Convenção Europeia sobre a Cidadania, está estabelecido que “com o desenvolvimento dos direitos humanos desde a Segunda Guerra Mundial, há um reconhecimento progressivo de que a discricionariedade de um Estado nessa área deve levar em conta os direitos fundamentais dos indivíduos”.

808 Além disso, o Artigo 33 da explicação da Convenção Europeia sobre a Nacionalidade trata sobre o reconhecimento de que esses princípios fazem parte do direito internacional consuetudinário.

809 ETS n. 166. A Convenção é assinada por 20 Estados. Malta a assinou, mas ainda não a ratificou.

cessariamente privar de nacionalidade pessoas que a adquiriram com fraude, informações falsas ou ocultação de um fato relevante, pois tal decisão deve levar em consideração a gravidade dos fatos, as circunstâncias pertinentes e o vínculo efetivo (ligação genuína) com o país.⁸¹⁰ A fim de evitar e reduzir casos de apatridia, especialmente em crianças, o Comitê adotou a Recomendação CM/Rec (2009) 13 sobre a nacionalidade das crianças. Foi recomendado aos Estados membros que levassem em conta em sua legislação o conjunto de princípios contidos no anexo da recomendação.

8. Os órgãos da Convenção têm repetidamente afirmado que nem a Convenção nem seus Protocolos garantem um “direito à cidadania” assimilável ao estabelecido no Artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, nem o direito de adquirir uma cidadania específica, portanto, declararam que as queixas relacionadas a esse direito são incompatíveis *ratione materiae*.⁸¹¹ Isso também foi aplicado a não cidadãos e apátridas, aos quais foi negado o direito de obter a cidadania de um Estado em caso de sucessão entre Estados.⁸¹² No entanto, no caso Karashev, a Corte não excluiu que “a recusa arbitrária de cidadania possa, em alguns casos, levantar problemas sob o Artigo 8 da Convenção devido ao impacto que tal recusa pode ter na vida privada de um indivíduo”.⁸¹³ Não há nada que indique que tal princípio não possa ser aplicado aos casos de privação ou perda de cidadania ou ao direito de renunciar à cidadania.

9. A questão da negação arbitrária de cidadania pode também ser considerada sob o Artigo 3 do Protocolo n. 4, se o propósito da negação for contornar

810 É importante mencionar a posição do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso Rottman c. Freistaat Bayern, de 2 de março de 2010, §§ 55, 56 e 59, onde concluiu que “não é contrário ao direito da União Europeia, em particular ao Artigo 17 CE, que um Estado membro revogue a cidadania de um cidadão da União adquirida por naturalização se esse cidadão a obteve por fraude, desde que a decisão observe o princípio da proporcionalidade”.

811 Veja X c. Áustria, n. 5212/71, decisão da Comissão de 5 de outubro de 1972, DR 43, p. 69; Family K. e W. c. Países Baixos, n. 11278/84, decisão da Comissão de 1 de julho de 1985, DR 43, p. 216; Poenaru c. Romênia (dec.), n. 51864/99, 13 de novembro de 2001.

812 Veja, por exemplo, Fedorova c. Letônia (dec.), n. 69405/01, 9 de outubro de 2003.

813 Karashev c. Finlândia (dec.), n. 31414/96, ECHR 1999-II e a jurisprudência citada no § 61 desta sentença. Da mesma forma, a jurisprudência do Tribunal Constitucional de Malta (ver Tarek Mohammed Ibrahim c. Vici Prim Ministru et, de 28 de maio de 2012). Esse princípio não pode ser aplicado aos casos de privação ou perda da cidadania ou ao direito de renunciar à cidadania. A questão da recusa arbitrária de cidadania também pode surgir sob o Artigo 3 do Protocolo n 4, se o objetivo da recusa for contornar a proibição de expulsão de cidadãos. No caso Slivenko c. Letônia³⁶, a Corte foi solicitada a decidir se a expulsão da esposa e da filha de um militar russo, em decorrência de um tratado Letônia-Rússia sobre a retirada das tropas russas, violava o Artigo 3 do Protocolo n 4.

Por fim, pode ser mencionado que a Comissão Europeia de Direitos Humanos não excluiu que a recusa de cidadania por motivos étnicos ou raciais também possa constituir tratamento degradante nos termos do Artigo 3 da Convenção³⁷. Em resumo, a proibição agora consolidada de privação arbitrária ou revogação da cidadania na jurisprudência da Corte pressupõe, logicamente, a existência de um direito à cidadania nos termos do Artigo 8 da Convenção, lido em conjunto com o Artigo 3 do Protocolo n 4³⁸.

O Sr. Karashev nasceu na Finlândia de pais que, no momento de seu nascimento, eram cidadãos da Federação Russa. A Corte concluiu que o indeferimento da cidadania pela Finlândia desde o nascimento não foi arbitrário a ponto de suscitar uma questão sob o Artigo. 8. Como resultado do não reconhecimento dele como cidadão, a Corte observou que não havia risco de expulsão da Finlândia, nem para ele nem para seus pais, que tinham autorizações de residência, que poderiam ser concedidas também ao requerente mediante solicitação, e o requerente ainda desfrutava de benefícios sociais e outras vantagens semelhantes na Finlândia. Diante dessa situação, a Corte não considerou que as consequências do não reconhecimento do requerente como cidadão da Finlândia, considerado separadamente ou em conjunto com o próprio indeferimento, fossem tão graves a ponto de violar o Artigo. 8 da Convenção. O recurso foi declarado inadmissível por manifesta falta de fundamento.

a proibição de expulsão de cidadãos. No caso *Slivenko vs. Letônia*,⁸¹⁴ a Corte foi solicitada a decidir se a expulsão da esposa e filha de um militar russo, em decorrência de um tratado entre Letônia e Rússia sobre a retirada das tropas russas, violava o Artigo 3 do Protocolo n. 4.

10. Além disso, é importante mencionar que a Comissão Europeia dos Direitos Humanos não excluiu a possibilidade de que a negação de cidadania por motivos étnicos ou raciais também possa constituir um tratamento degradante, nos termos do Artigo 3 da Convenção.⁸¹⁵

11. Em resumo, o estabelecido e consolidado princípio de proibição de privação arbitrária ou revogação de cidadania, na jurisprudência da Corte, pressupõe logicamente a existência de um direito à cidadania de acordo com o Artigo 8 da Convenção, lido em conjunto com o Artigo 3 do Protocolo n. 4.⁸¹⁶

Além disso, uma interpretação sistemática de ambas as disposições, alinhadas com os padrões do Conselho da Europa em matéria de apatridia, levam à conclusão de que a cidadania constitui um elemento central para a identidade do indivíduo⁸¹⁷.

Inobstante as questões em matéria de cidadania tenham sido, tradicionalmente, consideradas como de competência doméstica de cada Estado, como estabelecido no Artigo 1 da Convenção de Haia de 1930 sobre os conflitos de lei em matéria de cidadania, repetido no Artigo 3 da Convenção Europeia sobre a cidadania, o direito internacional impõe os limites ao poder discricionário dos Estados. Hoje, o modo pelo qual os Estados regulam as questões incidentes sobre a nacionalidade não pode mais serem consideradas de sua competência exclusiva.

Considerados os direitos a uma identidade e a uma nacionalidade derivantes do Artigo 8 da Convenção, os Estados contratantes são obrigados a respeitar duas obrigações. À luz da interpretação sobreposta da Convenção em conformi-

814 *Slivenko c. Letônia* (dec.) [GC], n. 48321/99, ECHR 2002-II.

815 *Slepčik c. Países Baixos e República Tcheca* (dec.), n. 30913/96, 2 de setembro de 1996.

816 A mesma conclusão foi alcançada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, em seu parecer consultivo de 1984, proclamou o direito à cidadania como um direito inerente ao ser humano, reconhecido pelo direito internacional, e decidiu que o poder de um Estado de regular questões relacionadas à nacionalidade é limitado pelos deveres que lhe incumbem de respeitar os direitos humanos. Ver, entre outros, Ludovic Hennebel e Hélène Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, 2016, pp. 1181-1187, Alessandra Annoni e Serena Forlati (eds.), *The changing role of nationality in international law*, London, 2013, Société Française de Droit International, *Droit international et nationalité*, Paris, 2012, Emmanuel Decaux, "Le droit à une nationalité en tant que droit de l'homme", in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 89/2011; Mark Manly e Laura Van Waas, "The value of the human security framework in addressing statelessness", in Alice Edwards and Carla Ferstman (eds.), *Human Security and Non-citizens, Law, Policy and International affairs*, Cambridge University Press, 2009, pp. 549-81.

817 Sobre isso, deve-se mencionar que, recentemente, a Corte estabeleceu que a identidade étnica de um indivíduo deve ser considerada um elemento essencial da sua vida privada e da sua identidade, assim como o nome, o gênero, a religião e a orientação sexual (*S. e Marper c. Reino Unido* [GC], n. 30562/04 e n. 30566/04, § 66, TEDH 2008, e *Ciubotaru c. Moldóvia*, n. 27138/04, § 53, 27 aprile 2010). A Corte também estabeleceu que o Artigo 8 abarca diversos aspectos da identidade física e social de um indivíduo, como o reconhecimento do seu estado civil (registro de um casamento em *Dadouch c. Malta*, n. 38816/07, § 48, TEDH 2010 (extraído), e recusa de nacionalidade em *Genovese c. Malta*, n. 53124/09, §§ 30 e 33, 11 de outubro de 2011).

dade com as condições da época atual e em harmonia com o direito internacional e, independentemente da ratificação ou não por um Estado, dos tratados internacionais pertinentes, anteriormente mencionados⁸¹⁸, os Estados contratantes da Convenção possuem uma obrigação negativa de não privar um indivíduo da sua própria nacionalidade, se, por consequência, esse sujeito se tornar apátrida e, uma obrigação positiva de conceder a cidadania aos apátridas, ao menos aos nascidos – ou encontrados, no caso de crianças abandonadas – nos seus territórios ou, ainda, quando um dos genitores é um cidadão⁸¹⁹. A criação e a perpetuação de situações de apatridia deveriam ser evitadas a todo custo em uma Europa civilizada.

A anulação de casamento em 1998

12. O Governo sustentou que competia ao recorrente provar que teria uma vida privada e familiar quando os motivos justificativos da privação de nacionalidade foram materializados, exatamente no dia 16 de janeiro de 1998⁸²⁰. O recorrente replicou que o momento relevante fosse aquele em que se verificou a ingerência no direito consagrado no Artigo 8, ou seja, no dia 31 de julho de 2007, data do Decreto ministerial de revogação da cidadania⁸²¹. Em todo caso, ele insistiu no fato que o primeiro casamento não tinha sido fraudulento e que não deveria ter sido invocada a sentença de 1998⁸²².

A maioria não afronta de maneira explícita a questão de âmbito temporal do caso, mas cede implicitamente a uma série de considerações que estabelecem uma correlação entre as duas decisões, mesmo afirmando que “a situação reclamada surgiu em consequência do comportamento fraudulento do recorrente”.

13. Entendo essa abordagem como inoportuna, dado que a ingerência na vida privada e familiar do recorrente, garantida pelo Artigo 8, só se concretizou com a adoção do decreto ministerial que revogou a sua cidadania. Em todo caso, eu nutro as mais fortes dúvidas quanto aos fundamentos jurídicos e lógicos da decisão de anulação, simplesmente porque o matrimônio de conveniência geralmente não produz filhos⁸²³. Quando uma pessoa soa não sinceramente pronta a

818 A mensagem em *Genovese*, cit., § 44, deve ser repetida forte e clara: A Corte além de observar que na pesquisa de um fator comum entre as normas de direito internacional, esta nunca realizou a distinção entre as fontes conforme fossem ou não assinadas ou ratificadas pelo Estado demandado” (ver em: *Demir e Baykara c. Turchia* [GC], n. 34503/97, § 78, TEDH 2008)

819 A obrigação de garantir a nacionalidade a um menor nascido no território de um Estado e que seria, de outra forma, apátrida está contida no Artigo 1 da Convenção sobre a redução da apatridia, no Artigo 20 (2) da Convenção americana de direitos humanos, no Artigo 6 (4) da Carta africana sobre os direitos e bem-estar do menor, no Artigo 7 do Pacto sobre os direitos do menos no Islã e, no Artigo 6 (2) da Convenção europeia sobre a nacionalidade. Disposições semelhantes são encontradas no Artigo 2 da Convenção sobre a redução da apatridia, no Artigo 7 (3) do Pacto sobre os direitos do menos no Islã e no Artigo 6 (1) (b) da Convenção europeia sobre a nacionalidade, que garantem o direito de cidadania a um menos nascido de pais desconhecidos.

820 Ver o § 80 da sentença.

821 Ver o § 68 da sentença.

822 Ver o § 66 da sentença.

823 Ver o § 89 da sentença.

aceitar um compromisso por toda a vida, como o casamento, mas inicia uma relação contratual de casamento somente na ótica de obter uma vantagem jurídica, como o acesso à cidadania, normalmente não deseja que nasça um filho desta relação, criando uma ligação por toda a vida entre os dois genitores. O nascimento de um filho no casamento testemunha muito claramente a sinceridade do compromisso com o qual os dois cônjuges consentiram voluntariamente. Nenhum elemento foi fornecido à Corte capaz de superar tal presunção.

Se bem que o pronunciamento do dia 19 de janeiro de 1998 não tenha sido impugnado e tenha se tornado definitivo, isto não impede à Corte de tirar todas as conclusões lógicas para apreciar o comportamento das autoridades nacionais no período decorrido entre a anulação do casamento e a data do decreto que privou o recorrente da nacionalidade.

A conduta das autoridades nacionais de 1998 a 2007

14. A decisão de 1998 de anulação do matrimônio foi averbada no registro dos casamentos, conservado nos arquivos do Registro Público, que é um departamento do governo. Isto significa, evidentemente, que as autoridades nacionais tiveram conhecimento da situação jurídica do recorrente a partir daquela data e, portanto, o recorrente não pode ser repreendido por não ter informado sobre a anulação às autoridades. O argumento de que o Governo, o departamento de Assuntos de Cidadania e de Expatrio, os tribunais e o Registro Público eram autoridades diferentes⁸²⁴ é manifestamente infundado, segundo uma prospectiva de direito internacional, uma vez que todos estes pertencem ao Estado demandado e o defeito de comunicação entre estes aparatos pode ensejar responsabilidade internacional.

15. Ademais, depois da prolação da decisão de anulação, as autoridades empregaram diversos anos para reagir. De 19 de janeiro de 1998, data da sentença de anulação, até 8 de maio de 2006, data em que o recorrente foi notificado quanto à privação de sua nacionalidade maltesa por causa do pronunciamento, o recorrente conduziu uma vida normal, sem ser perturbado pelas autoridades nacionais. Além disso, as suas licenças comerciais foram sempre renovadas⁸²⁵. O comportamento das autoridades nacionais por mais de oito anos induziu o recorrente, como teria feito qualquer pessoa racional, a considerar que não existia qualquer ameaça à sua nacionalidade. Na ausência de uma ameaça semelhante, o recorrente poderia, genuinamente, aspirar à criação de uma segunda família em

824 A este ponto, poderia ser importante considerar a relação do psicólogo, na qual foi percebida ansiedade da parte do recorrente quando tinha problemas conjugais. A maioria não deu alguma explicação para não considerar esta relação.

825 Ver o § 82 da sentença.

Malta, depois da falência do primeiro casamento. Portanto, não se pode sustentar, como fez o Governo, que do momento em que o recorrente se casou pela segunda vez com uma cidadã estrangeira, era consciente que o estado da sua família seria precário desde o início⁸²⁶.

16. Quando o Governo sustentou que, ao se omitir de informar às autoridades nacionais, o recorrente teria demonstrado má-fé, poder-se-ia replicar que, na verdade, a revogação da cidadania tantos anos depois de confirmado o seu fundamento legal constitui *venire contra factum proprium*, visto que as autoridades nacionais tinham, neste ínterim, agido reiteradamente em modo a confirmar o *status* jurídico do recorrente como cidadão maltês e como empreendedor. Se neste caso fosse necessário repreender alguém por ter agido com má-fé, com certeza não seria o recorrente, mas sim as autoridades nacionais.

17. A tese do Governo de que esta medida se justificava para fins de proteção da ordem pública⁸²⁷ não ajuda muito a compreender a decisão ministerial, considerado que não se entende por que o recorrente que não colocou em risco a ordem pública por oito anos, teria se tornado um perigo em 31 de julho de 2007. Merece destaque que a decisão ministerial de 2007 de revogação da cidadania não foi baseada nos registros de antecedentes judiciais do recorrente. Este desinteresse para os precedentes judiciais é perfeitamente lógico dado que o ato de agressão foi perpetrado em 1994, no contexto de um episódio de violência doméstica, não foi seguido de incidentes semelhantes e, ao recorrente foi imposta uma simples pena suspensa, o que mostra como o tribunal não teria julgado a infração como sendo grave ao ponto de justificar a reclusão, ao contrário, teria considerado que o autor do reato era capaz de viver sem cometer crimes na sociedade maltês. Considero, no mínimo, desagradável, que o Governo demandado invoque hoje este argumento⁸²⁸ quando o Próprio Ministro não considerou necessário nem apropriado fazê-lo em 2007. De fato, como será demonstrado, o decreto adotado é totalmente silente com relação às considerações de ordem pública.

A revogação da cidadania do recorrente em 2007 e suas consequências

18. A revogação da cidadania do recorrente foi pronunciada nos seguintes termos:

826 Ver o § 79 da sentença. n. §88, a maioria sustenta que qualquer atraso não teria trazido nenhum prejuízo ao recorrente, que continuou a tirar vantagem da situação, mas a maioria não considerou que o mesmo atraso e as relativas vantagens que o recorrente obteve tiveram um peso na consolidação da sua legítima expectativa.

827 Não posso compartilhar a abordagem da maioria segundo a qual “da parte do recorrente ocorreu uma tendência à inércia” (§93 da sentença). Se houve qualquer inércia, esta é certamente atribuível às autoridades nacionais. O Governo não pode imputar a própria lentidão ao recorrente”.

828 Ibid.

“Nos termos do § 1) da seção 14 da Lei da Nacionalidade Maltesa (Cap. 188), dispõe-se que M. Louay Ramadan Wahba Mabrouk (titular da carteira de identidade maltesa n.º 438094M), filho de Ramadan Wahba Mabrouk e de Aziza Self El-Batanony, nascido no Cairo, Egito, em 17 de junho de 1964 e residente, atualmente, em 14, apartamento 3, Triq Barth, Hamrun, seja privado da sua cidadania maltesa com efeitos imediatos”.

Este decreto foi comunicado ao recorrente com a seguinte carta:

“Senhor,

Em relação ao pedido de aquisição de nacionalidade maltesa e consequente registro como cidadão maltês em 9 de abril de 1994, informamos-lhe com a presente, que o Vice-ministro e o Ministro da Justiça e Assuntos Internos, considerando que o registro tenha sido feito com meios fraudulentos, adotou a aplicação do §1 do Artigo 14 da Lei sobre a nacionalidade maltesa (Cap. 188) o decreto ora anexo.

Convidamos-lhe a apresentar-se imediatamente neste Departamento e razão da sua posição de imigrante em Malta e a restituir o certificado de registro como cidadão de Malta (n. 5745).

Com os melhores cumprimentos...”

19. A decisão adotada em 31 de julho de 2007, no sentido de privar o recorrente da cidadania maltesa não considerou o fato de que o interessado não tinha conservado nenhuma ligação com o seu país de origem e com a sua família no Egito, que vivia em Malta há vinte anos, falava maltês, era perfeitamente integrado na sociedade maltesa. Esta decisão não considerou, nem mesmo, o fato de que transformou o recorrente em um apátrida e, que no momento do seu requerimento para obter a cidadania maltesa, era uma pré-requisito para o recorrente renunciar à sua nacionalidade egípcia, coisa que, com efeito, ele fez, uma vez que o Egito não autorizava a aposse de dupla nacionalidade.

Em síntese, a decisão ministerial não operou a poderação *Karassev*. Como se vê, literalmente, do seu texto e da carta de acompanhamento, o decreto se limitou a uma aplicação automática da lei maltesa, ou seja, o Artigo 14 §1 da Lei de nacionalidade. Ainda, o Ministro devia ser convencido que a revogação era necessária em nome do interesse geral. A formulação negativa do Artigo 14, §3º da mesma lei maltesa, segundo a qual o Ministro não deveria privar alguém da cidadania ao menos que não seja convencido que a conservação da nacionalidade da pessoa seja contrária ao interesse geral, não impede de concluir que o interesse geral deveria ser levado em consideração na decisão ministerial. Todavia, tal questão não foi explicitamente considerada no decreto, uma vez que, de maneira

muito paradoxal, o Artigo. 19 da mesma lei não impõe nem sequer a obrigação de motivação da decisão⁸²⁹.

A ausência de motivação agravou-se pelo caráter confidencial do processo decisório. A recomendação final do comitê ao Ministro não foi comunicada ao recorrente e os inúmeros pedidos protocolados pelos seus advogados para obter a cópia dos atos e do processo não foram satisfeitos⁸³⁰. Pior ainda, o Artigo 14, §3º não protege a posição do apátrida, senão no caso do §2º, (c), o qual é manifestamente insuficiente.

Do exposto, pode-se chegar a uma conclusão óbvia: a lei maltesa prevê garantias procedimentais muito escarças relativas às decisões ministeriais, no que diz respeito aos padrões internacionais em matéria de proteção dos apátridas⁸³¹.

Além de requerer uma reforma legislativa urgente, estas graves lacunas processuais de revogação da nacionalidade colocam em questão, ainda, a equidade e a proporcionalidade da medida tomada no caso em espécie⁸³².

20. Não sem hesitação, a maioria reconhece que o recorrente é, atualmente, apátrida e que não existe qualquer garantia de que as autoridades egípcias o admitam, nem é provável que ele possa ser deportado para um outro país⁸³³. Uma situação jurídica como tal, sem dúvidas, já causou inúmeras consequências negativas, para ele e para sua família, dentre as quais, a perda do direito de permanência ilimitado e de trabalho em Malta, a perda do seu passaporte maltês e a perda do seu “estado de pessoa isenta” pela sua segunda mulher⁸³⁴.

21. Ainda, a maioria sustenta que o recorrente não está ameaçado de ser deportado de Malta e que os dois filhos advindos do segundo casamento não perderam a cidadania maltesa, nem existiram tentativas das autoridades nacio-

829 O caráter automático da decisão ministerial, a qual carece de um balanceamento entre os fatores relevantes, transparece claramente nos §§23 e 24 da sentença.

830 Ver o §22 da sentença.

831 Para comparar com o documento da UNHCR “*Guidelines on Statelessness N. 2: Procedures for Determining whether an Individual is a Stateless Person*”, cit. e o excelente European Network on Statelessness Guide of Good Practices “*Statelessness, determination and the protection status of stateless persons*”, 2013.

832 Não posso concordar com a maioria na conclusão ao final do §87. Deve-se recordar que, segundo o Artigo. 17 do Projeto de artigo sobre a nacionalidade das pessoas físicas em relação à sucessão entre os Estados (supracitado) da Comissão de direito internacional, as decisões concernentes à aquisição, conservação e renúncia da nacionalidade devem ser adotadas por escrito e serem impugnáveis por um controle jurisdicional ou administrativo efetivo. A CDI, além disso, estabeleceu, no seu comentário ao Projeto de artigos, que o processo de revisão deveria ser conduzido por uma jurisdição competente de acordo com o direito interno de cada Estado. A Convenção europeia sobre a nacionalidade contém, ainda, os padrões processuais concernentes à forma escrita (Artigo 11) e o princípio pelo qual a decisão deveria ser suscetível de impugnação em face ao juiz segundo o direito interno (Artigo 12). O direito a uma revisão contra a privação arbitrária da cidadania é garantido também pelo Artigo 8 da Convenção sobre a redução da apatridia e pelo Artigo 8 (2) da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da infância.

833 Ver o §56 da sentença. Existe uma flagrante incoerência entre este parágrafo e o §92.

834 Como indicado pelo recorrente no recurso, ele e sua família “vivem em constante terror que o Governo lhes deporte do País”. Além disso, sofreu economicamente, uma vez que seu trabalho foi fortemente prejudicado. Antes, viajava muito ao exterior como parte do seu trabalho, mas agora não pode mover-se livremente porque não é certo de que quando saia do país, poderá reentrar novamente sem problemas. Por outro lado, não se pode esperar que a família do recorrente, com dois filhos de nacionalidade maltesa, abandone o país de origem e deixe Malta por um outro país, somente pelo fato de que o pai fora privado da nacionalidade maltês.

nais neste sentido⁸³⁵. Além de pontuar às autoridades estatais de não colocar em discussão a cidadania maltês dos filhos do segundo casamento do recorrente e de não o ameaçar com a expulsão, esta linha argumentativa sugere o que a maioria espera que aconteça: o recorrente poderá requerer uma permissão de trabalho, depois um título de residência e isso poderia permiti-lo de requerer novamente a cidadania⁸³⁶. O *obter dicta* da maioria fala claramente em favor do congelamento da situação jurídica do recorrente até que o seu estado não seja regularizado em Malta.

22. Formulo uma reserva de princípio sobre este modo distorcido de raciocinar. Como em outros casos, a Corte cede à tentação de um *argumentum ad ignorantiam*: a ausência de certeza sobre uma futura expulsão foi utilizada para justificar a atual privação de um direito tutelado pela Convenção⁸³⁷. Mesmo que o Governo tenha deixado o recorrente em um limbo total e colocado em *stand-by* a sua vida privada, familiar e profissional, a Câmara provou um grau de tolerância inadmissível em relação a um tal estado de incerteza jurídica.

Considerando que a cidadania estatal constitui um elemento central da identidade de uma pessoa, a avaliação de qualquer decisão relativa à aquisição, modificação, recusa ou revogação da cidadania não deveria depender do grau de probabilidade de uma expulsão e, ainda menos, da especulação da Corte sobre um risco semelhante ou sobre a manutenção de um título de permanência ou autorização de trabalho. Ainda que o trabalho e o lugar de residência possam incidir sobre a identidade de um indivíduo, estes não a exaurem. É necessário muito mais do que um lugar de residência e um trabalho para definir a identidade de uma pessoa. A questão essencial da identidade de um indivíduo não deveria ser fundamentada na previsão dos riscos futuros, mas na relação passada e atual que a pessoa em questão tem com o Estado interessado e o seu povo.

23. Ademais, cada valoração relativa à aquisição, modificação, recusa e revogação de cidadania não deveria depender do estado de vida familiar do indivíduo em questão. Mesmo que os fatos estejam ligados, trata-se de dois aspectos jurídicos muito diferentes na suas essências e que não podem ser confundidos. Este conjunto de problemáticas diferentes nas suas essências comprometem a avaliação objetiva do caso.

835 Ver o §90 da sentença. Em *Hendrick Winata e Son Lan li c. Australia*, comunicação nº 930/2000, 26 de julho de 2001, o Comitê de Direitos Humanos estabeleceu que a decisão de deportar dois genitores e obrigar a família a escolher se o filho – um cidadão – deveria permanecer no país sozinho ou seguir os genitores, constitui uma ingerência na vida familiar.

836 Ver o §91 da sentença.

837 A Corte, ocasionalmente, utilizou este raciocínio falacioso: ver a minha opinião dissidente em *Biao c. Dinamarca* [GC], n. 38590/10, 24 de maio de 2016, *Chiragov e outros c. Armenia* [GC], n. 13216/05, 16 de junho de 2015, e *S.J. c. Beglio*, n. 70055/10, 19 de março de 2015.

Via de regra, o direito à cidadania de uma pessoa privada da família não merece ser protegido em menor medida em relação ao direito de cidadania de uma pessoa com família⁸³⁸.

Conclusão

Como afirmado pelo Alto Comissário das Nações Unidas pelos Refugiados, Antonio Gueterres, “A apatridia é uma grave violação dos direitos humanos do indivíduo”⁸³⁹. É tempo que a Corte reconheça, explicitamente, que a nacionalidade ocupa um lugar central na identidade de uma pessoa que é protegida pelo Artigo 8 da Convenção. Trata-se de um direito do homem autônomo, garantido pela Convenção. Este direito à cidadania não deveria ser nem confundido com o direito de um estrangeiro de entrar, residir ou trabalhar em um determinado país, nem com o direito de um estrangeiro na sua vida familiar. O direito dos Estados de decidir o que são seus próprios cidadãos não é absoluto, porque os Estados devem honrar com as obrigações internacionais concernentes aos direitos do homem quando adotam práxis ou leis em matéria de nacionalidade. Neste sentido, três direitos resultam particularmente pertinentes: o direito à nacionalidade, o direito à uma proteção igual diante da lei e o direito de não ser discriminado. Em particular, cada recusa ou revogação da cidadania arbitrária ou discriminatória será contrária ao direito internacional dos direitos humanos e à Convenção.

25. Considerando o que foi dito, o decreto de revogação da cidadania adotado pelas autoridades maltesas se encontra em contraste, não só com o direito à vida familiar do recorrente, mas também com o seu direito convencional à cidadania. As graves lacunas procedimentais do processo de revogação, como por exemplo o fato de que o Ministro não tenha efetuado alguma operação pública e motivada de balanceamento para equilibrar os interesses individuais e coletivos em jogo, assim como as consequências negativas atuais decorrentes da sua decisão, mostram mais do que uma decisão simplesmente injusta e desproporcional. Estes destacam que Malta deve, com urgência, reformar o seu processo de revogação de cidadania para consagrar abertamente o princípio basilar da proibição de apatridia e assegurar as devidas garantias procedimentais.

838 Ou, para recuperar a palavra da Corte em *Genovese* (precisamente §§ 30 e 33): “ainda na ausência de uma vida familiar, a recusa de cidadania pode manifestar problemas ex. Artigo 8 pelo seu impacto na vida privada de uma pessoa, noção suficientemente larga para englobar os aspectos de identidade social de uma pessoa. Se o direito de nacionalidade não é garantido em si pela Convenção e, se na espécie, a recusa de tal direito não comporta uma violação do Artigo 8, a Corte considera que o seu impacto na identidade social do recorrente é tal que o atrai no âmbito geral de aplicação do Artigo. 8”.

839 “Global Action Plan to End Statelessness: 2014 – 2024”

2. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS – SEÇÃO IV - ABDULLAHI ELMI E AWEYS ABUBAKAR C. MALTA – RECURSO N. 25794/13 E N. 28151/13 – SENTENÇA DE 22 DE NOVEMBRO DE 2016

O caso: Os dois recorrentes, Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar, cidadãos da Somália, chegaram à Malta por via marítima, no verão de 2012, como imigrantes irregulares. Ambos foram imediatamente registrados pela polícia local e receberam dois documentos em língua inglesa para informá-los quanto às suas expulsões iminentes. Um pouco depois, os recorrentes apresentaram pedido de asilo, declarando serem menores. Como consequência, ambos foram interrogados e submetidos a um exame de ossos para verificar as respectivas idades. Informalmente, eles foram comunicados de que o exame clínico teria demonstrado que nenhum dos dois era maior de idade e que, em breve, eles seriam liberados. Todavia, eles permaneceram no centro de detenção para imigrantes em Safi Barracks por um longo período (o primeiro recorrente, por seis meses e o segundo, por dois meses e meio). Portanto, os recorrentes apresentaram recurso diante da Corte EDH reclamando a violação dos Artigos. 3 e 5 §§1, 2 e 4 CEDH por terem sido, de fato, detidos ilegalmente e em condições desumanas e degradantes. Com a sentença de 22 de novembro de 2016, a Corte acolheu o recurso e condenou Malta por violação dos Artigos 3, 5 §§ 1 e 4 CEDH. No mesmo sentido, os juízes reconheceram que as condições do centro de detenção de Safi Barracks, já criticadas em vários relatórios internacionais, encontravam-se em contraste com o Artigo 3 CEDH. Além disso, a Corte declarou a violação do Artigo 5 §§1 e 4 pela duração irracional da detenção sofrida pelos recorrentes e pela ausência de um remédio rápido e efetivo que servisse para reclamar a ilegalidade da detenção.

Palavras-chave: criminalização da imigração – detenção de imigrantes irregulares, requerentes de asilo e refugiados – padrões internacionais – limitações da liberdade pessoal – teste de necessidade e proporcionalidade – indivíduos vulneráveis.

1. Votei a favor das conclusões da presente sentença. Apesar de não concordar com a sua motivação na parte em que destaca a violação do Artigo 5 §1 (f) da Convenção europeia de direito humanos (“a Convenção”) somente pelo motivo de excessiva duração *in concreto* da detenção e de “sérias dúvidas relativas à boa fé das autoridades”, reconhecendo que a detenção teria uma base legal suficientemente clara e era permitida pela primeira parte do Artigo 5 §1 (f) “no que concerne à decisão sobre o requerimento de asilo”⁸⁴⁰. Do meu ponto de vista, a motivação para a violação declarada é muito mais profunda, uma vez

840 Ver os §§ 142 e 146 da sentença.

que está ligada à forma como a própria legislação nacional é formulada, que está em conflito com o Artigo 5 §1. O caso foi definitivamente e corretamente decidido com base no princípio de necessidade, como demonstrarei em seguida. Para chegar a esta conclusão, analisarei, em primeiro lugar, o contexto da atual e global tendência a *crimigração*⁸⁴¹, à luz da qual o presente caso deveria ser analisado e, delinearei a normativa internacional geral relativa à detenção dos requerentes de asilo. Sobre este ponto, a opinião clamará uma série de casos práticos, previsões legais e práxis relativas à detenção dos requerentes de asilo. Em segundo lugar, confrontarei os padrões do direito internacional dos refugiados e dos direitos humanos em nível internacional com a atual interpretação do Artigo 5 §1 (f) da Convenção realizada pela Grande Câmara e pela Câmara. Enfim, analisarei a lei maltesa e as práxis relativas à detenção dos refugiados e dos requerentes de asilo em nível geral e a situação particular dos recorrentes⁸⁴².

A tendência à crimigração

2. A imigração irregular em direção à Europa aumentou muito no curso dos últimos decênios. Muitos dos potenciais imigrantes possuem o título para poder requer o *status* de refugiado. A resposta da Europa a este fenômeno, como evidente, tem lugar no centro do papel da repressão penal, como já muitas vezes evidenciado pelo Secretário Geral das Nações Unidas (o “Secretário Geral”)⁸⁴³, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os refugiados (UNHCR)⁸⁴⁴, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os direitos humanos (UNHCHR)⁸⁴⁵, do Comitê ONU de direitos humanos (HRC)⁸⁴⁶, do Grupo de trabalho sobre detenção arbitrária (WGAD)⁸⁴⁷, do Relator

841 Para uma introdução a este conceito, ver Hernández, *Crimmigration Law*, American Bar Association, 2015; *Guia e altri*, *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, Haia, 2013; Majcher, “*Crimmigration*” in *the European Union through the Lens of Immigration Detention*, *Global Detention Project Working Paper n. 6*, Geneva, 2013; *Wilsher*, *Immigration Detention, Law, History, Politics*, Cambridge, 2011; and Stumpf, *The Crimmigration Crisis*, 56 *Am. U. L. Rev.* 367 (2006).

842 Para a presente opinião, detenção significa confinamento em um lugar estreito, no qual a liberdade de movimento é limitada e onde a única possibilidade de deixar este lugar é abandonar o território. Nesta opinião, os termos requerente de asilo e refugiado são usados com a interpretação descrita na minha opinião anexada à sentença a *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* [GC], n. 27765/09, 23 de fevereiro de 2012.

843 Veja-se Secretário Geral, relatório de 7 de agosto de 2014, ONU Doc. A/69/277, §§ 20 a 26.

844 Veja-se UNHCR, *Beyond Detention: A global strategy to support governments to end the detention of asylum-seekers and refugees*, 2014; UNHCR *Detention Guidelines*, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012; e UNHCR’s *Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers*, 1999.

845 UNHCHR, *Situation of migrants in transit*, UN Doc. A/HRC/31/35, §§ 39 a 48

846 HRC, *Celepli c. Svezia*, comunicação n. 456/1991, CCPR/C/51/D/456/1991 (1994), 18 de julho de 1994, § 9.2.

847 Veja-se WGAD, *Relatório anual de 2009*, 15 de janeiro de 2010, UN Doc. A/HRC/13/30, §§ 54 a 65; *Report anual 2008*, 16 de fevereiro de 2009, UN Doc. A/HRC/10/21, §§ 65 a 68; *Relatório anual de 2007*, 10 de janeiro de 2008, UN Doc. A/HRC/7/4, §§ 41 a 54; *Relatório anual de 1999*, 28 de dezembro de 1999, UN Doc. E/CN.4/2000/4, annex II (Deliberation

Especial das Nações Unidas pelos direitos humanos dos imigrantes (o Relator especial)⁸⁴⁸, da Assembleia parlamentar (PACE)⁸⁴⁹ e do Comitê de Ministros do Conselho da Europa⁸⁵⁰, do Comitê pela prevenção da tortura (CPT)⁸⁵¹, do Comissário pelos direitos humanos do Conselho da Europa (o Comissário)⁸⁵², do Parlamento europeu e do Conselho da União Europeia⁸⁵³ e das Agências europeias pelos direitos fundamentais (FRA)⁸⁵⁴.

n. 5 on human rights guarantees that asylum-seekers and immigrants in detention should enjoy); Relatório annual de 1998, 18 de dezembro de 1998, UN Doc. E/CN.4/1999/63, §§ 62 a 70; e Rapporto annuale 1997, UN Doc. E/CN.4/1998/44, 19 dicembre 1997, §§ 28 a 42.

- 848 Veja-se Relator Especial, Banking on mobility over a generation: follow-up to the regional study on the management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants, UN Doc. A/HRC/29/36, 8 de maio de 2015, §§ 24 a 84; Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants, UN Doc. A/HRC/23/46, 24 de abril de 2013, §§ 47 a 54; Detention of migrants in an irregular situation, UN Doc. A/HRC/20/24, 2 aprile 2012, §§ 5 a 67; Recapitulation of main thematic issues (irregular migration and criminalization of migrants; protection of children in the migration process; the right to housing and health of migrants), UN Doc. A/HRC/17/33, 21 marzo 2011, §§ 11 a 33; Rapporto all'Assemblea Generale, UN Doc. A/65/222, 3 de agosto de 2010 (on the impact of the criminalization of migration on the protection and enjoyment of human rights), pp. 5 a 16; Rapporto alla XI sessione del Consiglio dei diritti umani, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 maggio 2009, §§ 18 a 80 (Protection of children in the context of migration); Relatório da VII sessão do Conselho dos direitos humanos, UN Doc. A/HRC/7/12, 25 de fevereiro de 2008, §§ 13 a 19 (Criminalization of irregular migration); Relatório da Comissão de direitos humanos, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 de dezembro de 2002, §§ 12 a 64 (The human rights of migrants deprived of their liberty).
- 849 Veja-se Relator especial, Banking on mobility over a generation: follow-up to the regional study on the management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants, UN Doc. A/HRC/29/36, 8 de maio de 2015, §§ 24 a 84; Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants, UN Doc. A/HRC/23/46, 24 aprile 2013, §§ 47 a 54; Detention of migrants in an irregular situation, UN Doc. A/HRC/20/24, 2 aprile 2012, §§ 5 a 67; Recapitulation of main thematic issues (irregular migration and criminalization of migrants; protection of children in the migration process; the right to housing and health of migrants), UN Doc. A/HRC/17/33, 21 de março de 2011, §§ 11 a 33; Relatório à Assembleia Geral, UN Doc. A/65/222, 3 de agosto de 2010 (on the impact of the criminalization of migration on the protection and enjoyment of human rights), pp. 5 a 16; Relatório à XI sessão do Conselho de direitos humanos, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de maio de 2009, §§ 18 a 80 (Protection of children in the context of migration); Relatório à VII sessão do Conselho de direitos humanos, UN Doc. A/HRC/7/12, 25 de fevereiro de 2008, §§ 13 a 19 (Criminalization of irregular migration); Relatório à Comissão de direitos humanos, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 dicembre 2002, §§ 12 a 64 (The human rights of migrants deprived of their liberty).
- 850 Veja-se PACE e Associação pela prevenção da tortura, Visiting Immigration Detention Centres, A Guide for Parliamentarians, 2013; Resolução PACE 1707 (2010), The detention of asylum-seekers and irregular migrants in Europe; Recomendação PCAE 1900 (2010)1, Detention of asylum-seekers and irregular migrants in Europe; Resolução PACE 1637 (2008), Europe's boat people: mixed migration flows by sea into southern Europe; Recomendação PACE 1850 (2008), Europe's "boat-people": mixed migration flows by sea into southern Europe; Resolução PACE 1521 (2006), Mass arrival of irregular migrants on Europe's southern shores; Resolução PACE 1509 (2006), Human rights of irregular migrants; Recomendação PACE 1755 (2006), Human rights of irregular migrants; Resolução PACE 1471 (2005), Accelerated asylum procedures in Council of Europe member States; Recomendação PACE 1727 (2005), Accelerated asylum procedures in Council of Europe member states; Recomendação PACE 1645 (2004), Access to assistance and protection for asylum-seekers at European seaports and coastal areas; Recomendação PACE 1547 (2002), Expulsion procedures in conformity with human rights and enforced with respect for safety and dignity; Recomendação PACE 1475 (2000), Arrival of asylum-seekers at European airports; Recomendação PACE 1467 (2000), Clandestine immigration and the fight against traffickers; Recomendação PACE 1440 (2000), Restrictions on asylum in the member states of the Council of Europe and the European Union; e Recomendação PACE 1327 (1997), Protection and reinforcement of the human rights of refugees and asylumseekers in Europe.
- 851 Guidelines on human rights protection in the context of accelerated asylum procedures, adotadas pelo Comitê de ministros em 1º de julho de 2009; Recomendação do Comitê de ministros (Rec) (2003) 5, Measures of detention of asylum-seekers; e Recomendação n. R (99) 12 do Comitê de ministros, Return of rejected asylum-seekers.
- 852 Veja-se CPT Standards, CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2015, pags. 64 a 82
- 853 O Comissário, Criminalisation of migration in Europe: Human rights implications, 2010, e The Human Rights of Irregular Migrants in Europe, 2007.
- 854 Veja-se a Diretiva 2013/33/EU do Parlamento europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013 relativo às normas de acolhimento dos requerentes de proteção internacional, Diretiva 2008/115/EC do Parlamento europeu e do Conselho de 16 de dezembro de 2008 relativa às normas e procedimentos comuns aplicáveis nos Estados-membros quanto à repatriação dos cidadãos de países terceiros que permanecem irregularmente e Diretiva 2005/85/EC do Conselho de 1º de dezembro de 2005 relativa às normas mínimas para o procedimento aplicado nos Estados-membros com o escopo de reconhecer e revogar o status de refugiado.

De um lado, o mecanismo de repressão penal estatal, compreendida a detenção, a incriminação e a condenação ao cárcere, é usado pelo controle de imigração⁸⁵⁵, enquanto de um outro, as medidas de expulsão, deportação e detenção são aplicadas neste sentido como métodos de controle da criminalidade⁸⁵⁶. Este é o estado definido como tendência à *crimigração*. Permeada da desprezível herança do racismo e da xenofobia do século XX, esta política considera o imigrante como um novíssimo “inimigo”, um marginal social cuja presença não é mais um valor agregado ao *melting pot* europeu e a sua crescente economia, mas sim um perigo à ordem pública, ao equilíbrio da segurança social e à organização do mercado de trabalho, senão pela mesma veste étnica e religiosa do continente. Os fatos da presente sentença são exemplificativos nesta estratégia de controle social forçado que demoniza os imigrantes irregulares como criminosos⁸⁵⁷. Esta tendência é amplamente contrastante com as obrigações que derivam do direito internacional dos direitos humanos. Considero esta, uma oportunidade para exprimir o meu desacordo com tal tendência e os seus reflexos na jurisprudência da Corte.

3. Não existe nenhum ponto de vista melhor sobre a detenção dos imigrantes através do qual observar a atual fusão de repressão penal e direito de imigração. O número de refugiados, requerentes de asilo, requerentes de asilo recusados, apátridas, pessoas vítimas de tráfico humano e imigrantes irregulares que podem ser presos, encontra-se em um nível sem precedentes na Europa⁸⁵⁸. Em algumas jurisdições, a detenção é obrigatória ou baseada em presunções favoráveis à detenção⁸⁵⁹. Nos casos em que a disciplina nacional é vaga e indeterminada, a autoridade competente pela gestão da imigração confia nas práticas administrativas discricionárias⁸⁶⁰. Além disso, a detenção é frequente-

855 Veja-se FRA, Manual sobre direito europeu em materia de asilo, fronteiras e imigração 2014, páginas 141 a 178; Detention of Third Country Nationals in Return Procedures, 2014; e Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them, 2014.

856 Para alguns exemplos desta tendência, veja-se *Saadi c. Regno Unito*, n. 13229/03, §§ 50 e 64; ECHR 2008-I, que trata da detenção dos requerentes de asilo no contexto do controle de imigração; Corte de Justiça da União europeia, *Hassen El Dridi Soufi Karim*, causa C-61/11 PPU, 28 aprile 2011, §§ 58 a 62.

857 Na sua Resolução 1509 (2006), cit., A Assembleia parlamentar destacou a importância da linguagem utilizada: “A Assembleia prefere usar o termo ‘imigrante irregular’ que outras expressões como ‘imigrante ilegal’, ‘imigrante ilegítimo’ ou ‘imigrante sem documentos’. Dita expressão é mais neutra e não contém, por exemplo, a estigmatização do termo ‘ilegal’. Esta é, ademais, sempre mais utilizada pelas organizações internacionais que se ocupam dos fenômenos migratórios”. O Relator especial, Report to the General Assembly, cit. §§ 28 e 29, fizeram a mesma pontuação.

858 Relator especial, Regional study: management of the external borders, cit., §§ 37 a 47.

859 Por exemplo, *Rahimi c. Grecia*, n. 8687/08, § 108, 5 de abril de 2011; e CPT Standards, supramencionados, p. 71. Fora do contexto europeu, veja-se HRC, C. c. Australia, comunicação n. 900/1999, CCPR/C/76/D/900/1999 (2002), 28 de outubro de 2002, § 8.2, e A. c. Australia, comunicação n. 560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993 (1997), 3 de abril de 1997, § 9.2.

860 Resolução PACE 1707 (2010), cit., § 7.

mente utilizada como parte de uma política para desencorajar os futuros requerentes de asilo ou para dissuadir aqueles que encaminharam os seus requerimentos de querer prosseguir com o processo⁸⁶¹. Em algumas ocasiões também é usada como medida punitiva pelo ingresso ou pela presença ilegal no país, pela falta de documentos, pela falta de respeito aos requisitos administrativos ou, ainda, por outras limitações ligadas à residência no país hospedeiro⁸⁶². O acesso à assistência legal é virtualmente impossível e isto incide de maneira determinante quanto à possibilidade de os requerentes de asilo apresentarem recurso⁸⁶³. As possibilidades de reexame judiciário são, em termos práticos, muito limitadas, quando disponíveis⁸⁶⁴. Este cenário sozinho leva à uma detenção inútil e em massa⁸⁶⁵. O custo humano da dita “Fortaleza Europeia” não requer nenhuma demonstração científica; isso é amplamente documentado pelas notícias quotidianas.

4. Os requerentes de asilo são presos por períodos indefinidos ou muito prolongados, colocados, na melhor das hipóteses, em centros de detenção especial de segurança média, na pior, em delegacias de polícia e estruturas de detenção comuns, mas, em todo caso, tratados como se fossem criminosos condenados⁸⁶⁶. Alguns Estados recorrem a expressões ambíguas, definindo os centros de detenção de imigrantes como “centros de admissão e acolhimento dos estrangeiros”, “centros de trânsito” ou “alojamentos” e a detenção como “retenção”⁸⁶⁷. Não existem previsões legislativas claras que estabeleçam os procedimentos para dispor ou estender a detenção para fins de expulsão e que fixem relativos limites temporais⁸⁶⁸. Quando os períodos máximos de detenção são estabelecidos por lei ou regulamentos administrativos, eles são contornados com ordens de liberação dos solicitantes de asilo, apenas para reincidir em seu encarceramento pouco tempo

861 Em alguns Estados, o limite temporal para requerer asilo é limitado pela lei em até um certo número de dias contados da chegada ou do início da detenção; os pedidos apresentados depois deste termo não são considerados (CPT Standards, supra-mencionados, p. 74).

862 *Guideline 4.1.4 da UNHCR 2012 Detention Guidelines*, § 32; *Guideline 3 da UNHCR 1999 Detention Guidelines*, p. 5.

863 Por exemplo, *Chahal c. Reino Unido*, 15 de novembro de 1996, § 130, Reports 1996-V, e *Çonka c. Bélgica*, n. 51564/99, §§ 44-45, ECHR 2002-I.

864 Na Europa, veja-se, por exemplo *Amuur c. França*, 25 de junho de 1996, § 43, Reports 1996-III, e *Louled Masoud c. Malta*, n. 24340/08, § 71, 27 de julho de 2010; fora da Europa: HRC, *Danyal Shafiq c. Austrália*, comunicação n. 1324/2004, CCPR/C/88/D/1324/2004 (2006), 13 de novembro de 2006, § 7.4, e *C. c. Austrália*, cit., § 8.3.

865 Resolução da Assembleia parlamentar 1707 (2010), cit., § 3.

866 CPT Standards, cit., pp. 70 e 71; Relator especial, *Regional study: management of the external borders*, cit., § 49 e 50; e *Detention of Migrants*, cit., §§ 21, 31, 33 e 38.

867 Por exemplo, *Abdolkhai e Karimnia c. Turquia*, n. 30471/08, § 127, 22 de setembro de 2009, e Relator especial, Report à 7º sessão do Conselho de direitos humanos, cit., § 47.

868 Novamente serve como exemplo *Abdolkhai e Karimnia*, cit., § 135.

depois pelas mesmas razões⁸⁶⁹. O encarceramento em situações nas quais não existam possibilidade de repatriação no país de origem não é incomum⁸⁷⁰.

5. Ainda mais preocupante é a presença, em alguns países, de uma praxe de mercantilização e desumanização dos migrantes em geral e dos requerentes de asilo especificamente⁸⁷¹. Os Estados são indiferentes ou até mesmo toleram os sérios efeitos deletérios de tal política de saúde e bem-estar dos migrantes causando, *inter alia*, um constante dano psicológico, especialmente no caso dos menores⁸⁷².

A detenção dos requerentes de asilo como violação do direito internacional dos refugiados

6. Ainda que os Estados tenham o direito de controlar o ingresso e a permanência das pessoas nos seus territórios, este direito é limitado pelos direitos humanos e, em particular, pelo direito de ter reconhecido o *status* de refugiado desde que respeitadas as condições requeridas pelo direito internacional⁸⁷³. Sob esta perspectiva, a política da *crimigração* é inadmissível. Isso se aplica não apenas àqueles que são reconhecidos como refugiados, independentemente do fato que tal reconhecimento seja encontrado pelo indivíduo ou pelo grupo, mas também aos requerentes de asilo. De acordo com o direito internacional dos refugiados, aqueles que foram reconhecidos como refugiados e os requerentes de asilo registrados encontram-se legalmente no território do Estado de ingresso. De fato, aqueles que apresentam requerimento do *status* de refugiado também já se encontram no território nacional de forma legal. Os Estados não deveriam negar aos refugiados, de maneira indefinida, os seus direitos decorrentes do direito internacional, recusando ou retardando a verificação dos seus *status*. Isso resta evidenciado pela natureza declarativa das determinações do *status* de refugiado.

869 Veja-se Guideline 6 da UNHCR 2012 Detention Guidelines, cit., § 46.

870 Por exemplo, *Mikolenko c. Estônia*, n. 10664/05, § 65, 8 de outubro de 2009, e Relator especial, Regional study: management of the external borders, cit., §§ 52 e 54.

871 *Tabesh c. Grécia*, n. 8256/07, §§ 38 a 44, 26 de novembro de 2009; HRC, *Danyal Shafiq*, cit., § 7.3; *C. c. Austrália*, cit., §§ 8.4 e 8.5; e Relator especial, Recapitulation of main thematic issues, cit., § 17 (“a trend toward viewing migrants as commodities”).

872 Entre outros casos escandalosos, vejamos *Muskhadzbiyeva e outros c. Bélgica*, n. 41442/07, 19 de janeiro de 2010; *Abdolkhani e Karimnia c. Turquia* (n. 2), n. 30471/08, 27 de julho de 2010; e *A.A. c. Grécia*, n. 12186/08, 22 de julho de 2010; UNHCR 2014 Beyond Detention, cit., § 50; Relator especial, Banking on mobility, cit., § 42; Detention of migrants, cit., § 48; Report à Assembleia general, cit., §§ 47 a 51; e Jesuit Refugee Services Europe, *Becoming Vulnerable in Detention*, Civil Society Report on the Detention of Vulnerable Asylum Seekers and Irregular Migrants in the European Union (The DEVAS Project), Brussels, 2010.

873 Veja-se a minha opinião em *Hirsi Jamaa e outros*, cit.

7. O Artigo 31 (1) da Convenção sobre refugiados proíbe a criminalização, a punição e a detenção dos requerentes de asilo pelo fato isolado de entrarem no território nacional sem documento, sem autorização ou ambos⁸⁷⁴. O Artigo 31 (2) da mesma Convenção veda também “as limitações diversas daquelas que sejam necessárias, as quais deveriam ser aplicadas somente até quando o seu *status* no país não seja regularizado ou sejam admitidos em um outro país”⁸⁷⁵. Isso quer dizer que os Estados poderiam impor limitações de deslocamento que “sejam necessárias” e, portanto, sujeitas a um limite de finalidade, a um padrão objetivo e a um reexame aprofundado e independente. O limite temporal não é representado pelo reconhecimento final do *status* de refugiado, mas por qualquer medida que ponha fim à situação de irregularidade, como a admissão ao procedimento de asilo.

Além disso, o Artigo. 26 garante a liberdade de movimento e de escolha do lugar de residência pelos refugiados legalmente presentes no território, segundo as mesmas limitações que disciplinam a liberdade de movimento interno e de residência dos outros não-cidadãos⁸⁷⁶. A fim de se beneficiarem desta previsão, os requerentes de asilo registrados são considerados legalmente presentes no território⁸⁷⁷.

8. Em 13 de outubro de 1986, o programa do Comitê executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas pelos refugiados adotou a *Conclusão relativa à detenção dos requerentes de asilo* n. 44 (XXXVII) – 1986, que foi aprovada sucessivamente pela Assembleia Geral em 4 de dezembro de 1986 (Resolução 41/124). A parte relevante é a seguinte:

“Se necessária, a detenção poderá ser ordenada somente nos casos previstos pela lei a fim de verificar a identidade; determinar elementos

874 Veja-se o Artigo 18(1) da diretiva do Conselho 2005/85/EC, cit., e o nono “considerando” do preâmbulo da diretiva 2008/115/EC do Parlamento europeu e do Conselho, cit.; o § 6 e princípio 9.1.2 da resolução PACE 1707 (2010), cit.; o princípio 3 da recomendação do Comitê dos ministros Rec (2003)5, cit.; CPT Standards, supramencionados, p. 69; WGAD, Annual Report 2007, cit., § 53 (“criminalizing illegal entry into a country exceeds the legitimate interest of States to control and regulate irregular immigration and leads to unnecessary detention”); e Relator especial, Detention of Migrants, cit., § 13.

875 O Artigo 9 da Convenção de 1951 prevê além de “medidas provisórias” em tempos de guerra, outras circunstâncias graves e excepcionais. Estas últimas não identificadas no caso em questão.

876 Veja-se também o Artigo 11 (6) da Convenção da Organização da Unidade africana que regula os aspectos específicos dos problemas dos refugiados na África de 1969 e o Artigo 9 da Convenção sobre asilo territorial da Organização dos Estados americanos de 1954.

877 Veja-se UNHCR 2012 Detention Guidelines, cit., § 13, e Organização internacional pelas migrações, Information note on international standards on immigration detention and non-custodial measures, 2011; e, em doutrina, Marx, Comentário ao Artigo 26, §§48, 56, 57 e 61, e Noll, Comentário ao art. 31, §§ 90 a 93 e 115, em Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a Commentary*, 2011; Field and Edwards, *Study on Alternatives to Detention*, UNHCR, POLAS/2006/03, § 18; Goodwill-Gill and McAdam, *The Refugee in International Law*, Third Edition, Oxford, 2007, pp. 266 e 267; Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 413, e Goodwin-Gill, *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection*, in Feller, Türk & Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003, pp. 185 a 187.

sobre os quais se embasa o requerimento de asilo ou a solicitação do *status* de refugiado; para gerenciar casos em que os refugiados e os requerentes de asilo tenham destruído os seus documentos de viagem ou de identidade ou tenham usado documentos falsos para enganar as autoridades do Estado em que gostariam de propor o pedido de asilo; ou para proteger a segurança nacional ou a ordem pública”⁸⁷⁸.

A UNHCR publicou em 1995 as diretrizes sobre a detenção dos requerentes de asilo, as quais foram revisadas e reeditadas em 1999 e, novamente, em 2012. Essas diretrizes seguem acuradamente a posição do Comitê executivo de 1986, apesar de algumas reformulações do texto, como:

“Quando houver motivos razoáveis para acreditar que um solicitante de asilo específico provavelmente tentará fugir ou se recusará a cooperar com as autoridades, a detenção pode ser necessária em um caso individual...

A detenção associada aos procedimentos acelerados para casos manifestamente infundados ou claramente abusivos deve ser regulamentada por lei e, conforme exigido por considerações de proporcionalidade, deve pesar os vários interesses em jogo.

A detenção de um requerente de asilo por um período inicial de duração limitada é permitida a fim da aquisição, no âmbito de uma entrevista preliminar, dos elementos sobre os quais se funda o seu pedido de proteção internacional.

Todavia, ditas detenções podem ser justificadas somente quando essas informações não possam ser obtidas, na ausência de medidas detentivas”.

9. Consequentemente, os requerentes de asilo que constituem um perigo para a segurança nacional, para a ordem pública ou para a saúde coletiva podem ser detidos até a decisão, na pendência de um procedimento de solicitação de asilo⁸⁷⁹. Mas só o fato de que a identidade de

878 No § 26 da intervenção da UNHCR no cit. caso *Saadi*, a posição tomada foi mais severa: “O Artigo 31 (2) da Convenção sobre os refugiados autoriza, portanto, as necessárias restrições de movimento para fins de investigação sobre a identidade, as circunstâncias da chegada e sobre os elementos de fundo do pedido e sobre os riscos de segurança”.

879 A segurança nacional é diferente da ordem pública. O primeiro conceito refere-se a perigos que ameaçam a vida da nação como um todo. O segundo conceito tradicionalmente se refere a crimes sem vítimas, que normalmente incluem, entre outros, embriaguez pública, dirigir embriagado, desordem pública, perturbação da paz e tumultos. Na versão de 1999 das Diretrizes de Detenção do UNHCR, o risco à ordem pública e à segurança nacional decorria apenas do registro criminal e/ou da afiliação do requerente de asilo. As Diretrizes de Detenção do UNHCR de 2012 incluem a necessidade de evitar a fuga e/ou a probabilidade de não cooperação em relação aos interesses públicos que justificariam a detenção, em base a *A. c. Austrália*, cit. § 9.4. Eles também acrescentam, sob o mesmo conceito de ordem pública, a necessidade de realizar verificações preliminares de identidade e segurança quando a identidade for indeterminada, controversa ou houver indícios de riscos à segurança.

um requerente de asilo não seja determinada ou seja discutida ou que os elementos fundamentais sob os quais se embasa o requerimento de asilo, incluídas as circunstâncias de chegada, não sejam imediatamente manifestas não justifica a detenção durante o inteiro procedimento de definição do *status*⁸⁸⁰. A detenção sob esta base somente poderia ser imposta antes e durante a entrevista preliminar⁸⁸¹. Portanto, os requerentes de asilo não podem ser detidos na pendência de procedimento de avaliação do direito de entrar no território.

10. A situação é diferente se os solicitantes de asilo se comportarem de maneira violenta, usarem documentos falsos, subornarem ou tentarem subornar autoridades públicas ou se envolverem em conduta enganosa. Dado que esses atos *mala fides* constituem um ato criminoso em si, eles poderiam justificar a acusação e a prisão de acordo com as regras gerais aplicáveis do direito penal e do processo penal. Mas o resultado do pedido de asilo não deve ser necessariamente afetado pela responsabilidade criminal do requerente de asilo por atos responsabilidade criminal do solicitante de asilo por atos cometidos no país anfitrião.
11. A detenção nem sempre é necessária quando o solicitante de asilo constitui um perigo para a segurança nacional, para a ordem pública ou para a saúde coletiva. O princípio da necessidade exige a adoção de uma série de medidas que vão desde uma medida que permita o máximo de liberdade ao indivíduo como o depósito de documentos, uma garantia financeira (uma fiança) e obrigações de comunicação, até medidas que restringem a liberdade em maior grau como controle policial ou comunitário, residências designadas, vigilância eletrônica, toques de recolher e detenção em instalações especializadas⁸⁸².

Deveriam ser preferidas alternativas menos coercitivas quando possível, mas estas não devem ser utilizadas como alternativa ao desencarceramento.

880 Relator especial, Relatório à Comissão dos direitos humanos, cit., § 17.

881 UNHCR, Diretrizes da detenção 2012, cit., § 28; e HRC, *Mr. Ali Aqasar Bakhtiyari e Mrs. Roqaiha Bakhtiyari c. Austrália*, comunicação n. 1069/2002, UN Doc. CCPR/C/79/D/1069/2002 (2003), § 9.3, *F.K.A.G. e outros c. Austrália*, UN Doc. CCPR/C/108/D/2094/2011, e *M.M.M. e outros c. Austrália*, UN Doc. CCPR/C/108/D/2136/2012 (2013), 20 de agosto de 2013, § 9.3.

882 Na Europa, veja-se o Artigo 8 (2) da diretriz 2013/33/EU do Parlamento europeu e do Conselho, cit.; Artigo 15 (1) da diretriz 2008/115/EC do Parlamento europeu e do Conselho, cit.; FRA, *Detention of Third Country Nationals*, cit., pp. 49 a 54; princípio 9.3 da Resolução PACE 1707 (2010), cit.; e princípio 6 da recomendação Rec (2003)5, cit. No tocante às Nações Unidas, veja-se a resolução da Assembleia Geral 63/184, que convida todos os Estados “a respeitar os direitos humanos e inerentes à dignidade dos migrantes e pôr fim às prisões e detenções arbitrárias e, onde necessário, renovar os períodos detentivos para evitar detenções prolongadas e, adotar, quando aplicáveis, medidas alternativas à detenção” (A/RES/63/184, 17 de março de 2009); assim como UNHCR 2014 *Beyond detention*, cit., p. 18; HRC, *A. c. Austrália*, cit., § 9.2; *C. c. Austrália*, cit., § 8.2; *Omar Sharif Baban c. Austrália*, comunicação n. 1014/2001, CCPR/C/78/D/1014/2001 (2003), 18 de setembro de 2003, § 7.2; WGAD, *Report anual 2009*, cit., § 59, 62 e 65; Relator especial, *Detention of Migrants*, cit., § 68; De Bruycker (ed.), *Alternatives to immigration and asylum detention in the EU. Time for implementation*, Odysseus Academic Network, 2015, pp. 59 a 104; Field and Edwards, *Study on Alternatives to Detention*, cit.; e Costello Kayatz, *Building Empirical research into alternatives to detention: Perceptions of asylumseekers and refugees in Toronto and Geneva*, UNHCR, 2013.

Medidas de controle alternativo podem ser aplicadas aos requerentes de asilo somente quanto, e até quando, estas são necessárias e proporcionais aos objetivos perseguidos dos escopos do procedimento de determinação do *status*⁸⁸³. Além disso, o reconhecimento legal aos requerentes de asilo do direito de receber o *status* de refugiado não muda quando deles é exigido o respeito à determinadas medidas de controle alternativas e eles não as cumprem. O direito substantivo de receber o status de refugiado, quando as condições relevantes do direito internacional forem cumpridas, não depende do cumprimento dos requisitos processuais da legislação nacional. Os solicitantes de asilo que não obtiveram êxito não têm o direito de permanecer ou se deslocar livremente no país anfitrião. Conforme declarado nas Diretrizes sobre detenção da UNCHR de 2012, “A detenção para fins de deportação pode ocorrer somente depois que o pedido de asilo tiver sido processado e rejeitado”⁸⁸⁴. Mesmo se rejeitados, os solicitantes de asilo não devem ser punidos e presos pelo simples fato de permanecerem, sem motivo válido no território do Estado anfitrião, em violação de uma ordem para deixar esse território dentro de um determinado período⁸⁸⁵. Uma vez que as suas relativas solicitações tenham sido rejeitadas em um procedimento previsto em lei, justo e individualizado, os requerentes de asilo podem ser detidos em vista de uma repatriação ao país de origem, mas a detenção deve ser ordenada somente em caso de perigo à segurança nacional, por questão de ordem pública ou de saúde coletiva. Por exemplo, a detenção do requerente de asilo rejeitada poderia ser justificada quando seja evidente o risco de fuga e nenhuma outra medida menos invasiva poderia prevenir o dito perigo⁸⁸⁶.

A situação, do ponto de vista legal, dos requerentes de asilo rejeitados muda no momento que se torna evidente que não podem ser repatriados no seu país de origem. A partir deste momento, os requerentes de asilo rejeitados readquirem o direito de permanecer e locomover-se livremente no país anfitrião e a detenção deveria terminar imediatamente. Um indivíduo que seja sujeito a um provimento de repatriação, mas que não pode ser repatriado encontra-se legalmente no território

883 Para uma panorâmica dos requisitos exigidos no procedimento de determinação do *status* veja a minha opinião anexa à sentença *Hirsi Jamaa e outros*, cit.

884 Veja as diretrizes da detenção da UNHCR de 2012, cit., § 33.

885 Vejam-se, ainda, os arts. 15 e 16 da diretriz 2008/115/EC do Parlamento europeu e do Conselho, cit., assim como a interpretação da Corte de Justiça nos casos *Hassen El Dridi Soufi Karim*, cit., § 58, e *Alexandre Achughbabian c. Préfet du Val-du-Marne*, C- 329/11, 6 de dezembro de 2011, §§ 39, 45 e 51.

886 Veja-se UNHCR, Diretrizes à detenção, 2012, cit., § 22; Relator especial, Detention of migrants, cit., § 8; Relatório à Assembleia geral, cit., §§ 90 e 92 (a).

nacional⁸⁸⁷. Os Estados não são livres para ordenar a prisão se o repatriamento da pessoa em causa falhar, especificamente em relação a uma ação hostil do requerente, uma vez que a detenção teria um carácter intrinsecamente punitivo.

12. Portanto, a mera não colaboração da parte do requerente de asilo não é motivo para afastar o pedido de asilo, nem a detenção ou a prorrogação da detenção. Os requerentes de asilo não deveriam ser, nem obrigados a colaborar, nem punidos por uma conduta não colaborativa. Ademais, os Estados têm obrigação de investigar *ex officio* e de esclarecer as circunstâncias relativas ao ingresso e à permanência irregular dos estrangeiros nos seus territórios e as exigências pessoais de proteção internacional dos migrantes quando estas são aparentes⁸⁸⁸. *A fortiori*, o encarceramento não deveria nem ser imposto, nem prorrogado, em casos de atrasos na obtenção dos documentos necessários de países terceiros, como, por exemplo, através da representação consular do país de origem do recorrente, porque isto puniria o recorrente por uma conduta de terceiros⁸⁸⁹. Por conseguinte, a falta de cooperação pelo requerente de asilo ou de terceiros não é uma justificativa para a detenção ou prorrogação da detenção.
13. É importante introduzir um importante *caveat* quanto ao supra afirmado. Qualquer forma de detenção é incompatível com a situação de vulnerabilidade das crianças, seja antes ou depois que tenha sido adotada uma decisão sobre o pedido de asilo⁸⁹⁰. Os menores não acompanhados ou separados não deveriam ser detidos nunca. Os menores acompanhados e os seus tutores primários não deveriam ser detidos nunca, ao menos que a detenção dos segundos não seja absolutamente necessária e, manter as crianças com os seus não seja o melhor interesse do menor⁸⁹¹.

887 A praxe do HRC é claramente diferente daquela da Corte (veja-se Celepli, cit., § 9.2; e Jalloh c. Países Baixos, comunicação n. 794/1998, 23 de março de 2002 (“Quando a perspectiva razoável de expulsão [do autor da comunicação] deixou de existir, foi posto termo à sua detenção”).

888 F.G. c. Suécia [GC], n. 43611/11, § 115, ECHR 2016, e em particular a opinião anexa dos juízes Ziemele, De Gaetano, Pinto de Albuquerque e Wójtyczek, e J.K. c. Suécia (GC), n. 59166/12, §§ 87 e 90, 23 de agosto de 2016.

889 Artigo 9 (1) da diretiva 2013/33/EU do Parlamento europeu e do Conselho, cit.; e GLDA, Rapporto anual 2008, cit., §§ 67 e 82.

890 Veja-se § 9.6 da resolução PACE 1637 (2008), cit.; Princípios 20 ao 23 da recomendação do Comitê dos ministros Rec(2003)5, cit.; e FRA, Detention of Third Country Nationals, cit., pp. 82 a 96.

891 Artigo 37(b) da Convenção dos direitos da infância (CRC), Relatório de 2012 da jornada geral de discussão dos direitos das crianças no contexto das migrações internacionais; Comentários gerais n. 6 (2005), The Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 de setembro de 2005, § 61; Regras 1 e 2 das Regras da ONU pela proteção dos menores privados de liberdade (1990), e Regras 17(b) e (c) das Regras mínimas pela administração da justiça juvenil (as “Regras de Pequim”) (1985); UNHCR 2014 Beyond Detention: A Global strategy, cit., pp. 17 e 18; Diretriz 9 das diretrizes da UNHCR de 2012, cit.; UNHCR 2012 Framework for the Protection of Children; UNHCR 1997 Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum; UNHCR 1994 Refugee Children: Guidelines on Protection and Care, Chapter 7; WGAD, Relatório anual 2009, cit., § 60; Relator

14. Uma vez que estejam legalmente presentes no território de um Estado-parte, os refugiados e os requerentes de asilo deveriam estar sujeitos somente àquelas limitações de liberdade de movimento ou de residência que forem impostas a outros não-cidadãos. Limitações especiais aos refugiados e aos requerentes de asilo não são permitidas do momento em que o gozo dos direitos da Convenção não é limitado aos cidadãos dos Estados parte, mas esses também devem ser disponíveis a todos os indivíduos, independentemente da nacionalidade ou de ser apátrida, como no caso dos requerentes de asilo ou dos refugiados que poderiam se encontrar em um território sujeito à jurisdição de um Estado parte⁸⁹².

A detenção dos requerentes de asilo como violação dos direitos humanos em âmbito europeu

15. Na Europa, assim como em outros lugares, a tendência à *crimigração* levou a um excessivo encarceramento dos requerentes de asilo. Infelizmente, a Corte também faliu ao resistir a esta tendência. O caso *Saadi c. Reino Unido*⁸⁹³ é, lamentavelmente, um símbolo desta tendência na jurisprudência da Corte. De acordo com esta sentença, um Estado pode encarcerar um requerente de asilo para evitar um ingresso não autorizado e para acelerar os pedidos de asilo, não sendo relevante que a detenção seja necessária para prevenir o ingresso irregular. Na visão oferecida pela Grande Câmara, as considerações de eficiência prevalecem sobre a liberdade.
16. Neste sentido, em *Saadi* a Grande Câmara evidenciou, no Artigo. 5 § 1(f), um requisito de não arbitrariedade, que deveria substituir o critério da necessidade. Para evitar de ser considerada como arbitrária, a detenção, nos moldes do Artigo 5 §1 (f), deveria ser ordenada de boa-fé; deveria ser estritamente conexa à motivação da detenção invocada pelo Governo; o lugar e as condições da detenção deveriam ser apropriados e a duração da detenção não deveria superar aquela razoavelmente requerida pelo objetivo perseguido⁸⁹⁴, mas o requisito de não arbitrariedade não prevê o mesmo grau de proteção ao critério de

especial, Regional study: management of the external borders, cit., § 92; Detention of migrants, cit., § 41; Recapitulation of main thematic issues, cit., §§ 26 a 33; e Relatório anual da XI sessão, cit., § 43; e Inter-Agency Working Group (IAWG) to End Child Immigration Detention, que lançou a Campanha Global pelo fim da detenção dos menores durante as migrações na XIX sessão do Conselho dos direitos humanos em 2012.

892 CERD, Recomendação geral n. 30, Discrimination against Non-Citizens, UN Doc. A/59/18, 10 de janeiro de 2004, § 19.

893 *Saadi*, cit.

894 *Saadi*, cit., §74

necessidade. O divórcio entra a razão da detenção e a sua necessidade passa a ser um “cheque em branco” entregue às autoridades estatais para ordenar prisões no momento que preferirem, sem avaliar as possíveis alternativas menos invasivas, moduladas à situação de cada um dos requerentes de asilo.

A alegada estreita ligação com a razão da detenção não elimina a aplicação automática da medida detentiva aos requerentes de asilo⁸⁹⁵, simplesmente, porque não requer uma análise individualizada da periculosidade do recorrente para a segurança nacional ou risco à ordem pública. A obrigação de ordenar a detenção de maneira “razoável” não leva em consideração a urgência e a necessidade de procedimentos mais rápidos ou acelerados para os requerentes de asilo detidos. A má-fé do critério de arbitrariedade piora ainda mais a situação jurídica do requerente de asilo, do momento que deixa a proteção do requerente de asilo à mercê da avaliação da Corte sobre as intenções das autoridades que o prenderam. Com exceção de alguns casos realmente residuais, as autoridades públicas estarão sempre na posição de afirmar que agiram de boa-fé ao ordenar a detenção de um requerente de asilo.

17. A Grande Câmara em *Saadi* afirmou que o critério de arbitrariedade deveria ser aplicado nos moldes da primeira parte do Artigo 5 §1 (f), no mesmo modo em que é aplicada a detenção, nos termos da segunda parte, uma vez que resultaria artificial aplicar aos casos de detenção decorrentes de ingresso irregular um teste de proporcionalidade diferente daqueles aplicados aos casos de repatriações, extradições ou expulsões. Em *Chahal*, a Grande Câmara interpretou o Artigo 5 §1(f), afirmando que este não considera que a detenção seja necessária⁸⁹⁶. Neste sentido, não existe obrigatoriedade que a detenção deva ser razoavelmente considerada como necessária para, por exemplo, evitar que a pessoa interessada cometa um crime ou fuja. A Grande Câmara também afirmou, em *Chahal*, que o princípio de proporcionalidade se aplicava, de acordo com o Artigo 5 §1(f), somente em relação ao fato de que a detenção não se prolongasse por um lapso de tempo irrazoável. Por conseguinte, afirmou-se que “qualquer privação de liberdade, com base no Artigo 5 § 1 (f), seria justificada somente durante procedimentos de expulsão em curso. Se os ditos procedimentos não fossem conduzidos

895 Veja-se, por exemplo, *Mahamed Jamaa c. Malta*, n. 10290/13, § 150, 26 de novembro de 2015, em que a detenção automática de um requerente de asilo, com duração de sete meses e duas semanas, foi considerada extremamente conexa às razões pelas quais a essa fora ordenada.

896 *Chahal*, cit., § 112.

com a devida diligência, a detenção deverá encerrar para ser lícita⁸⁹⁷. Em outras palavras, a duração da detenção não deveria superar aquela razoavelmente requerida para o fim perseguido⁸⁹⁸. Por exemplo, se a deportação já não for mais possível, a detenção deixará de ser válida, ainda que a pessoa detida não coopere para a sua repatriação⁸⁹⁹.

18. O Sr. Saadi, que apresentou pedido de asilo antes da sua detenção, foi considerado pela Corte como não estando, ainda, legalmente presente no território⁹⁰⁰. Como demonstrado anteriormente, esta interpretação contraria os princípios fundamentais do direito internacional dos refugiados e trata os requerentes de asilo como os outros migrantes. A mesma crítica é repetida pela interpretação da Corte quanto à segunda parte do Artigo. 5 §1 (f). O padrão da devida diligência é muito menos exigente em relação ao critério da necessidade. Para resumir, a atual jurisprudência da Corte relativa ao Artigo 5 §1 (f) contradiz o direito internacional dos refugiados. Esta situação é inaceitável por inúmeras razões, a primeira é, evidentemente, que os Estados não deveriam ser colocados em posição de possuir obrigações em contraste com o direito internacional, direitos humanos e dos migrantes.
19. Além disso, a interpretação estritamente orientada à eficiência do Artigo 5 §1 (f) encontra-se com uma interpretação sistemática da Convenção. O teste de necessidade é implícito, construído de modo a considerar toda interferência nos direitos da Convenção, inclusive o direito à liberdade pessoal. O princípio de necessidade é garantido nas normas fundamentais da Convenção e todos os artigos substanciais desta deveriam ser lidos neste sentido. O direito e a liberdade da Convenção podem ser derogados somente nos casos estritamente requeridos pelas circunstâncias do caso em espécie (Artigo 15). O mais importante direito humano, o direito à vida, poderia ser limitado somente quando absolutamente necessário (Artigo 2 § 2). Limites aos direitos e liberdades garantidos na Convenção devem ser necessários em uma sociedade democrática (Artigos 8-11). Uma limitação admitida pela Convenção aos seus direitos e liberdades não deveria ser aplicada para qualquer finalidade diversa daquela para as quais foram previstas explicitamente (Artigo 18), o que implica que as limitações sem uma finalidade ou

897 *Chahal*, cit., § 113.

898 *Amie e outros c. Bulgária*, n. 58149/08 § 72, 12 de fevereiro de 2013.

899 *Mikolenko*, cit., § 65, e *Louled Massoud*, cit., § 67.

900 *Saadi*, cit., § 65.

limites com finalidades diversas dos objetivos da Convenção não são necessários.

20. Ademais, a atual interpretação da Grande Câmara conflita com a finalidade geral do Artigo 5. Ao buscar uma interpretação não “muito restritiva” do Artigo 5 § 1 (f)⁹⁰¹, a Grande Câmara ignorou a natureza excepcional do mesmo Artigo 5, que determina expressamente uma interpretação restritiva. A tese da Grande Câmara, segundo a qual todos os estrangeiros que tentam entrar são passíveis de prisão, transforma o “inegável” direito dos Estados soberanos de controlar as suas fronteiras territoriais em um poder substancialmente ilimitado de prender os estrangeiros quando e por quanto quiserem, o que leva a uma intolerável diferenciação de tratamento entre os detidos, nos moldes dos diversos subparágrafos do §1 do Artigo 5 da Convenção.

21. Por fim, considerando uma praxe de longa data e consolidada na Europa e em todo o mundo, limitações ao direito à liberdade pessoal são admissíveis somente se, quando e a até quando necessárias. O princípio da necessidade e a conseqüente primazia das medidas alternativas à detenção, sem considerar a vulnerabilidade dos requerentes de asilo, foi claramente afirmada pelas instituições judiciárias, não judiciárias e autoridades das Nações Unidas (Assembleia Geral, Secretário Geral, Corte Internacional de Justiça, UNHCR, UNHCHR, WGAD, Relator especial⁹⁰²), do Conselho da Europa (PACE, o Comitê de Ministros e o CPT⁹⁰³), da União Europeia (o Parlamento europeu, do Conselho da União Europeia, da Corte de Justiça e a Agência de direitos fundamentais⁹⁰⁴), da Organização dos Estados Americanos (a Corte

901 Saadi, cit., § 65.

902 Os padrões pós Saadi estão fixados na Resolução 63/184 da Assembleia Geral, cit.; Secretariado Geral, Relatório, cit.; UNHCR 2014 Beyond Detention, cit.; as diretrizes à detenção 4.3 e 6 do UNHCR de 2012, cit., §§ 35 a 42; WGAD, Relatório anual 2008, cit., §§ 67 e 82; e Relator especial, Detention of migrants, cit., §§ 48 a 67. Pré-Saadi são as diretrizes à detenção do UNHCR de 1999, cit., p. 4 (“Detention should therefore only take place after a full consideration of all possible alternatives”); WGAD, Relatório anual 1998, cit., § 69; Relatório da visita ao Reino Unido, cit., § 33; e já C. c. *Austrália*, cit., § 8.2. L’UNHCR considera aplicável o Artigo 9 do Pacto Internacional de direitos civis e políticos a todas as privações de liberdade, incluídas aquelas de controle de imigração (Comentário geral n. 8, Right to liberty and security of persons (Article 9), 30 giugno 1982, § 1), e aplica uma vasta gama de garantias, como o princípio de necessidade aos requerentes de asilo. Veja-se também Corte Internacional de Justiça, *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guiné c. República Democrática do Congo)*, sentença de 30 de novembro de 2010, § 77.

903 Os padrões pós Saadi estão fixados no CPT Standards, CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2015, pp. 64 a 82; Visiting immigration detention centres, supra mencionados, p. 28; Diretrizes 5-7 dos Standards and guidelines in the field of human rights protection of irregular migrants do Conselho da Europa de 2011; Resolução PACE 1707 (2010), cit., § 8 e princípio 9.1.1; Recomendação PACE 1900 (2010)1, cit., § 3; Resolução PACE 1637 (2008), cit., § 9.4; e Diretriz XI.4 das Guidelines on human-rights protection in the context of accelerated asylum procedures do Comitê de ministros. Os padrões pré-Saadi estão fixados no ponto 12.4 da Resolução PACE 1509 (2006), cit.; Diretriz n. 6 das Twenty Guidelines on Forced Return do Comitê de ministros do Conselho da Europa de 2005; princípios 4 e 8 da Recomendação (Rec) (2003) 5 do Comitê de ministros, cit., e § 13 da Recomendação PACE 1547 (2002), cit. É importante destacar que a Grande Câmara in *Saadi* ignorou a Resolução PACE 1509 (2006), le Twenty Guidelines do Comitê de Ministros de 2005, e a Recomendação PACE 1547 (2002).

904 Artigo 15 da diretriz 2008/115/EC do Parlamento europeu e do Conselho, cit., assim como interpretada pela Corte de Justiça em *Hassen El Dridi Soufi Karim*, cit., §§ 37 a 39; e FRA, Handbook, supracitado, pp. 141 a 178, Criminalisation of migrants,

Interamericana de direitos humanos e da Comissão Interamericana de direitos humanos⁹⁰⁵), assim como das organizações legais e religiosas conhecidas em nível global como a Organização internacional de migrações⁹⁰⁶, a Coalizão Internacional sobre a detenção⁹⁰⁷, a Comissão Internacional de Juristas⁹⁰⁸, Amnesty International⁹⁰⁹, o Serviço dos Jesuítas europeus pelos refugiados⁹¹⁰ e o Serviço Luterano pela imigração e refugiados⁹¹¹.

22. Para resumir, levando em consideração os padrões definidos por estas instituições e autoridades, o princípio da necessidade se satisfaz somente quando presentes cumulativamente as seguintes condições:
 1. Um elenco formulado, claramente, de razões individuais para ordenar a detenção ou medidas alternativas à detenção, por exemplo, perigo à segurança nacional, à ordem pública ou à saúde coletiva;
 2. A exigência de que a detenção possa ser ordenada com base em uma avaliação pessoal da periculosidade do recorrente, quando seja necessária para atingir estes objetivos e nenhuma outra medida menos invasiva seja disponível;
 3. Deve existir uma gradação de medidas alternativas à detenção, desde o recolhimento de documentos ao toque de recolher doméstico;
 4. Devem ser fixados, taxativamente, limites de tempo máximo para a detenção e para as medidas alternativas à detenção antes do registro do pedido de asilo, durante o procedimento de asilo e durante o procedimento de expulsão (seguido da decisão de rejeição do pedido de asilo);

cit., e Detention of third-country nationals, cit., pp. 21 a 38.

- 905 Em *Vélez Loor c. Panamá (exceção preliminar, mérito e reparação)*, sentença de 23 de novembro de 2010, § 171, a Corte Interamericana de direitos do homem estabeleceu que “aquelas políticas migratórias cujo objetivo central é a detenção obrigatória de migrantes irregulares, sem dispor que as autoridades competentes verifiquem em cada caso particular e com base em uma avaliação individual a possibilidade de recorrer a medidas menos restritivas para perseguir a mesma finalidade, são arbitrárias”. Na mesma esteira, *Pacheco Tineo Family c. Bolívia (exceção preliminar, mérito, reparação e custos)*, sentença de 25 de novembro de 2013, § 131. Afastada pela aprovação da diretiva da UE sobre repatriação, a solução da Comissão Interamericana de direitos humanos já tinha afirmado que “os padrões internacionais estabelecem que a detenção deve ser aplicada somente como medida excepcional e depois da análise quanto a necessidade em cada um dos casos”.
- 906 Organização internacional de migrações, Information note on international standards on immigration detention and non-custodial measures, 2011.
- 907 Coalizão Internacional sobre a detenção, There are alternatives, A Handbook for preventing unnecessary immigration detention (revised edition), 2011.
- 908 9 Comissão Internacional de Juristas, Migration and International Human Rights Law, Updated version, Geneva, 2014, pp. 175 a 225
- 909 Migration-Related Detention: A research guide on human rights standards relevant to the detention of migrants, asylum-seekers and refugees, 2007.
- 910 Serviço dos Jesuítas europeus pelos refugiados, Becoming Vulnerable, cit., pp. 14 a 15
- 911 Serviço luterano pela imigração e refugiados, Locking Up Family Values, Again, 2014, e Unlocking Liberty: A New Way Forward for U.S. Immigration Detention Policy, 2012.

5. O requisito de que qualquer período de detenção ou prisão domiciliar anterior ao registro do pedido de asilo e durante o procedimento seja descontado do período de detenção ou prisão domiciliar para fins de repatriação;
 6. O requisito de que, quando não subsistam mais as relativas causas, a detenção e as medidas alternativas à detenção cessem imediatamente e;
 7. Um procedimento célere para os requerentes de asilo detidos ou em prisão domiciliar.
24. O teste de necessidade não deve ser confundido com o teste de proporcionalidade⁹¹². O primeiro avalia se a ingerência no direito à liberdade prossegue de forma adequada a uma “exigência social” (como, por exemplo, a proteção da ordem pública, da segurança nacional e da saúde coletiva) e alcance nada mais do que o necessário para garanti-la⁹¹³. Para alcançar o objetivo da limitação mínima do direito à liberdade pessoal, deveria ser dada prioridade às medidas menos invasivas, questionando se existe uma medida igualmente efetiva, mas menos restritiva para atingir a mesma necessidade coletiva. O teste de proporcionalidade avalia se foi alcançado um justo balanceamento entre o direito à liberdade pessoal em discussão e os interesses jurídicos de proteção da ordem pública, da segurança nacional e da saúde coletiva, assegurando-se que a essência (ou o nível mínimo) do direito à liberdade pessoal seja respeitado⁹¹⁴.

A separação das Câmaras a partir de Saadi

25. Em *A e outros c. Reino Unido*⁹¹⁵, a Grande Câmara estendeu a aplicabilidade do critério de arbitrariedade de *Saadi* à segunda parte do Artigo 5 §1 (f). O oitavo e o nono recorrentes foram reconhecidos como refugiados enquanto o quinto, o décimo e o décimo primeiro recorrentes tiveram seus pedidos de asilo rejeitados. Esses fatos constam em uma pequena parte na decisão da Corte, já que esta preferiu afrontar o caso com uma outra perspectiva: “A Corte não aceita a conclusão do Governo segundo a qual o Artigo 5 §1 permite uma ponderação entre

912 Diretriz 4.2 da UNHCR de 2012, cit.

913 O teste de adequação avalia a existência de uma “conexão lógica” entre a ingerência e a necessidade social, estabelecendo uma relação instrumental plausível entre eles, assim como afirmado pela Corte em *Ashingdane c. Reino Unido*, 28 de maio de 1985, § 57, Series A n. 93.

914 Sobre a proteção da “essência” ou do nível mínimo, veja *Ashingdane*, cit.

915 *A e outros c. Reino Unido* (GC), n. 3455/05, § 164, ECHR 2009.

o direito à liberdade do indivíduo e o interesse do Estado em proteger a sua população da ameaça terrorista. Esta motivação é inconsistente não só pela jurisprudência da Corte, nos moldes do subparágrafo (f), mas também pelos princípios que os subparágrafos (a) ao (f) preveem numa lista exaustiva de exceções, em que só uma interpretação restritiva é compatível com o objeto do artigo. Se a detenção não é adequada aos padrões dos subparágrafos como interpretados pela Corte, não pode ser considerada como adequada apelando-se à necessidade de ponderar os interesses do Estado com aqueles dos detentos”⁹¹⁶. De maneira contraditória, a Grande Câmara adotou uma interpretação restritiva do Artigo 5 § 1(f), mas ao mesmo tempo admitiu a aplicabilidade da interpretação “não muito restritiva” de *Saadi* na segunda parte do Artigo 5 § 1 (f), *mutatis mutandis*, ao final do § 164.

26. Em outras palavras, *A e outros* atualizou *Chahal* à luz de *Saadi*. Ambas as partes do Artigo 5 § 1 (f) da Convenção foram submetidas ao mesmo critério interpretativo errôneo. *Saadi* não só confunde o teste de necessidade e de proporcionalidade, mas pior, ainda limita o teste de proporcionalidade a um mero teste de arbitrariedade. A interpretação da Grande Câmara da primeira parte do Artigo 5 § 1 (f) não faz justiça à situação particular do requerente de asilo e, ainda menos, àquela dos refugiados reconhecidos. À luz de *A. e outros*, o mesmo se poderia dizer desta interpretação da segunda parte.
27. Surpreendentemente, algumas Câmaras da Corte não consideraram esta conclusão que se tornou uma revolta silenciosa, mas crescente, contra *Saadi* e os seus efeitos em *Chahal*. Em uma sucessão de casos, diversas Câmaras da Corte concluíram que a detenção dos requerentes de asilo e, em geral, dos migrantes, viola o Artigo. 5 § 1 (f) quando esta vem aplicada automaticamente e nenhuma outra medida menos drástica é levada em consideração. Em *Louled Massoud*, que se trata de um caso de detenção que durou mais de dezoito meses depois da definição do pedido de asilo do recorrente, a Corte observou como seria “difícil imaginar que uma ilha pequena como Malta, onde é improvável escapar pelo mar sem colocar a própria vida em perigo e a partida de avião se sujeita a controles estreitos, as autoridades tivessem à disposição medidas diversas da prolongada detenção do recorrente para garantir sua eventual repatriação, na ausência de qualquer prospectiva imediata da

916 *A. e outros*, cit., § 171.

sua expulsão⁹¹⁷”. Em *Suso Musa*, a Câmara citou uma passagem da Recomendação Rec (2003)5 do Comitê de Ministros referente à “escrupulosa análise das suas necessidades em cada um dos casos singulares”, a fim de concluir que este tinha “reserva acerca da boa-fé do Governo na aplicação de uma política de detenção para quem atravessa a fronteira (com exceção de algumas categorias vulneráveis específicas) com duração máxima de dezoito meses”⁹¹⁸. Estranhamente, o princípio da necessidade entra em jogo, implicitamente, na valoração da boa-fé do Governo e, a Corte concluiu que a detenção do recorrente até a data da decisão sobre o seu pedido de asilo não era compatível com a primeira parte do Artigo 5 § 1 (f)⁹¹⁹.

In *Rahimi*, um caso relativo à detenção de um menor não acompanhado em espera de expulsão, que tinha apresentado pedido de asilo político, a Câmara criticou as autoridades nacionais porque “não procuraram estabelecer se a alocação do recorrente no centro de detenção de Pagani tenha sido uma medida de *extrema ratio* ou se uma outra medida menos drástica poderia ter bastado para assegurar a sua repatriação”⁹²⁰. Em *Raza*, um caso relativo à detenção de um adulto em espera de expulsão, a Corte afirmou que “também deveria ser levado em consideração que depois da sua soltura em 15 de julho de 2008, o Sr. Raza foi submetido à obrigação de se apresentar na delegacia de polícia local em intervalos de tempo regulares...”. Isso demonstra como as autoridades tinham à disposição medidas diversas da detenção prolongada do recorrente para assegurar a execução da sua ordem de expulsão⁹²¹. Em *Mikolenko*, um outro caso relativo à detenção de um adulto em espera de expulsão, a Corte concluiu que as razões que embasaram a detenção do recorrente, ordenada com a finalidade de expulsão, não continuaram válidas por todo o período da sua detenção, uma vez que as autoridades da Estônia tinham à disposição medidas diversas da detenção prolongada do recorrente no centro de expulsão, a partir do momento em que, depois da sua soltura foi obrigado a apresentar-se às autoridades em intervalos de tempo regulares⁹²².

28. O papel fundamental do princípio de necessidade foi explicitamente reconhecido pela Câmara, com a aplicação da segunda parte do Artigo

917 *Louled Massoud*, cit., § 68

918 *Suso Musa*, cit., § 100.

919 *Suso Musa*, cit., § 103

920 *Rahimi*, cit., § 109, tradução não oficial.

921 *Raza*, cit., § 74.

922 *Mikolenko*, cit., § 67

5 § 1 (f) da Convenção nos casos de detenção dos requerentes de asilo rejeitados em *Louled Massoud e Rahimi* e, em geral, dos migrantes em *Raza e Mikolenko* e, a *fortiori*, deveria também ser afirmado com a aplicação da sua primeira parte, quando o requerente de asilo foi detido em pendência de procedimento de avaliação de asilo, como ocorrido em *Suso Musa*. É aqui que a Grande Câmara repensou a infeliz abordagem de *Saadi*, à luz do direito internacional dos refugiados e dos direitos humanos e afirmou, inequivocamente, como fez a Câmara no caso presente⁹²³ e outras Câmaras fizeram em precedência, que a detenção dos requerentes de asilo seja, em linhas gerais, uma medida de *extrema ratio* e possa ser aplicada quando não esteja disponível outras medidas alternativas menos invasivas.

29. Além disso, assim como em *N. c. Reino Unido*⁹²⁴, a lógica estritamente utilitarista e orientada à eficiência de *Saadi* é profundamente desumana, concebendo a detenção como um “benefício para os requerentes de asilo” e para “aqueles que vão aumentar a fila”⁹²⁵. Esta lógica é profundamente radicada em algumas zonas: pode-se recordar, por exemplo, do chocante slogan “No Reino Unido ilegalmente? Volta para casa ou arrisque ser preso”⁹²⁶. Tratar os requerentes de asilo como criminosos que esperam uma ocasião para criar caos no solo europeu e, por isso, deveriam ser presos em prol da segurança coletiva e, em geral, pintar os migrantes como uma ameaça não branca, não cristã à sociedade europeia, como um “veneno” letal, demonstra que a Europa não aprendeu ainda a lição das duas guerras mundiais e as muitas outras que se seguiram durante o século vinte⁹²⁷. A praga das pessoas que fogem da guerra, de outras formas de bestialidade e de tratamentos desumanos ainda não é suficiente para tocar a consciência dos europeus.

A situação maltesa

30. Os recorrentes denunciam as suas detenções depois de apresentar pedido de asilo. Em Malta, qualquer migrante rejeitado e sujeito ao pro-

923 Veja-se o § 146 da sentença. A sentença se refere, *mutatis mutandis*, o § 119 de *Popov c. Francia*, n. 39472/07 e 39474/07, § 119, 19 de janeiro de 2012, o qual se refere, por sua vez, a *Muskhadzhiyeva e outros*, cit.

924 *N. c. Reino Unido*, n. 26565/05, 27 de maio de 2008. Para uma análise desta sentença, veja-se a minha opinião anexa a *S.J. c. Bélgica* [GC], n. 70055/10, 19 de março de 2015.

925 *Saadi*, cit., § 77.

926 Essa era a mensagem de uma campanha em Londres, 2013, que causou tumultos na sociedade e nas mídias (veja-se, por exemplo, *The Guardian*, 8 de setembro de 2013 e 31 de outubro de 2013).

927 Veja-se: *The Guardian*, 27 de julho de 2016, referente a uma declaração do primeiro ministro europeu, o qual afirmou que “every single migrant poses a public security and terror risk” e “For us migration is not a solution but a problem ... not medicine but a poison, we don't need it and won't swallow it”

cedimento de expulsão dever ser detido até a sua saída de Malta⁹²⁸. A detenção dos migrantes sem documentos é a regra e não a exceção⁹²⁹. A aplicação da lei é cega e não é realizada levando-se em consideração as circunstâncias caso a caso. A privação da liberdade não é uma medida de *extrema ratio*, mas a única medida.

Outrossim, um migrante irregular tem o direito de apresentar pedido de reconhecimento do *status* de refugiado com recurso ao Comissário de refugiados em até dois meses após a sua chegada. Enquanto o requerimento está sob análise, de acordo com a disciplina maltesa, o requerente de asilo restará detido por um período longo de até dezoito meses, que pode ser renovado, se, depois da rejeição do pedido, ele ou ela se recusam a cooperar com as respectivas repatriações⁹³⁰.

31. Um período de 18 meses é, por si só, contrário ao caráter excepcional da detenção, nos moldes do Artigo 5 §1 (f), posto que nenhum procedimento de expulsão, que dura tanto assim, pode ser respeitoso quanto às devidas diligências. Se fossem necessárias outras provas acerca da natureza excessiva do regime jurídico maltês, a extensão temporal da detenção, com possibilidade de prorrogação sem limites no caso dos requerentes de asilo rejeitados, não cooperativos, demonstra o pior lado do regime maltês. Chegou o momento para o legislador maltês de repensar o regime da detenção ligada à migração, entre outras coisas, liberando-se do infame Artigo. 14 (2) do Capítulo 217 das leis de Malta⁹³¹.

32. Os recorrentes menores de dezesseis e dezessete anos de idade, respectivamente, quando chegaram em Malta, foram objeto de uma detenção ordinária por parte das autoridades competentes pela gestão dos migrantes. Nem sequer a política genérica do governo sobre os migrantes irregulares “vulneráveis” conseguiu ajudá-los. Entrando em Malta como migrante irregular, todo prognóstico foi desfavorável a eles. Foram colocados em detenção no centro de *Safi Barracks*. A situa-

928 A mais recente avaliação externa da situação de Malta foi produzida no relatório do Relator especial A/HRC/29/36/Add.3 de 12 de maio de 2015, § 70: “As autoridades de imigração de Malta adotam sistematicamente providimentos de expulsão em relação a todos os migrantes irregulares. Os providimentos de expulsão se referem tipicamente à falta de meios de subsistência ou no ingresso irregular. Os migrantes irregulares não são, em regra, informados sobre os motivos que embasam o provimento de expulsão e não lhes é dada oportunidade de apresentar informações, documentos e/ou outras provas para sustentar um pedido de para um período de partida voluntária. São, portanto, mantidos em detenção por um período máximo de dezoito meses até que não os seja reconhecido o *status* de proteção ou não devam ser expulsos de Malta”. Veja-se, ainda, o relatório anterior mencionado nos §§ 45 a 57 da sentença.

929 Art. 14(2) do capítulo 217 das leis de Malta.

930 *Aden Ahmed c. Malta*, n. 55352/12, § 33, 23 de julho de 2013.

931 Já em *Suso Musa*, cit., § 99, a Corte requereu um esclarecimento sobre o quadro legislativo maltês. A Assembleia parlamentar também requereu, pelo menos desde 2008, a reforma da “política de sistemáticos e excessivos períodos de detenção” malteses (Resolução PACE 1637 (2008), cit., § 9.4). Nenhum dos dois requerimentos foram considerados.

ção deles não era diferente daquela de milhares de outros migrantes em Malta, na medida em que a jovem idade, no caso deles, foi só um agravante. Este é o primeiro caso em que a Corte afirmou que as condições de detenção no já citado centro de detenção violam o Artigo 3. Como em *Suso Musa*, a Corte também sustentou que a própria detenção teria violado o Artigo 5, mas a importante novidade do presente caso é que a Corte, explicitamente, aplicou o teste de necessidade à interpretação do Artigo 5 § 1 (f), coisa que não fez em *Suso Musa*. Este é o valor alcançado no presente caso.

Conclusão

33. O Governo maltês tem direito de requerer que o presente caso seja levado à Grande Câmara. E têm uma boa razão para fazê-lo, uma vez que a presente sentença, aparentemente, contraria a conclusão de *Saadi*. Neste sentido, seguindo os passos de outros casos no passado, este caso foi decidido, expressamente, com base no princípio de necessidade⁹³², afastado em *Saadi*. A Assembleia Geral das Nações Unidas, o Secretário Geral, a Corte Internacional de Justiça, o Comitê das Nações Unidas pelos direitos humanos, o Alto Comissário das Nações Unidas para os refugiados, o Alto Comissário das Nações Unidas pelos direitos humanos, o Grupo de trabalho sobre a detenção arbitrária, o Relator especial pelos direitos humanos dos imigrantes, a Assembleia parlamentar e o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, o Comitê pela prevenção da tortura, o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia, a Corte de Justiça da União Europeia e a Agência de direitos fundamentais, a Corte interamericana de direitos humanos e a Comissão interamericana de direitos humanos recusaram a conclusão totalmente absurda de *Saadi*. As Câmaras da Corte também iniciaram uma revolta silenciosa contra tal abordagem. Um provimento de expulsão motivado por uma única razão de conveniência burocrática do Estado que equipara as pessoas atingidas a bens móveis. A interpretação do Artigo 5 § 1 (f) da Convenção pela Grande Câmara deveria ser analisada a fim de dar coerência às confusas jurisprudências da Corte e alinhá-las com o direito internacional dos direitos humanos e dos refugiados. A Corte não pode continuar surda às exigências globais de que a jurisprudência *Saadi* seja superada.

932 Veja-se o §146 da presente sentença.

3. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS – SEÇÃO IV – M. A, E OUTROS C. LITUÂNIA – RECURSO N. 59793/17 – SENTENÇA DE 11 DE DEZEMBRO DE 2018

O caso: Os recorrentes são sete cidadãos russos (M.A, sua esposa e seus cinco filhos) que viviam em Chechênia. Em 2017, depois de um episódio de tortura sofrido por M.A. por parte dos serviços de segurança russos, os recorrentes decidiram abandonar a República Chechena e atravessar a Bielorrússia, com o objetivo de chegar na Polônia. Todavia, ao chegarem na fronteira com a Lituânia, as autoridades lituanas tinham bloqueado, por pelo menos três vezes, a sua entrada, rejeitando o pedido de asilo, empurrando-os de volta no território bielorrusso. Os recorrentes decidiram recorrer à Corte Europeia, alegando a violação dos Artigos 3 e 13 da Convenção. Em particular, M.A. e a sua família consideravam que o comportamento das autoridades lituanas os expôs a risco de tratamento desumano e degradante na Bielorrússia, não sendo este último um “*safe place*”. O Governo lituano contestou o fato de que M.A. e a sua família teriam efetivamente apresentado um pedido de asilo as autoridades competentes. Com a sentença de 11 de dezembro de 2018, a Corte condenou a Lituânia por violação dos Artigos 3 e 13 da Convenção. Na opinião dos juízes, o fato de que os recorrentes tivessem chegado na fronteira com a Lituânia, mostrando o documento de identidade e declarando que não estavam em posse de visto e/ou permissões de estadia, demonstrava a intenção de buscar asilo na Lituânia, não obstante não tivessem conseguido introduzir um pedido formal de asilo na forma escrita. Em conclusão, segundo a Corte, a escolha das autoridades de fronteira em devolver os recorrentes foi arbitrária e os expôs ao risco de tratamento desumano e degradante na Bielorrússia, contrastando com os Artigos 3 e 13 da Convenção.

Palavras-chave: jurisdição dos Estados contratantes – direito dos refugiados – princípio do *non-refoulement* – direito de acesso aos procedimentos de proteção internacional – proteção dos requerentes de asilo nas zonas fronteiriças – rejeição e afastamento da admissão – aplicação extraterritorial das obrigações convencionadas – vedação à expulsão coletiva – exame individual das posições individuais.

Notas aos comentários: Elena Valentini – Carlo Gialdino e Francesco Battaglia

Opinião concorrente do juiz Pinto de Albuquerque

1. Não existe questão mais polêmica na política europeia hodierna que a repatriação de migrantes nas fronteiras territoriais ou em zonas de trânsito e da consequente responsabilidade do Estado pelas violações dos direitos humanos cometidas durante as operações em matéria de

imigração e de controle de fronteiras⁹³³. Até agora, a Corte europeia de direitos humanos (“a Corte”) continuou fiel ao seu papel de guardadora dos direitos da Convenção a este respeito e, a presente sentença possui o mérito de reforçar tal papel em um caso concernente a vedação coletiva de acesso ao território do Estado lituano, às suas fronteiras terrestres, em relação a uma família de sete pessoas de nacionalidade russa. Por conseguinte, concordo com a maioria sobre o fato de que tenha ocorrido uma violação do Artigo 3 da Convenção europeia de direitos do homem (“a Convenção”), causada pela recusa de ingresso sem um exame da situação individual dos recorrentes e, esta recusa foi traduzida como um risco real de repatriação na Chechênia e de maus tratos, assim como do Artigo 13, por efeito da ausência de um remédio efetivo, especificamente, um remédio dotado de efeito suspensivo automático.

2. Contudo, gostaria de colher esta oportunidade para integrar a reflexão já exposta nas minhas opiniões concordantes em *Hirsi Jamaa e outros c. Itália*⁹³⁴ e *De Souza Ribeiro c. França*⁹³⁵, em consideração dos atuais ataques a tal jurisprudência conduzidos por alguns Governos e partidos políticos. Com essa finalidade, centrar-me-ei no exercício da jurisdição por parte do Estado demandado em relação às próprias fronteiras territoriais e na obrigação de proteção dos direitos sancionados na Convenção daqueles requerentes de asilo que recaem sob sua jurisdição e, em particular, dos seus direitos de acesso aos procedimentos de proteção internacional.

Jurisdição em matéria de fronteiras territoriais nos termos da Convenção

3. É da jurisprudência da Corte que emerge, como o exercício da jurisdição seja a *condicio sine qua non*, a fim de poder acionar a responsabilidade do Estado⁹³⁶. Em *Hirsi Jamaa e outros*, a Corte repetiu que “Uma vez que o Estado, através dos seus órgãos (...), exercita controle e autoridade sobre um indivíduo e, então, jurisdição, o Estado é obri-

933 Ao final desta opinião, as noções de “*refoulement*”, “refugiado” e “requerente de asilo” devem ser entendidas na acepção fornecida na minha opinião sobre o caso *Hirsi Jamaa e outros c. Itália*, n. 27765/09 [GC], 23 de fevereiro de 2012.

934 *Hirsi Jamaa e outros*, cit. Sobre o caso *Hirsi* veja-se, entre outros, Papastavridis, *European Convention on Human Rights and the Law of the Sea: The Strasbourg Court in Unchartered Waters?*, a cura di Fitzmaurice and Merkouris, *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights: Legal and Practical Implications*, Leiden: Brill, 2013; Giuffrè, *Watered-Down Rights on the High Seas: Hirsi Jamaa and Others v Italy*, (2012) 61 *International and Comparative Law Quarterly* 728; e Moreno-Lax, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?*, (2012) *Human Rights Law Review* 574.

935 *De Souza Ribeiro c. França* [GC], n. 22689/07, 13 de dezembro de 2012.

936 Veja-se, por exemplo, *Al Skeini e outros c. Reino Unido*, n. 55721/07, § 130, 7 de julho de 2011.

gado, em virtude do Artigo 1, a assegurar àquele indivíduo os direitos e as liberdades enunciadas no título I da Convenção, relevantes para a situação daquele indivíduo”⁹³⁷. A Corte concluiu que, no período intercorrente entre o embarque no navio das forças armadas italianas e a entrega às autoridades líbias, os recorrentes estavam sob o controle contínuo e exclusivo, *de jure e de facto*, das autoridades italianas. Especificamente, a Corte considerou que a Itália, na verdade, não poderia contornar a sua própria jurisdição, nos termos da Convenção, qualificando os eventos em questão como “operações de salvamento em águas internacionais”⁹³⁸. Para ser mais claro, a jurisprudência em *Hirsi Jamaa e outros*, segundo a qual o Artigo 4 do Protocolo n. 4 não é limitado às expulsões territoriais, mas inclui também expulsões extraterritoriais de migrantes, visa colmar qualquer lacuna na proteção: de acordo com a Corte, não há “área fora do direito em que os indivíduos não sejam sujeitos a algum regime jurídico que possa conceder-lhes o gozo dos direitos e garantias protegidas pela Convenção, que os Estados se empenharam a assegurar às pessoas colocadas sob sua jurisdição”⁹³⁹.

4. Se a devolução dos estrangeiros em águas internacionais, nas circunstâncias de *Hirsi Jamaa e outros*, constitui exercício da jurisdição, *a fortiori*, também a não admissão ou a recusa dos migrantes nas fronteiras territoriais constituem um exercício de tal jurisdição. Em outras palavras, a Convenção e seus Protocolos se aplicam aos migrantes que tenham (legitimamente ou ilegitimamente) atravessado a fronteira, posto que a jurisdição territorial subsiste mesmo a partir de tais fronteiras e, não existem limitações ou renúncia à jurisdição de um Estado que dependa de qualquer fronteira física.

Qualquer outra interpretação que limite a jurisdição, visando afastar artificialmente as fronteiras na direção interna, criando uma lacuna na proteção, violaria a obrigação de interpretar de boa-fé a Convenção e os seus Protocolos adicionais, conforme os seus objetos e escopos e em respeito ao princípio da efetividade⁹⁴⁰. Como já argumentei em outras ocasiões, o “corte” de parte do território de um Estado da zona

937 *Hirsi Jamaa e outros*, cit., § 74. A Corte interamericana de direitos humanos adotou uma abordagem semelhante. Veja-se, por exemplo, IACrTHR, 16 de fevereiro de 2017, *Favela Nova Brasília c. Brasil*, série C n. 333 § 174; IACrTHR, 29 de julho de 1988, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Série C n. 4, § 164.

938 É muito significativo que em *Shariff e outros c. Itália*, n. 16643/09, 21 de outubro de 2014, o Governo italiano não tenha sequer levantado a questão de jurisdição.

939 *Hirsi Jamaa e outros*, cit., § 178. Este não é um problema novo para a Corte. Em *Sargsyan c. Azerbaijão* [GC], n. 40167/06, § 148, 16 de junho de 2015, a Corte reconheceu a jurisdição do Estado demandado em uma área de disputada militar, “levando em consideração a necessidade de evitar um vazio na proteção como oferecida pela Convenção”.

940 *Hirsi Jamaa e outros*, cit., § 179.

de imigração, a fim de excluir a aplicação das garantias legais gerais daqueles que alcançam a parte “cortada” do território, representa uma manifesta evasão das obrigações internacionais a cargo do Estado⁹⁴¹. Isto era exatamente a questão que aparece, novamente, em *N.D. e N. T. c. Espanha*⁹⁴².

5. Em *N.D. e N. T. c. Espanha*, a Corte, corretamente, seguiu o binário da jurisprudência de *Hirsi Jamaa e outros*, evidenciando que “quando existe um controle sobre os outros, este é um controle *de jure* exercido pelo Estado em questão sobre os indivíduos interessados (...), o que equivale a dizer, que existe um controle efetivo por parte das autoridades daquele Estado, quer essas autoridades se encontrem dentro do território do Estado, quer se encontrem nas suas fronteiras terrestres”⁹⁴³. Por tais razões, a Corte rejeitou claramente a tese do Governo, segundo a qual, mesmo supondo que “a delimitação da fronteira estivesse dentro dos limites terrestres espanhóis”, as ações das autoridades executivas consistentes na apreensão, algemagem e repulsão para o Marrocos dos recorrentes não entravam na jurisdição espanhola, conforme Artigo 4 do Protocolo n. 4⁹⁴⁴. O ponto central para a Corte foi aquele que a jurisdição espanhola se estende ainda aos terrenos situados entre as cercas do posto fronteiriço de Melilla e não apenas para além das estruturas de proteção deste posto. Do momento em que os recorrentes ultrapassaram os limites fronteiriços, estes passaram ao controle contínuo e exclusivo, pelo menos *de facto*, das autoridades espanholas⁹⁴⁵. Isto confirma a minha opinião pela qual “os controles de imigração e de fronteira são funções primárias de um Estado e todas as suas formas de tal controle entram no exercício da jurisdição de tal Estado”⁹⁴⁶.

Jurisdição em matéria de fronteiras terrestres de acordo com o direito internacional dos refugiados

6. O reconhecimento do exercício da jurisdição pelo Estado nas fronteiras é muito mais importante, na medida em que torna possível levar em consideração, plenamente, a relação entre direitos humanos e direi-

941 Veja-se a minha opinião em *Hirsi Jamaa e outros*, cit.

942 *N.D. e N.T. c. Espanha*, n. 8675/15 e n. 8697/15, 3 de outubro de 2017.

943 *N.D. e N.T. c. Espanha*, cit., § 54.

944 *.D. e N.T. c. Espanha*, cit., § 52.

945 Esta posição está em conformidade com o parecer consultivo da CIG de 9 de julho de 2004, “Consequências jurídicas derivantes da construção de Muro nos Territórios palestinos ocupados”, ICJ Reports 2004 o qual não considera as partes do muro construídas por Israel dentro do seu território, de modo que, implicitamente, reconhece-o como matéria interna do Estado de Israel.

946 Veja-se a minha opinião concorrente em *Hirsi Jamaa e outros c. Itália* [GC], cit.

to dos refugiados⁹⁴⁷ e, mais precisamente, para assegurar o respeito ao princípio do *non-refoulement*⁹⁴⁸ que constitui o “fundamento da proteção internacional dos refugiados”⁹⁴⁹.

7. Com efeito, a definição de terminologia francesa *refoulement*, assim como adotada por Gérard Cornu – o qual o descreve como uma “*mé- sure par laquelle un État interdit le franchissement de sa frontière à un étranger qui sollicite l'accès à son territoire*”⁹⁵⁰ – assim como por Denis Alland e Catherine Teitgen-Colly – segundo os quais esta noção significaria tanto “*l'éloignement du territoire*” quanto “*la non-admission à l'entrée*”⁹⁵¹ – justifica a inclusão dos controles fronteiriços no âmbito de jurisdição dos Estados parte⁹⁵². Além disso, o princípio do *non-refoulement* seria puramente fictício se o Estado pudesse prevenir sua aplicação através de políticas de *push-back*, de não admissão ou de repulsão às fronteiras⁹⁵³. Neste sentido, o Comitê executivo da UNHCR enfatizou, claramente, a “fundamental importância da observância do princípio de *non-refoulement* – seja nas fronteiras, seja dentro do território de um Estado – de pessoas que poderiam ser sujeitas à perseguição se repatriadas no próprio país de origem, independentemente do fato que sejam a eles formalmente reconhecido ou não o *status* de refugiado”⁹⁵⁴. Este princípio de direito internacional dos refugiados é igualmente sancionado pelo direito da União Europeia⁹⁵⁵ e reconhecido pela As-

947 Sobre isso, o Comitê ONU sobre os direitos da criança afirma que “na avaliação dos pedidos dos refugiados (...), os Estados devem considerar o desenvolvimento e a realização formativa entre a legislação internacional sobre os direitos humanos e o direito dos refugiados, incluindo as posições desenvolvidas pela UNHCR no exercício das próprias funções de supervisão segundo a Convenção relativa ao *status* dos refugiados em 1951” (25 de janeiro de 2018, *I.A.M. c. Dinamarca*, n. 3/2016, § 11.3).

948 A respeito do princípio do *non-refoulement*, veja-se o Artigo 33 da Convenção relativo ao *status* dos refugiados de 1951.

949 UNHCR, 26 de janeiro de 2007, Parecer consultivo sobre a aplicação extraterritorial das obrigações de *non-refoulement* derivadas da Convenção relativas ao *status* dos refugiados de 1951 e do seu Protocolo de 1967, p. 2, parte I) A) 1) i) 5)

950 *Dictionnaire juridique*, Gérard Cornu. – 11^a ed. – Paris Quadrige/PUF, 2016, p. 877

951 *Traité du droit de l'asile*, Alland e Teitgen-Colly. – Paris: Lgdj, 2002, p. 229.

952 Sobre isto, veja-se Lauterpacht and Bethlehem, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion, in Refugee Protection in International Law* – UNHCR, Consulta global sobre a proteção internacional, Cambridge, 2003, 97-149, sp. p. 111: “Daqui resulta que o princípio de *non-refoulement* se aplica à conduta dos agentes estatais ou daqueles que agem por conta do Estado onde quer que este de encontrem, ainda que para além do território nacional do Estado em questão, nos postos fronteiriços ou noutros pontos de entrada, em zonas internacionais ou pontos de trânsito, etc.”. Veja-se também o Comentário sobre o Projeto de artigos sobre a expulsão dos estrangeiros (2014), adotado pela Comissão de direito internacional na sua sexagésima sessão, em 2014, e enviada à Assembleia Geral como parte do Relatório da Comissão que compreende os trabalhos daquela sessão (A/69/10), Artigo 2 (5).

953 Sobre isso, veja-se como exemplo o Artigo 3.1 da Declaração das Nações Unidas sobre o asilo territorial, G.A. res. 2312 (XXII), 22 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 81, U.N. Doc. A/6716 (1967): “Nenhuma pessoa indicada no art. 1, parágrafo 1, será sujeita a medidas que repulsem à fronteira ou, se já, dentro do território no qual busca asilo, a expulsão ou a repatriação forçada, naqueles Estados onde poderiam ser perseguidas”.

954 UNHCR, Comitê executivo, 12 de outubro de 1977, *Non-refoulement*, No.6 (XXVIII)- 1977 (c); veja-se também: UNHCR, Comitê executivo, 23 de agosto de 1977, Nota sobre o *Non-Refoulement*, EC/SCP/2.

955 Uma leitura combinada dos Artigos. 2(2)(a), 4(4) e 5 da Diretriz 2008/115/CE do Parlamento europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, referente a normas e procedimentos comuns aplicáveis nos Estados membros na repatriação dos cidadãos de países terceiros, com estadia irregular demonstra, de fato, que o princípio do *non-refoulement* se aplica no caso de recusa de ingresso. No mesmo sentido, veja-se, a relação da FRA de dezembro de 2016, sobre “lo scopo del principio di *non-refoulement* nella gestione contemporanea delle frontiere: aree legali in evoluzione”, online: <http://fra.europa.eu/en/publication/2016/scope-principle-non-refoulement-temporary-border-management-evolving-areas-law>, 15-16 e 38-39.

sembleia Parlamentar⁹⁵⁶, pelo Comitê dos Ministros⁹⁵⁷ do Conselho da Europa e pela Comissão interamericana de direitos humanos⁹⁵⁸.

8. No seu “Relatório sobre a situação dos direitos humanos dos refugiados, das famílias de migrantes e dos menores não acompanhados nos Estados Unidos da América (2015)”, a Comissão interamericana, especificamente, afirmou que a jurisdição de um Estado “inclui as suas fronteiras internacionais ou em cada lugar em que um Estado realize uma *governance* de fronteira”⁹⁵⁹. Em outros termos, cada ação de *governance* nas fronteiras recai na jurisdição do Estado, com a forte presunção de efetividade do controle do Estado nas fronteiras⁹⁶⁰. Tal interpretação foi igualmente corroborada pelo relator especial da ONU sobre a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, quando afirmou que “é essencial assegurar que não existam lacunas na proteção dos direitos humanos devidas aos limites inapropriados ou artificiais à jurisdição territorial”⁹⁶¹. A este respeito, deve-se sempre recordar que “do ponto de vista daqueles que requerem proteção, o conteúdo dado ao *non-refoulement* pode ser uma questão de vida ou de morte”⁹⁶².

A jurisdição no caso em exame

9. No caso em exame, o Estado demandado não contestou o exercício da jurisdição nas suas próprias fronteiras quando o serviço nacional de proteção das fronteiras adotou a decisão sobre a negativa de ingresso dos recorrentes, em 16 de abril de 2017, e os reconduziu à Bielorrús-

956 Veja-se, por exemplo, PACE, 21 de junho de 2011, Resolução 1821 (2011), The interception and rescue at sea of asylum seekers, refugees and irregular migrants, sp. §§ 7-9.12; PACE, 25 de Janeiro de 2000, Recomendação 1440 (2000), Restrictions on asylum in the member states of the Council of Europe and the European Union, spec. §§ 5-6.6

957 Veja-se, por exemplo, Resolução do Comitê dos Ministros 67 (14), 29 de junho de 1967, Asylum of persons in danger of persecution.

958 Sobre isso, veja-se Haitian Centre for Human Rights e al. c. Estados Unidos da América, caso n. 10.675, relatório n. 51/96, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev., 13 de março de 1997, § 157; IACHR, Report on the Situation of Human Rights of Asylum Seekers within the Canadian Refugee Determination System, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev. (2000), 28 fevereiro 2000, § 25: “a obrigação de não repulsa implica que qualquer pessoa que tenha obtido ou requiera o reconhecimento como refugiado possa invocar esta proteção para prevenir a sua expulsão. Isto requer, necessariamente, que tais pessoas não possam ser recusadas na fronteira ou expulsas sem uma adequada, individual revisão dos seus pedidos”; e, mais recente, veja-se: IACHR, OAS/Ser.L/V/II. 155 Doc. 16. Neste relatório, a Comissão afirma primariamente que “o princípio de *non-refoulement* e aplica também aos requerentes de asilo e refugiados cujos *status* não seja ainda determinado; aos refugiados que não sejam ainda reconhecidos como tal, assim como àqueles que afirmam os seus direitos de pedir e receber asilo e que se encontram em uma fronteira internacional ou tenham atravessado sem serem admitidos oficialmente ou legalmente no território do Estado” (p. 48, § 101). Em modo interessante, a Comissão afirma que “dividir a opinião da Corte europeia de direitos do homem expressa em *Hirsi Jamaa* e outros c. Itália, para os quais a proibição de expulsão coletiva se aplica a qualquer medida que tenha efeito de impedir que os migrantes alcancem as fronteiras dos Estados ou de empurrá-los para outros Estados” (p. 49, § 105). Enfim, a Comissão observa como isso possa dizer respeito ao exercício extraterritorial da jurisdição “onde isto isto signifique que [às pessoas interessadas] seja impedido de apresentar um pedido de asilo ou de *non-refoulement*” (ibid.).

959 IACHR, OAS/Ser.L/V/II. 155 Doc. 16, 24 de julho de 2015, p. 29, § 39, nota 22.

960 A Corte europeia de direitos do homem já sustentou tal presunção no tocante ao exercício da jurisdição no inteiro território do Estado. Ver: Al Skeini e outros, cit., § 131; no mesmo sentido, ver também Assanidze c. Georgia, n. 71503/01, § 139, 8 de abril de 2004.

961 Nações Unidas, Interim report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (doc. A/70/303, 7 de Agosto de 2015), § 13.

962 Jari Pirjola, “*Shadows in Paradise – Exploring Non-Refoulement as an Open Concept*”, (2007) 19 in *International Journal of Refugee Law* 656.

sia⁹⁶³; quando adotou novamente decisões sobre a negativa de ingresso em relação aos mesmos, em 11 de maio de 2007, retendo os recorrentes no posto de fronteira por várias horas, para, em seguida, reconduzi-los a Bielorrússia⁹⁶⁴; e quando adotaram outras decisões, rejeitando o ingresso dos mesmos, em 22 de maio de 2007, retendo-os no posto de fronteira durante a noite, reconduzindo-os, depois, na Bielorrússia⁹⁶⁵. À luz desses fatos, os recorrentes encontram-se, inegavelmente, sob o controle efetivo dos funcionários da fronteira lituana. Por conseguinte, concordo plenamente com a maioria que afirma como é “evidente que as ações reclamadas pelos recorrentes são imputáveis à Lituânia”⁹⁶⁶.

10. Em outras palavras, a abordagem adotada pela Câmara, no presente caso, impede uma situação em que o Estado lituano possa contornar a sua jurisdição, fugindo às suas obrigações baseadas na Convenção. Tal interpretação da noção de jurisdição de um Estado é, na realidade, não só um pré-requisito necessário para assegurar um efetivo acesso à proteção internacional pelos recorrentes, mas também garante, em termos gerais, a proteção efetiva dos seus direitos fundamentais e, consequentemente, evita uma situação em que as fronteiras do Estado lituano se tornem uma “terra de ninguém”. De fato, é essencial que “todas as formas de imigração e controle de fronteiras de um Estado parte da Convenção europeia de direitos humanos estejam sujeitas aos padrões dos direitos humanos nela estabelecidos e sob o controle da Corte”⁹⁶⁷.

Recusa e rejeição imediatas dos migrantes nas fronteiras territoriais

11. Em *Hirsi Jamaa e outros*, o Governo italiano argumentou que o Artigo 4 do Protocolo n. 4 não seria aplicável àquele caso, uma vez que a garantia fornecida por tal disposição se acionava, somente, em caso de expulsão de pessoas encontradas no território de um Estado ou de pessoas que tivessem atravessado as fronteiras ilegalmente e, na fatispécie em exame, a medida em questão era mais uma recusa em autorizar o ingresso no território nacional, do que uma “expulsão”. Os recorrentes alegaram que tal proibição deveria ser aplicada ainda àquelas medidas aptas a rejeitar os migrantes em águas internacionais, aplicadas na ausência de qualquer decisão formal preliminar, já que tais medidas po-

963 Vejam-se os §§ 10 e 13 da sentença.

964 Vejam-se os §§ 15 e 17 da sentença.

965 Vejam-se os §§ 18 e 21 da sentença.

966 Veja-se o § 70 da sentença.

967 Veja-se a minha opinião concorrente no caso *Hirsi Jamaa e outros*, cit.

deriam constituir “expulsões ocultas”. Uma interpretação teleológica e “extraterritorial” de tal disposição a tornaria mais prática e efetiva que teórica e ilusória.

12. A Corte definiu o problema jurídico em exame como segue: “A Corte é chamada pela primeira vez para examinar a questão da aplicabilidade do Artigo 4 do Protocolo n. 4 em um caso de afastamento de estrangeiros, efetuado em direção a um Estado terceiro, fora do território nacional”⁹⁶⁸.
13. A tal questão, a Corte forneceu uma resposta líquida: “a formulação do Artigo 4 do Protocolo n. 4 não põe, por si só, um obstáculo à sua aplicação extraterritorial. Deve-se observar, de fato, que o Artigo 4 do Protocolo n. 4 não contém qualquer referência à noção de ‘território’”⁹⁶⁹. Além disso, a Corte adicionou que “para os redatores do Protocolo n. 4, a palavra ‘expulsão’ deveria ser interpretada ‘em sentido genérico de uso corrente (mandar embora de algum lugar)’”⁹⁷⁰. Mas, sobretudo, uma interpretação funcional do dito dispositivo, feita à luz do princípio de efetividade, implica que:

“Se, então, o Artigo 4 do Protocolo n.4 devesse ser aplicado somente às expulsões coletivas realizadas a partir do território nacional dos Estados parte da Convenção, uma parte importante dos fenômenos migratórios contemporâneos seriam subtraídas a tal disposição, apesar do comportamento que pretende proibir, podem acontecer, fora do território nacional e, em particular, como no caso em espécie, em alto mar. O Artigo 4 seria, assim, privado de qualquer efeito útil em relação a tais fenômenos, que tendem a se multiplicar. Disso decorreria que os migrantes que partiram via mar, frequentemente colocam as próprias vidas em risco e não conseguem chegar às fronteiras de um Estado, não teriam direito a um exame das suas situações pessoais antes de serem expulsos, contrariamente àqueles que partiram por terra”⁹⁷¹.
14. Portanto, o afastamento dos estrangeiros realizados no âmbito de interceptação em alto mar pelas autoridades de um Estado no exercício da sua autoridade soberana, cujo efeito é impedir os migrantes de chegar às fronteiras do Estado ou, ainda, de empurrá-los em direção a outro Estado, constitui um exercício de jurisdição, nos moldes do Artigo

968 *Hirsi Jamaa e outros*, cit., § 169.

969 *Hirsi Jamaa e outros*, cit., § 173.

970 *Hirsi Jamaa e outros*, cit., § 174.

971 *Hirsi Jamaa e outros*, cit., § 177.

1 da Convenção, que compromete a responsabilidade do Estado em questão sobre o plano do Artigo 4 do Protocolo n. 4⁹⁷². Consequentemente, a Corte encontrou uma violação ao Artigo 4 do Protocolo n. 4, considerando que o “afastamento dos recorrentes teve um caráter coletivo”⁹⁷³. Tirando as consequências deste raciocínio, é legítimo afirmar que:

“O escopo da disposição (Art. 4 do Protocolo n. 4) é garantir o direito de apresentar um pedido de asilo que será objeto de uma avaliação individual, independentemente da maneira com a qual o requerente de asilo tenha chegado no país interessado, seja por terra, por mar ou por ar, legalmente ou não. Assim, o espírito desta disposição exige uma interpretação igualmente ampla quanto a noção de expulsão coletiva, que inclua todas as operações coletivas de extradição, reenvio, transferência informal, “restituição”, rejeição, recusa de admissão e de todas as outras medidas coletivas que tenham efeito de constranger um requerente de asilo a permanecer no seu país de origem, qualquer que seja o lugar em que esta operação tenha espaço”⁹⁷⁴.

Apesar das conclusões unânimes da Grande Câmara em *Hirsi Jamaa e outros* sobre o significado amplo de “expulsão”, nos moldes do Artigo 4 do Protocolo n. 4, alguns Estados continuaram a ignorar e, ocasionalmente, contestar esta jurisprudência. Em *N.D. e N.T.*, o Governo demandado afirmou que o Artigo 4 do Protocolo n. 4 não seria aplicável ao caso. De acordo com as suas observações, os fatos do caso não integravam uma “expulsão coletiva de estrangeiros”, assim como o Governo italiano sustentou em *Hirsi Jamaa e outros*⁹⁷⁵ e, ainda, em *Sharifi e outros*⁹⁷⁶. Uma vez que os recorrentes não conseguiram ultrapassar a estrutura de proteção da fronteira composta por três sucessivas cercas, o Governo espanhol sustentou que eles, na realidade, não teriam ingressado no território espanhol e, que a conduta da polícia tinha o objetivo exclusivo de prestar-lhes assistência na descida da terceira cerca. Esta foi, precisamente, a mesma linha argumentativa utilizada pelo

972 *Hirsi Jamaa e outros*, cit., § 180.

973 *Hirsi Jamaa e outros*, cit., § 186. No que se refere ao Artigo 4 do Protocolo n. 4, a Corte empregou indiferentemente a palavra “removal” [afastamento, ndt.] nos § 169, 176, 180, 204 e 205, a palavra “return” [repatriação, ndt.] nos § 201-203 e a palavra “expulsion” [expulsão, ndt.] nos § 166, 168, 169, 172-174, 177, 178, 183 e 184. A Corte também se referiu ao al princípio de *non-refoulement* nos § 134, 135 e 146 no exame do Artigo 3.

974 Veja-se a minha opinião concorrente no caso *Hirsi Jamaa e outros*, supramencionado.

975 *Hirsi Jamaa e outros*, cit., § 160.

976 *Sharifi e outros*, n. 16643/09, § 193, 21 de outubro de 2014. O Alto Comissário pelos refugiados manifestou preocupação quanto à política italiana de vedação ao ingresso no território e do “imediate *refoulement*” nos portos adriáticos das pessoas provenientes da Grécia (*ibid.*, § 205).

Governo italiano, o qual declarou ter prestado assistência às pessoas em águas internacionais, embarcando-as em navios italianos no Mediterrâneo e conduzindo-as à África.

15. No caso espanhol, a Corte utilizou-se de um impecável raciocínio lógico, *a fortiori*, para contrastar com a posição do Governo: “Considerando que as interceptações em águas internacionais também entram no âmbito do Artigo 4 do Protocolo n. 4 (Ver *Hirsi Jamaa e outros*, citado), o mesmo deve valer para a recusa, supostamente legítima, de ingresso no território nacional de pessoas que chegam na Espanha ilegitimamente”⁹⁷⁷. Tendo em vista que os recorrentes foram empurrados e reconduzidos ao Marrocos contra as suas vontades, isto foi equivalente, claramente, a uma “expulsão”, nos termos do Artigo 4 do Protocolo n. 4⁹⁷⁸. Tal expulsão foi, ainda, “coletiva”, sendo irrelevante o número de estrangeiros sujeitos a tal decisão, sendo considerada importante, por sua vez, a questão quanto a subsistência de uma avaliação individual dos pedidos dos recorrentes. Ademais, a Corte observou como os recorrentes foram afastados imediatamente, sem poder usufruir de um intérprete ou de qualquer oficial que pudesse fornecer a eles um mínimo de informação necessária sobre os direitos de asilo e/ou ao pertinente procedimento de apelação contra as suas expulsões. Nenhum requisito quanto à homogeneidade nacional, racial, étnica, religiosa ou de outro tipo de membros do grupo interessado pela expulsão foi verificado. À luz da “natureza imediata das suas expulsões *de facto*”, a Corte reconheceu a violação do Artigo 13 da Convenção, combinado com o Artigo 4 do Protocolo n. 4⁹⁷⁹.
16. Em consideração ao atual clima político averso aos requerentes de asilo, migrantes em geral e migrantes africanos que chegam na Europa, em particular, bem como da consequente e crescente pressão sobre a Corte por parte de alguns Governos, é zeloso enfatizar a firme posição da Corte no caso de Melilla⁹⁸⁰. A corte não abandonou a sua

977 *N.D. e N.T.*, supramencionado, § 104. A mesma argumentação foi utilizada em *Sharifi e outros c. Itália*, §212.

978 *N.D. e N.T.*, cit., § 105

979 *N.D. e N.T.*, cit., § 121. Em outras palavras, a Corte equiparou o afastamento imediato dos recorrentes a uma “expulsão *de facto*”.

980 No que se refere à situação sobre o terreno de Melilla e à resposta espanhola à pressão migratória, ver o surpreendente relatório do Comitê pela prevenção da tortura (CPT/Inf (2015) 19), 9 de abril de 2015, e de Amnesty International, *Fear and Fences, Europe's approach to keeping refugees at bay*, 2015. Em 2015, o CPT reiterou que “os Estados são obrigados a rastrear os migrantes interceptados a fim de identificar as pessoas que precisam de proteção, de verificar tais necessidades e de tomar as medidas apropriadas. A fim de impedir que algumas pessoas sejam expostas ao risco de maus tratos, o CPT recomenda que a legislação nacional preveja garantias adequadas a tal finalidade e que os agentes das forças da ordem espanholas sejam instruídos, de consequência (...); [que] as autoridades espanholas adotem as medidas necessárias para assegurar que funcionários MAF não entrem no território espanhol com o intento de prender e enviar coativamente os migrantes irregulares ao Marrocos, fora do quadro jurídico e, além do fato que nenhum cidadão estrangeiro seja consignado a tais forças da ordem considerado o

posição do princípio sobre a interpretação funcional do conceito de “expulsão” nos termos do Artigo 4 do Protocolo n. 4, que inclui toda “imediate(...) expulsão *de facto*”, ou, para usar as palavras dos relatores do Protocolo n. 4, toda forma de transferência de uma pessoa de um lugar para outro, como a não admissão, o afastamento e a repatriação dos migrantes às fronteiras terrestres. No que concerne às observações do Governo demandado a respeito da obrigação da Espanha, enquanto Estado soberano, de proteger as suas fronteiras contra tentativas de entradas ilegítimas no país⁹⁸¹, é oportuno lembrar como a Corte já tinha afirmado que os problemas na gestão dos fluxos migratórios ou no acolhimento dos requerentes de asilo não podem justificar o recurso a práticas incompatíveis com as obrigações dos Estados de acordo com a Convenção⁹⁸².

17. O fato de que os migrantes tenham tentado entrar no território espanhol ilegalmente, atravessando as fronteiras territoriais, é irrelevante, uma vez que a aplicabilidade do Artigo 4 do Protocolo n. 4 não é subordinada ao ingresso legítimo dos migrantes no território do Estado. É obvio que a decisão da Câmara não legitimou a conduta ilícita dos migrantes, os quais atravessaram três cercas sucessivas, muito menos considerou que a manutenção de um sistema de proteção de fronteiras nos pontos de passagem não autorizados, como no caso de Melilla, constitua uma violação dos direitos humanos. A Corte simplesmente decidiu e, o fez com perfeita coerência com a sentença *Hirsi Jamaa e outros*, que quando os migrantes entram na jurisdição das Partes contratantes, como ocorreu quando foram parados, algemados e repatriados pela *Guardia Civil*, eles gozam de um direito de não serem reenviados ou, para usar ainda as palavras dos redatores do Protocolo n.4, de não serem “afastados” sem um exame individual dos seus pedidos. A Câmara, certamente, não decidiu que os migrantes dispõem de um direito de ingresso em qualquer ponto da fronteira sem se submeter a qualquer controle. Por conseguinte, o argumento do Governo espanhol, pelo qual uma decisão em favor dos recorrentes criaria um indesejado “efeito vórtex”, provocando uma crise migratória com con-

risco de maus tratos”. L’UNHCR é, ainda, preocupada que a praxe adotada nas cidades autônomas espanholas de Ceuta e Melilla comportem um aumento do número de pessoas potencialmente necessitadas de proteção internacional que não tenham apresentado pedido e que, ainda, àqueles que tenham apresentado, retirem os seus pedidos de asilo, com a consequência de transferência automática e imediata às suas terras de origem (A/HRC/WG.6/21/ESP/2, 11 de novembro de 2014, § 74). A situação não é nova, (veja-se o relatório CPT de março de 2006, CPT/Inf (2007) 30), tocante ao “procedimento de repatriação direto dos cidadãos marroquinos, sem a atuação dos procedimentos aplicáveis à repatriação dos cidadãos estrangeiros”.

981 N.D. e N.T., cit., §§ 76 e 77.

982 *Hirsi Jamaa e outros*, cit., § 179, e *Sharifi e outros*, cit., § 224

sequências devastadoras para a proteção dos direitos humanos⁹⁸³ foi uma pura falsidade *ad terrorem*, privada de qualquer valor legal. Este tipo de argumento que utiliza uma pressão migratória extraordinária como desculpa para escolhas políticas incompatíveis com o respeito aos direitos humanos já foi sustentada no caso de *De Souza Ribeiro c. França* e foi, oportunamente, rejeitado pela Corte⁹⁸⁴. Sobre isso, é muito relevante que, no âmbito do grupo de trabalho sobre a Revisão periódica universal⁹⁸⁵, o Governo austríaco e outros Governos ideologicamente afins tenham solicitado à Espanha rever as práticas correntes de repatriação dos migrantes em Ceuta e Melilla, assim como a emenda proposta à lei nacional espanhola sobre a segurança para assegurar o direito dos indivíduos de requerer asilo.

18. Se a Corte rejeitou fortemente as observações do Governo italiano, segundo as quais existia um obstáculo lógico à aplicabilidade do Artigo 4 do Protocolo n. 4, no caso *Hirsi Jamaa e outros*, especificamente quanto ao fato de que os recorrentes não se encontravam no território italiano no momento das suas transferências para a Líbia, de modo que tal medida, na opinião do Governo, não poderia ser considerada como uma “expulsão” no sentido ordinário do termo⁹⁸⁶, a Corte deve aceitar, hoje, que o significado do termo “expulsão coletiva” inclua, *a fortiori*, toda forma de remoção em, ao redor de, ao longo ou em conexão com as barreiras de fronteira e, evidentemente, toda forma de remoção das zonas internacionais ou de trânsito ou áreas de outro modo “isoladas” para fins de imigração que entrem na jurisdição do Estado demandado. Isto inclui, ainda, as práticas de afastar as pessoas das fronteiras, também conhecidas como “*hot expulsions*” ou “*expulsões in caliente*”, como no caso de Melilla, criticadas pelo Comitê contra a tortura, pelo Comitê de direitos humanos, pelo Comitê pela eliminação da discriminação contra as mulheres e pelo Relator especial dos direitos humanos dos migrantes⁹⁸⁷. Fingir que o Artigo 4 do Protocolo n. 4 não se estenda também a não admissão ou ao afastamento da fronteira, não só se desviaria das conclusões recentes e unânimes em *Hirsi Jamaa e outros* e em *Sharifi e outros*, como também constituiria uma grande

983 *N.D. e N.T.*, cit., § 72

984 Veja o meu parecer específico em *De Souza Ribeiro*, cit.

985 Relatório do Grupo de trabalho sobre a revisão periódica universal, A/HRC/29/8, 15 de abril de 2015, p. 25.

986 *Hirsi Jamaa e outros*, cit., § 172

987 Veja-se a chamada em CEDAW, Concluding observations on the 7th and 8th report of Spain, CEDAW/C/ESP/CO/7-8 (2015), §§ 36-37; Comitê de direitos humanos, Concluding observations on the 6th periodic report of Spain, CCPR/C/ESP/CO/6 (2015), § 18; CAT, Concluding observations on the 6th periodic report of Spain, CAT/C/ESP/CO/6 (2015), § 13; e Communications report of special procedures, 2 de junho de 2015, A/HRC/29/50.

violação do princípio da interpretação da Convenção e dos seus protocolos adicionais em boa-fé, à luz dos seus objetos e dos seus objetivos e em conformidade com o princípio de efetividade⁹⁸⁸.

Obrigações do Estado em respeitar e proteger os direitos humanos nas fronteiras terrestres

19. As Partes contratantes da Convenção têm o direito de controlar o ingresso, a permanência e a expulsão dos estrangeiros, ressalvadas as suas obrigações derivantes dos costumes e tratados. No sistema de proteção dos direitos humanos estabelecidos pela Convenção, “a legítima preocupação dos Estados em impedir as tentativas, cada vez mais frequentes, de contornar as restrições à imigração não deve privar os requerentes de asilo da proteção concedida pela [Convenção europeia de direitos do homem e pela Convenção de Genebra]”⁹⁸⁹. Nesta perspectiva, os seguintes dois princípios devem ser mantidos na jurisprudência da Corte sobre o controle de fronteira. De um lado, “é inegável que ninguém que se encontre sob a autoridade e o controle de um Estado, independentemente das circunstâncias, possa ser privado de proteção jurídica dos próprios direitos humanos fundamentais e inderrogáveis”⁹⁹⁰. Doutro lado, “os Estados devem respeitar, promover e satisfazer os direitos humanos em todos os lugares onde exercitem jurisdição ou um controle efetivo, inclusive onde exercitem autoridade ou controle extraterritorial” e, para ser mais preciso, “os Estados devem assegurar que todas as medidas de gestão adotadas nas fronteiras internacionais, inclusive aquelas voltadas a combater a imigração ilegal (...) respeitem o princípio do *non-refoulement* e a vedação às expulsões coletivas e arbitrárias”⁹⁹¹. Portanto, “a jurisdição do Estado sobre a imigração e o controle de fronteira implica, naturalmente, uma responsabilidade do Estado por cada violação de direitos humanos que ocorra durante o exercício de tal controle”⁹⁹². Em outras palavras, o reconhecimento da jurisdição de um Estado sobre suas próprias fronteiras é indissociável da aplicabilidade dos tratados de direitos huma-

988 *Hirsi Jamaa e outros*, cit., § 179.

989 *Amuur c. França*, n. 19776/92, 25 de junho de 1996, § 43, e *M.S.S. c. Bélgica e Grécia* [GC], n. 30696/09, 21 de janeiro de 2011, § 216. Neste sentido, veja também *Khlaifia e outros c. Itália* [GC], n. 16483/12, 15 de dezembro de 2016, §162.

990 Nações Unidas, Interim report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, cit., § 17.

991 OCHR, Recommended principles and Guidelines on Human Rights at international borders, <https://www.ohchr.org/en/issues/migration/pages/internationalborders.aspx>, pt. 22.

992 *Ibid.* Para outras considerações sobre a questão, veja também *Complaint mechanisms in border management and expulsion operations in Europe. Effective remedies for victims of human rights violations?*, S. Carrera e M. Stefan. – Bruxelles: Centro de Estudos Políticos Europeus (CEPS), 2018.

nos, o qual inclui “medidas favoráveis que garantam aos indivíduos sujeitos à sua jurisdição, o exercício e o gozo dos [seus] direitos”⁹⁹³. O reconhecimento da aplicabilidade do princípio de *non-refoulement*⁹⁹⁴ e, mais amplamente, dos direitos humanos⁹⁹⁵ nas fronteiras nacionais, são reconhecidos em nível europeu e internacional.

20. Esta orientação foi reiterada pela Corte interamericana de direitos humanos⁹⁹⁶, assim como, em nível europeu, no direito interno a União Europeia⁹⁹⁷ e na jurisprudência da Corte⁹⁹⁸. Por exemplo, a Corte de Justiça reiterou, no caso *Zakaria*, que “foi registrado que os guardas de fronteira, no exercício das suas funções, nos termos do Artigo 6 do Regulamento n. 562/2006 [Código de fronteiras Schengen], são obrigados, *inter alia*, a respeitar plenamente a dignidade humana” (§40) e a CGUE, posteriormente, especificou que, se em uma situação “não regulada pelo direito da União Europeia, deve ser examinada (...) à luz do direito nacional, considerando a Convenção europeia pela salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (...) das quais todos os Estados membros fazem parte”⁹⁹⁹. Com efeito, as obrigações do Estado em um contexto semelhante incluem obrigações específicas para a guarda das fronteiras, que são parte integrante da política comum de asilo¹⁰⁰⁰.

993 *Report on the Human Rights Situation of Refugees and Migrant Families and Unaccompanied Children in the United States of America*, prec., p. 30, § 42. Na decisão sobre as medidas de precaução concernentes às pessoas detidas pelos Estados Unidos em Guantánamo, Cuba (IACHR, 12 de março de 2002, (PM 259/02)), a Comissão observou, mais amplamente, que “a jurisprudência internacional e regional indica claramente que, sempre que um Estado exerce efetivo controle sobre um território, área, lugar ou pessoa fora das próprias fronteiras, este, não só deve abster-se de atos ilícitos, mas deve, ainda, assegurar uma vasta gama de obrigações positivas em respeito aos direitos humanos. Os Estados têm obrigação de proteger os indivíduos contra a violação dos seus direitos e obrigações preventivas para assegurar que os atores sob os quais têm jurisdição, incluída aquela extraterritorial, não tomem parte ou contribuam com os atos de tortura” (§ 35).

994 IACrHR, 19 de Agosto de 2014, parecer consultivo OC-21/14, *Rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection*, Série A n. 21. §§ 81 e 210; IACHR, 13 de março de 1997, *Haitian Boat People (United States of America)*, relatório sobre o mérito n. 51/96, caso 10.675, §§ 156-157. Veja também *Recommendation of the Commissioner for Human Rights concerning the rights of aliens wishing to enter a Council of Europe member state and the enforcement of expulsion orders*, 19 de setembro de 2001, CommDH(2001)19, § 2.

995 Veja, por exemplo, o *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-ninth session* (A/62/10), § 253; IACHR, 12 de março de 2002, *Decisione sulle misure precauzionali concernenti le persone detenute dagli Stati Uniti a Guantanamo, Cuba* (PM 259/02), §35.

996 IACrHR, *Vélez Loor c. Panamá*, 23 de novembro de 2010, Série C n. 218, § 97: “no exercício da sua faculdade de delinear a política sobre a imigração, os Estados podem estabelecer mecanismos para controlar o ingresso e a saída dos seus territórios de indivíduos que não são cidadãos, desde que sejam compatíveis com os padrões de proteção dos direitos humanos estabelecidos na Convenção americana. Com efeito, apesar de os Estados gozarem de uma margem de discricionariedade para determinar as suas políticas de imigração, os objetivos políticos deveriam considerar o respeito aos direitos humanos dos migrantes”.

997 O relatório “*Scope of the principle of non-refoulement in contemporary border management: evolving areas of law*”, publicado pela Agência de direitos fundamentais da União Europeia, destaca, que “A Carta se aplica (...) aos Estados membros, uma vez que eles ajam no âmbito do direito da UE” e que “isto inclui a gestão das fronteiras” (FRA, dezembro de 2016, cit., p. 8).

998 Para um exemplo neste sentido: a Corte já afirmou a aplicabilidade da Convenção no que tange à zona internacional do aeroporto de Paris-Orly (veja *Amuur c. França*, n. 19776/92, §§ 43 e 52, 25 de junho de 1996).

999 CGUE, 17 de janeiro de 2013, *Zakaria*, C-23/12.

1000 Sobre isso, veja o Artigo 6 do Regulamento (CE) n. 562/2006 do Parlamento Europeu do Conselho de 15 de março de 2006, que institui um código comunitário relativo ao regime de travessia das fronteiras por parte das pessoas (Código de fronteiras Schengen) (OJ 2006 L 105, p. 1): (1) “As guardas de fronteira exercitam as suas funções em pleno respeito à dignidade humana. (...)”; (2) “Ao efetuar as verificações de fronteira, as guardas de fronteira não praticam discriminação contra as pessoas

21. No caso em espécie, as decisões de recusa ao ingresso dizem respeito a sete pessoas, o primeiro recorrente, sua mulher e os seus cinco filhos. Estes últimos se beneficiavam de uma vasta gama de direitos humanos protegidos pela Convenção e pelos Protocolos adicionais. Se os recorrentes tivessem alegado violação do Artigo 4 do Protocolo n. 4, a confirmação desta teria sido inevitável, porque a situação deles não foi examinada individualmente pelas autoridades nacionais. Ademais, quando existe “risco real” para os indivíduos interessados “de serem submetidos a tortura, penas ou tratamentos desumanos e degradantes no país de destinação (...), o Artigo 3 comporta uma obrigação de não expelir tais indivíduos àquele país”¹⁰⁰¹. Por conseguinte, os Estados têm uma obrigação fundamental de “assegurar que ninguém possa ser sujeito a uma vedação de ingresso às fronteiras, afastamento, expulsão ou qualquer outra medida que tenha o efeito de restringir o indivíduo a retornar ou permanecer em um território onde poderia correr perigo de perseguição por questões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um particular grupo social ou opinião política”¹⁰⁰². A fim de prevenir a concretização de um risco semelhante de dano irreparável, o Estado deve, de fato, verificar não só “a situação no país de acolhida”¹⁰⁰³, mas também a situação individual do requerente de asilo. Consequentemente, é particularmente importante que a vedação ao *refoulement* seja aplicável a toda forma de não admissão nas fronteiras e que seja assegurada uma proteção efetiva dos direitos do requerente de asilo. Para este fim, a estes indivíduos deve ser garantido, já na fronteira, o efetivo acesso ao procedimento de proteção internacional¹⁰⁰⁴.

O direito de acesso ao procedimento de proteção internacional

22. Em um período em que numerosos governos têm adotado uma abordagem punitiva em relação aos migrantes provenientes da África subsaariana, incluso os requerentes de asilo registrados, a UNHCR,

fundadas em sexo, raça ou origem étnica, religião ou convenções, deficiência, idade ou orientação sexual”. Veja também o Artigo 4 do Regulamento (UE) n. 656/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de maio de 2014 que estabelece as regras de vigilância das fronteiras marítimas externas ao contexto da cooperação operativa às fronteiras externas dos Estados membros da União Europeia, que é intitulado “Proteções de direitos fundamentais e princípio do não afastamento”. Tal imposição está contida também no *soft law* da União Europeia: veja, por exemplo, Comissão europeia, 27 de setembro de 2017, C (2017) 6505, *Annex to the Commission Recommendation establishing a common “Return Handbook” to be used by Member States’ competent authorities when carrying out return related tasks*, anexo 1.

1001 Veja-se o § 102 da sentença.

1002 Veja-se CM, Resolução 67 (14), 29 de junho de 1967, *Asylum to persons in danger of persecution*, pt. 2

1003 Veja-se o § 115 da sentença.

1004 Sobre isso, veja-se, por exemplo PACE, 29 de Janeiro de 2004, Recomendação 1645 (2004), *Access to assistance and protection for asylum-seekers at European seaports and coastal areas*.

recentemente, afirmou que: “[o] princípio do *non-refoulement* (...) requer, como regra geral, que os Estados garantam aos indivíduos que solicitam proteção internacional o acesso ao território e procedimentos de asilo justos e eficientes (...)”¹⁰⁰⁵. Enquanto o Estado não proceder com um exame efetivo, que leve em consideração as circunstâncias de cada migrante, o indivíduo interessado não pode ser afastado, expulso ou extraditado, nem ser sujeito a uma vedação de ingresso no território do Estado.

23. Esta abordagem foi confirmada pelo *Recommended principles and Guidelines on Human Rights and international borders*, emitidos pelo Alto Comissário da ONU¹⁰⁰⁶, pelo direito da União Europeia¹⁰⁰⁷, assim como pela mesma jurisprudência da Corte¹⁰⁰⁸. Bem como alegado pela Grande Câmara na sentença *F.G. c. Suécia*, existem obrigações numerosas e específicas dos Estados em relação dos aspectos procedimentais dos Artigos 2 e 3 da Convenção¹⁰⁰⁹. Estes últimos pressupõem uma avaliação do risco, onde existente, um exame da situação geral no país de destinação e das circunstâncias particulares da situação do recorrente.
24. Com base no princípio de efetividade, resultaria inconcebível que a Corte fornecesse estas garantias procedimentais sem, antes, proteger “o que, por si só, torna possível, nos fatos, de se beneficiar das ditas garantias”¹⁰¹⁰, onde existente o acesso ao procedimento¹⁰¹¹. Considerando que, por definição, a concretização do risco de um dano irreparável conduz a uma situação que o Estado não pode remediar¹⁰¹², resulta

1005 Para uma confirmação, veja-se UNHCR, Comitê executivo, 4 de junho de 2018, *Note on international protection*, EC/SC/69/CRP8, § 21. O representante especial do Secretário geral de migrações e refugiados - Tomáš Boček (*First report on the activities of the Secretary General's Special Representative on Migration and Refugees* (disponível no site do Conselho da Europa, <https://www.coe.int/en/web/special-representative-secretary-general-migration-refugees>), spec. p. 21, § 58) afirma, da sua parte, que é necessário “continuar a sustentar o direito a pedir asilo para todos aqueles que requerem proteção internacional e, também, aumentar os nossos esforços para assegurar que tal direito seja assegurado na praxe. Isto implica tolerância zero em relação aos afastamentos das fronteiras dos nossos Estados membros e um acesso simplificado aos procedimentos de asilo em concordância com as obrigações dos direitos humanos”.

1006 OHCHR, *Recommended principles and Guidelines on Human Rights at international borders*, <https://www.ohchr.org/en/issues/migration/pages/internationalborders.aspx>. Veja-se, especificamente, o ponto 22.7): “O direito a um justo e equo processo para todos os migrantes, independentemente dos seus *status* deveria ser protegido e respeitado em todas as áreas sobre as quais o Estado exercita jurisdição ou controle efetivo. Isto inclui o direito a um exame individual, o direito a um remédio jurisdicional e efetivo e o direito de propor uma impugnação”.

1007 Sobre isso, veja-se a Diretriz 2013/32/EU do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos procedimentos comuns para o reconhecimento e revogação do *status* de proteção internacional, 26 de junho de 2013, pontos 25 e 26.

1008 *F.G. c. Suécia* [GC], n. 43611/11, §§ 119-127, 23 de março de 2016.

1009 *Ibid.*, §§ 119-127.

1010 Para um exemplo de tal abordagem, veja-se *Golder c. Reino Unido* (plenária), n. 4451/70, § 35, 21 de fevereiro de 1975.

1011 A respeito do direito de acesso ao procedimento de asilo, ver ainda a Diretriz 2013/32/EU do Parlamento europeu e do Conselho sobre os procedimentos comuns para fins de reconhecimento e revogação do *status* de proteção internacional, 26 de junho de 2013, ponto 8: “de fato, deve-se garantir às pessoas o direito de acesso aos procedimentos de asilo juridicamente seguros e eficientes”. O capítulo da diretriz aplica-se também às travessias de fronteira.

1012 O recorrente deve, na verdade, demonstrar um “risco previsível, real e pessoal” (*CAT, J.B. c. Suíça*, 17 de novembro de 2017, n. 721/2015, § 7.4) ou um “risco real de dano irreparável” (HRC, 8 de novembro de 2017, *N.D.J.M.D. c. Canadá*, n. 2487/2014, § 11.2).

essencial assegurar o acesso ao procedimento de asilo. Para este fim, os Estados devem, antes de tudo, instruir e sensibilizar as autoridades de controle de fronteira, mesmo que pessoas interessadas não façam expressamente o pedido de asilo, uma vez que isto não isenta o Estado das obrigações contidas no Artigo 3 da Convenção¹⁰¹³. As autoridades de controle de fronteira deveriam ser capazes de identificar um pedido de asilo como tal e, conseqüentemente, agir de acordo com sua função, a qual inclui as oportunas competências linguísticas. Ademais, o Estado deveria assegurar que aos requerentes de asilo seja garantido o acesso aos intérpretes¹⁰¹⁴. Por fim, a Corte¹⁰¹⁵, assim como a Corte de justiça¹⁰¹⁶, exige não só que cada requerente de asilo tenha o direito de impugnar a decisão que rejeite a proteção internacional, mas também que, onde seja adotada uma decisão de repatriação, tal remédio impugnatório tenha um efeito suspensivo automático.

25. No presente caso, a questão central consistia em verificar se “as autoridades lituanas teriam efetuado um exame adequado quanto ao risco real de maus tratos” reclamado pelos recorrentes¹⁰¹⁷. Compartilho a conclusão adotada pela maioria, pela qual as guardas de fronteira lituanas não respeitaram as obrigações procedimentais impostas pela Convenção. Outrossim, a situação se torna mais grave, uma vez que se trata de uma família com cinco filhos muito jovens, ou seja, recorrentes que pertencem a um dos grupos mais vulneráveis. As autoridades nacionais não consideraram “o *status* do recorrente enquanto requerente de asilo e, como tal, enquanto membro de um grupo da população particularmente desfavorecido e vulnerável que precisa de uma proteção especial”¹⁰¹⁸. Em princípio, os imigrantes são “os mais vulneráveis a uma potencial ou atual violação dos seus direitos humanos”¹⁰¹⁹. Mas, ainda mais grave, estes não consideraram a situação dos filhos dos recorrentes à luz do princípio, segundo o qual “a extrema vulnerabilidade da criança é um fator decisivo e tem prioridade em relação a considerações a respeito do *status* de migrante irregular”¹⁰²⁰.

1013 *Hirsi Jamaa e outros*, cit., § 133, e *M.S.S. c. Bélgica e Grécia* [GC], n. 30696/09, § 359, CEDU 2011.

1014 Veja-se o § 108 da sentença.

1015 Veja-se o § 83 da sentença *M.S.S. c. Bélgica e Grécia* [GC], n. 30696/09, § 293, 21 de janeiro de 2011.

1016 CGUE, 19 de junho de 2018, *Gnandi* (GC), C-181/16, § 54.

1017 Veja-se o § 105 da presente sentença.

1018 *Tarakbel c. Suíça* [GC], n. 29217/12, § 97, 4 de novembro de 2014.

1019 IACrHR, 23 de novembro de 2010, *Vélez Loor c. Panamá*, Série C n. 218, § 98. Ademais, a Corte interamericana afirmou neste caso que “pela aplicação do princípio de efetividade, e dada a necessidade de fornecer proteção aos indivíduos ou grupos em situação de vulnerabilidade, a Corte deveria interpretar e dar conteúdo aos direitos sancionados na Convenção, em concordância com o *corpus juris* internacional em relação aos direitos humanos dos migrantes” (ibid., § 99).

1020 Ibid., § 99.

Conclusões

26. Na esteira de um novo e perigoso mundo “post-direito internacional”, esta opinião é um apelo para construir pontes, não muros, pontes indispensáveis para aqueles que precisarem de proteção internacional, não muros alimentados pelo medo que vem se propagando nos recentes anos, através canais de ódio global. Ainda que justifiquem como uma tentativa de conter a imigração ilegal, o comércio e o tráfico de seres humanos, estas barbáries físicas refletem um isolacionismo político insano e representa, para dizer a verdade, a prevalente política maligna *Weltanschauung*, presente em algumas áreas do mundo, que percebe os migrantes como uma ameaça cultural e social de contraste com qualquer meio que se repute necessário e, que enxerga os pedidos de asilo como fantasias infundadas de pessoas que conspiram para trazer caos ao mundo ocidental. A cultura do medo, com as suas delirantes concepções sobre “elites cosmopolitas”, o multiculturalismo “estrangeiro” e a sua nociva retórica a favor do “nosso modo de viver” e das “políticas identitárias” resulta no *mainstream*.
27. Com o escopo de manter a “consciência da Europa”, a Corte deve assegurar a proteção efetiva dos migrantes e, particularmente, dos requerentes de asilo, o que requer uma análise das ações dos Estados nas suas fronteiras e, mais especificamente, a garantia do direito de acesso ao procedimento de proteção internacional. As fronteiras territoriais não são zonas excluídas ou excetuadas das obrigações de respeito aos direitos humanos por parte dos Estados e, esta observação vale, ainda, para as zonas intermediárias entre as cercas de fronteira e zonas de trânsito. Seja nos direitos humanos ou no direito dos refugiados, presume-se que a jurisdição seja exercida no interior do território de um Estado, incluídas as fronteiras terrestres, as zonas internacionais, as zonas de trânsito ou as áreas que são, de outra forma, isoladas para fins de imigração.
28. Ademais, a Corte deve resistir a duas tentações, independentemente do quão insistentemente esta foi e continuará a ser atraída por elas. Negar a jurisdição quando os migrantes são *de facto* e *de jure* nas mãos e à mercê das autoridades de controle de fronteiras, por exemplo, quando estes são interceptados, presos, algemados ou detentos para serem repatriados, constituiria uma flagrante evasão da força jurídica da Convenção e dos seus Protocolos adicionais, através da criação fraudulenta de um intolerável vazio legal nas fronteiras das Partes contratantes.

29. Reconhecer, por outro lado, a jurisdição nas fronteiras, mas rejeitar o princípio pelo qual os migrantes que entram no âmbito da jurisdição das Partes contratantes tenham o direito de não serem repatriados ou afastados sem uma prévia avaliação individual de cada pedido, resultaria em uma interpretação hipócrita e ineficaz da Convenção e dos seus Protocolos adicionais. Permitir que as pessoas sejam afastadas das fronteiras terrestres e repatriadas sem, preliminarmente, analisar os seus pedidos individuais, significa tratá-las como animais. Os migrantes não são gados que podem ser afastados de qualquer maneira.
30. Nenhuma dessas duas opções – a negação da jurisdição ou do direito a um exame individual de cada pedido dos migrantes e a inadmissão ou o afastamento da fronteira através de uma interpretação restritiva de “expulsão”, que não inclua a inadmissão ou o afastamento da fronteira, as “*hot expulsions*” ou “expulsões *in caliente*” – honraria a Corte. A presente sentença, que recusou ambas as opções, restou fiel às unânimes e recentes conclusões de *Hirsi Jamaa e outros* e *Sharifi e outros*, merece ser louvada.

OS COMENTÁRIOS ÀS OPINIÕES

“*CRIMMIGRATION*”: DA JURISPRUDÊNCIA DO TEDH AOS “DECRETOS DE SEGURANÇA”

LUIGI FOFFANI

1. A “*crimmigration*”, o direito internacional dos refugiados e os direitos humanos europeus na leitura de Paulo Pinto de Albuquerque

A opinião concorrente de Paulo Pinto, partindo de um caso de detenção de requerentes de asilo relativa ao ordenamento maltês (Corte EDH, *Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta*, 25794/13 e 28151/13, 22 de novembro de 2016), analisa as normativas internacionais em matéria de evolução da jurisprudência da Corte EDH, com base no Artigo 5 §1 (f) CEDH (legitimidade “da prisão ou da detenção regulares de uma pessoa para impedi-la de entrar ilegalmente no território ou, ainda, de uma pessoa contra a qual é em curso um procedimento de expulsão ou de extradição”), exprimindo uma tomada de posição fortemente crítica em face da atual tendência global à, assim dita, “*crimmigration*”.

A expressão “*crimmigration*” – cunhada pela criminologia estadunidense (J. Stumpf, *The crimmigration crisis: immigrants, crime and sovereign power*, in *American University Law Review* 2006, p. 367 ss.) – tornou-se de uso comum também na doutrina penalista italiana a (cfr. G. L. Gatta, *La pena nell’era della “crimmigration”: tra Europa e Stati Uniti*, em *La pena, ancora: tra attualità e tra-*

dizione – *Scritti in onore di Emilio Dolcini*, Milão, 2018, p. 987 ss.; A. Spena, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, em *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2017, p. 495 ss.; Id., *Il “gelo metallico dello Stato”: per una critica della crimmigration come nuda forza*, em *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2019, p. 456 ss.; L. Maserà, *La crimmigration nel decreto Salvini*, em *Legislazione penale* 2019, p. 1 ss.; F. Curi (a cura di), *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, Torino, 2020) - e indica a tendência a “sobreposição ou interseção entre o direito penal e o direito de imigração em função de, ao menos, três estratégias político-criminais convergentes: a) a previsão de consequências penalistas (penas detentivas e/ou pecuniárias) pela violação do direito de imigração; b) a previsão de consequências administrativas conexas às condenações penais (não admissão no Estado e expulsão); c) o recurso a medidas privativas ou limitativas da liberdade pessoal de tipo penal (prisão e detenção funcionais à expulsão) no âmbito do direito de imigração. Resulta um sistema híbrido, nos limites daquele penal, que toma emprestado do direito penal técnicas e instrumentos de tutela dos interesses públicos em jogo, mas, ao mesmo tempo, esquece intencionalmente de importar as garantias do sistema de justiça penal, sacrificadas no altar da maior eficácia e celeridade das ações de contraste à imigração irregular e à conexas criminalidade” (G. L. Gatta, op. cit., p. 987).

O caso colocado à apreciação da Corte e objeto de atenção particular do juiz Pinto pertence a este terço filão da “*crimmigration*”: prisão e detenção de migrantes irregulares, requerentes de asilo e refugiados (na espécie, dois cidadãos somalis, menores de idade, que chegaram por via marítima a Malta no verão de 2012 e presos, por diversos meses, no centro de detenção para migrantes de Safi Barracks, em condições reconhecidas pela Corte como contrastantes com o Artigo 3 CEDH e violadoras do Artigo 5 §§ 1 e 4 CEDH, pela duração irracional da detenção). Como observa, eficazmente, Pinto, “não existe nenhum ponto de vista melhor sobre a detenção dos migrantes através do qual observar a atual fusão de repressão penal e direito da imigração. O número de refugiados, requerentes de asilo, requerentes de asilo rejeitados, apátridas, pessoas vítimas de tráfico de seres humanos e migrantes irregulares que foram submetidos à prisão está em um nível sem precedentes na Europa”.

A detenção dos requerentes de asilo – destaca Pinto – representa uma violação do direito internacional dos refugiados, que “veda a criminalização, a punição e a detenção dos requerentes de asilo pelo único fato de ter entrado no território nacional sem documentos, sem autorização ou ambos” (Artigo 31 (1) da Convenção sobre refugiados de Genebra de 1951) e que consente “a detenção para fins de expulsão [...] somente depois que o pedido de asilo tenha sido, finalmente, analisado e rejeitado”, mas, ainda neste último caso, a detenção dos

requerentes de asilo rejeitados representa uma *extrema ratio* e “deveria ser ordenada somente em caso de perigo à segurança nacional, à ordem pública ou à saúde coletiva” e “poderia ser justificada quando exista um risco de fuga evidente e nenhuma outra medida menos invasiva poderia prevenir dito perigo” (UNHCR, *Detention Guidelines. Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, §§ 22 e 33).

Em face à difundida tendência à “*crimmigration*”, a jurisprudência d TEDH – pontua, criticamente, Pinto – não esteve à altura da situação e, na Corte EDH, *Saadi c. Reino Unido* [GC], 13229/03, de 29 de janeiro de 2008, admitiu que um Estado pudesse “encarcerar um requerente de asilo para evitar um ingresso não autorizado e para acelerar o pedido de asilo”, sem que o provimento restritivo de liberdade deva passar por um rigoroso teste de necessidade e proporcionalidade, sendo suficiente a sua mera “não arbitrariedade”, dilatando, nestes termos discutíveis, o princípio do Artigo 5 § 1 (f) CEDH e transformando assim “o inegável direito dos Estados soberanos de controlar as suas fronteiras territoriais em um poder substancialmente ilimitado de encarcerar os estrangeiros quando e por quanto preferirem”.

A esta crítica radical da jurisprudência, *Saadi* faz o contrapeso – na pontual reconstrução do juiz Pinto – a valorização das pronúncias de algumas Câmaras da Corte EDH que – em várias decisões em matéria de detenção de requerentes de asilo – expressaram, surpreendentemente, um tipo de “silenciosa, mas crescente, revolta contra *Saadi*”, fazendo rigorosa aplicação à matéria em exame do princípio da estrita necessidade e, concluindo que “a detenção dos requerentes de asilo e, em geral, dos migrantes, viola o Artigo 5 §1 (f), quando esta vem aplicada automaticamente e nenhuma outra medida menos drástica foi levada em consideração” (nestes termos cfr. Corte EDH, *Louled Massoud c. Malta*, 24340/08, 27 de julho de 2010; *Suso Musa c. Malta*, 42337/12, 23 de julho de 2013; *Rahimi c. Grécia*, 8687/08, 5 de abril de 2011; *Mikolenko c. Estônia*, 10664/05, 8 de outubro de 2009). Os princípios da *ultima ratio* e o de estrita necessidade também são invocados pela Câmara, no caso que deu origem à opinião de Pinto (*Elmi e Abubakar c. Malta*). “A lógica estritamente utilitarista e orientada à eficiência de *Saadi* é profundamente desumana”, conclui Pinto e “é hora que a Grande Câmara repense a infeliz abordagem de *Saadi* à luz do direito internacional dos refugiados e dos direitos humanos e afirme, inequivocamente, como fez a Câmara no presente caso e outras Câmaras fizeram em precedência, que a detenção dos requerentes de asilo seja, em linhas gerais, uma medida de *extrema ratio* e possa ser aplicada quando não seja disponível qualquer outra medida alternativa menos invasiva”.

2. “*Crimmigration*” e política criminal europeia e nacional: o caso italiano

A difundida tendência à “*crimmigration*” envolveu tanto a política criminal dos Estados, quanto a da União Europeia (de uma “tendência já há vinte anos, de dimensão internacional, a uma <<criminalização do direito de imigração>>, fala hoje L. Masera, ormai op. cit., p. 1). Em nível europeu, existe uma ambiguidade de fundo, em uma constante oscilação entre vitimização e criminalização: de um lado o migrante irregular é visto como um sujeito particularmente vulnerável e necessitado de ser protegido contra o tráfico de seres humanos e do indevido abuso de trabalho ou sexual (v. em particular, a Diretriz 2011/36/UE de 5 de abril de 2011, concernente a prevenção e a repressão do tráfico de seres humanos e a proteção das vítimas e a Diretriz 2009/52/CE de 18 de junho de 2009, que introduz normas mínimas relativas às sanções e provimentos em relação aos empregadores de cidadãos de países terceiros com permanência irregular); no entanto, de outro lado, a nítida propensão da política criminal europeia a criminalizar de forma generalizada o mundo ao redor da migração irregular conduz o migrante em condições de irregularidade, quase inevitavelmente, a entrar, por sua vez, na esfera da criminalidade e no circuito da repressão penal. E, sobretudo, legitima-se expressamente, por parte das instituições europeias – com a previsão da “retenção para fins de afastamento” (que pode ser prolongado até o máximo de 18 meses!) e dos “centros de permanência temporária” dos migrantes irregulares (Artigos. 15 e 16 da Diretriz 2008/115/CE de 16 de dezembro de 2008, relativa às normas e procedimentos comuns aplicáveis nos Estados membros na repatriação dos cidadãos de países terceiros, cuja permanência é irregular) – a praxe dos Estados membros de instituir centros de detenção administrativa para migrantes irregulares, muito frequentemente incompatíveis – como é o caso maltês, objeto da sentença em exame e do escrito de Pinto – com o fundamental princípio euro convencional do Artigo 3 CEDH (vedação de “tratamento desumano e degradante”).

Mas, é sobretudo no plano nacional que a tendência política à “*crimmigration*” encontrou a sua mais plena realização; e, sob este ponto de vista, a experiência italiana dos “*decreti sicurezza*” do último decênio foi paradigmática. O referimento vai aos “*pacchetti sicurezza*” do Governo Berlusconi IV de 2008 e 2009 (d.l. 23 de maio de 2008, n. 92, conv. in l. 24 de julho de 2008, n. 125, e l. 15 de julho de 2009, n. 94), aos decretos Minniti do Governo Gentiloni de 2017 (d.l. 17 de fevereiro de 2017, n. 13, conv. in l. 13 de abril de 2017, n. 46, e d.l. 20 de fevereiro de 2017, n. 14, conv. in l. 21 de abril de 2017, n. 48), até o “*decreto sicurezza*” (d.l. 4 de outubro de 2018, n. 113, conv. in l. 1 de dezembro de 2018, n. 132) e ao “*decreto sicurezza-bis*” (d.l. 14 de junho de 2019, n. 53, conv. in l. 8 de agosto de 2019, n. 77) do Governo Conte I (conhecido como decretos “Salvini”).

Já a partir da lei Bossi-Fini de 2002 (l. 30 de julho de 2002, n. 189), pouco depois do advento do Governo Berlusconi II, combatia-se, na Itália, com decisão e particular destaque midiático, a estrada mais dura e genuinamente penalista da “*crimigration*”, ou seja, a criminalização, com ameaça de uma pena privativa de liberdade, pela permanência irregular de um estrangeiro na Itália (o crime de “imigração clandestina”). Inicialmente (2002), com a introdução no Texto único sobre a imigração (TUI) da contravenção (em seguida elevada a delito com o d.l. n. 241/2004) do não cumprimento da ordem de afastamento; depois com a circunstância agravante comum aplicável ao estrangeiro irregular (Artigo 61 n. 11-*bis* c.p., introduzido com o decreto Maroni de 2008 e declarado inconstitucional pela Corte Constitucional com a sentença n. 249 de 5 de julho de 2010) e sucessivamente (2009), com a introdução do reato de ingresso e permanência irregular (Artigo 10-*bis* TUI, considerado legítimo pela Corte Constitucional, com a sentença 250 de 5 de julho de 2010). Tratou-se de uma escolha de penalização que teve, por alguns anos, forte impacto sobre a praxe judiciária e de execução penal e que, somente a jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia impôs de abandonar, com a histórica sentença *El Dridi* de 2011 (Corte de Justiça EU, 28 de abril de 2011, processo C-61/11 PPU, *El Dridi*), que sancionou a ilegitimidade do recurso de pena detentiva por parte dos Estados membros para sancionar o estado do migrante irregular. Para seguir as indicações da Corte de Luxemburgo, o legislador italiano manteve a penalização, mas substituiu a pena detentiva por uma (provavelmente irrealista e simbólica) pena pecuniária. Eliminada pelo crime de descumprimento de ordem de afastamento, a pena detentiva foi, contudo, mantida para as hipóteses de reingresso ilegal após prévia ordem de expulsão, nos termos do Artigo 13, coma 13 e 13-*bis*, TUI e pelo novo delito de reingresso ilegal após prévio afastamento deferido, conforme Artigo 10, coma 2-*ter*, TUI, introduzido com o decreto Salvini de 2018 (no núcleo duro da “*crimmigration*” conforme a mais recente revisão histórica de F. Curi, *Il diritto penale speciale del Testo Unico Immigrazione*, in F. Curi (cur.), *I migranti*, cit., p. 96 ss.).

Onde, todavia, a “*crimmigration*” *made in Italy* consolidou-se – com uma substancial continuidade de escolhas político-criminais que atravessaram legislaturas e governos de cartaz político diverso – no terreno da retenção administrativa do requerente de proteção internacional e do estrangeiro irregular em espera de repatriação (com oscilação somente sob o perfil de termos máximos de retenção, que a já chamada Diretriz repatriações de 2008 fixa em 18 meses: termo efetivamente alcançado na Itália em 2011 e 2014). Em todas as hipóteses de “afastamento deferido” o migrante irregular viria submetido a formas de detenção informais nos centros de primeira acolhida, na espera de que viessem cumpridos os procedimentos necessários à repatriação, sem qualquer controle jurisdicional e a total discrição da autoridade policial (cf. para todos, em chave

claramente crítica, A. Pugiotto, *La galera amministrativa degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni Costituzionali* 2014, p. 573 ss.). Sobre a ilegitimidade dos tratamentos operados, de fato, pela polícia no centro de Lampedusa, foi chamada a pronunciar-se na Corte de Estrasburgo, no caso de três cidadãos tunisianos retidos em Lampedusa, em setembro de 2011. Com uma sentença de 2015 (Corte EDH, *Khlaifia c. Itália*, 16483/12, 1 de setembro de 2015), confirmada no ano sucessivo pela Grande Câmara (Corte EDH, *Khlaifia c. Itália* [GC], 16483/12, 15 de dezembro de 2016), a Corte tinha condenado a Itália pela violação do Artigo 5 §§1, 2 e 4 CEDH, pela carência de base legal e de controle jurisdicional da privação de liberdade dos migrantes. Com o decreto Minniti de 2017, os “pontos de crise” (o “*hotspot*”) encontram, pela primeira vez na Itália, uma disciplina normativa muito genérica e ambígua sobre “lugares de acolhida (Artigo 10-ter TUI), sucessivamente desenvolvida sem infrações ao decreto Salvini de 2018, que as qualifica expressamente como estruturas fechadas de retenção (aumentando de 3 a 6 meses o termo máximo de retenção), submetendo-as, por outro lado, ao controle jurisdicional. Pelo decreto Salvini, só os estrangeiros requerentes de proteção internacional são destinados à retenção no interior dos *hotspot*, enquanto para os migrantes irregulares é prevista a detenção administrativa nos centros de permanência para a repatriação (CPR), *ex art.* Artigo 14 TUI. Em conclusão, “o aumento da duração máxima da detenção administrativa se torna [...] um termômetro do rigor em tema de imigração de uma certa intervenção de reforma, com uma translação de significado que, de instrumento cautelar para execução das repatriações, transforma a retenção administrativa dos estrangeiros irregulares em sucedâneo da pena detentiva, que precluiu o recurso dos juízes europeus” (L. Masera, *op. cit.*, p. 30; sobre as novidades do tema de detenção administrativa dos migrantes determinadas pela emergência sanitária do Covid-19, cf. G. Mentasti, *Migranti e detenzione amministrativa in tempo di Covid-19: i bollettini del garante dei detenuti pubblicati durante l’epidemia*, em *Sistema penale*, 23 de junho de 2020).

No que se refere a outro aspecto típico da “*crimmigration*”, representado pela previsão de consequências administrativistas (no plano do direito de imigração) de determinadas condenações penais, o decreto Salvini de 2018 introduziu significativas novidades “em termos de restrições de acesso à proteção (mediante a abolição da proteção humanitária) e à acolhida em espera de julgamento sobre a proteção (com a limitação do sistema de acolhida aos titulares da proteção, que modificaram radicalmente o perfil complessivo do sistema [...]). No decreto Salvini, então, o terreno principal de contraste ao fenômeno migratório passou da utilização dos instrumentos tradicionais de “*crimmigration*”, experimentais no último decênio, que visavam punir de formas diversas as condições de irregularidade à intervenção no âmbito do ordenamento jurídico diverso, aquele da proteção internacional, onde a vontade de contrastar o fenômeno migratório não se explica

na adoção de formas mais ou menos explícitas de sanções de irregularidade, mas na restrição dos espaços de reconhecimento do direito à proteção internacional” (L. Masera, op. cit., pp. 33-34).

Mas o aspecto que mais caracterizou, entre 2018 e 2019 (durante a época do Governo Conte I, a maioria “amarela-verde”), a política italiana em matéria de imigração – ainda e, sobretudo, em termos de mensagem voltadas à opinião pública e como impacto midiático complessivo – foi, certamente, o tema do “fechamento das portas” às ONG’s que prestam atividade de socorro aos migrantes nas águas do Mediterrâneo, a política das “portas fechadas” foi o cavalo de batalha do então Ministro de Assuntos Internos, Matteo Salvini, que fez uma autêntica bandeira de frente ao seu eleitorado de referimento. O novo Artigo 11 comma 1-ter TUI – introduzido pelo “decreto *sicurezza-bis*” de junho de 2019 – atribui ao Ministério dos Assuntos Interno, “em respeito às obrigações internacionais da Itália”, o poder de “limitar ou vedar o ingresso, o trânsito ou a parada de navios no mar territorial [...] por motivos de ordem e segurança pública ou quando se concretizam [...] violações de leis de imigração vigentes”, prevendo uma sanção administrativa pecuniária contra o comandante, o armador e o proprietário do navio, no caso de violação da vedação de ingresso, trânsito e parada, com posterior previsão de sequestro cautelar imediato e da sanção acessória de confisco do navio, no caso de reiteração das infrações. A política das “portas fechadas” – objeto de críticas imediatas por parte do Comissário de direitos humanos do Conselho da Europa a (*Lives saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*) e do Alto Comissariado das Nações Unidas pelos direitos humanos (cf. S. Zirulia, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 de junho de 2019; Id., *Soccorsi in mare e porti sicuri: pubblicate le raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d’Europa*, em *Diritto penale contemporaneo*, 20 de junho de 2019) – provocou uma série de bloqueios ao ingresso nas portas italianas dos navios das ONG’s, prolongados, às vezes, por muitos dias, com consequências humanas e jurídicas de todo tipo: denúncias por sequestro de pessoa contra o Ministro de Assuntos Internos (em relação aos casos *Diciotti* e *Open Arms* – relativo aos quais o Senado negou autorização de prosseguimento – e ao caso *Gregoretti*, que será julgado proximamente pelo Tribunal da Catânia), um pedido não acolhido de *interim measures* voltado à Corte de Estrasburgo (cf. S. Zirulia e F. Cancellaro, *Caso Sea Watch: cosa ha detto e cosa non ha detto la Corte di Strasburgo nella decisione sulle misure provvisorie*, em *Diritto penale contemporaneo*, 26 de junho de 2019) e, enfim, uma ação de força da comandante do *Sea Watch 3 Carola Rackete* que, na noite de 29 de junho de 2019, violou o bloqueio em frente ao porto de Lampedusa, com consequente prisão em flagrante pela Guarda de Finanças, por motivo de resistência a oficial público e resistência e violência contra navio de guerra; prisão esta que não foi convalidada pelo GIP de Agrigento, em 2 de julho de 2019 (em *Diritto penale contemporaneo*, 3 de julho de 2019) e, posteriormen-

te, fora definitivamente anulada pela Corte Cassação (Cass. pen., Sez. III, 16 de janeiro de 2020, n. 6626, em *Diritto penale contemporaneo*, 24 de fevereiro de 2020, com anotações de S. Zirulia, *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete*), a qual reconheceu na conduta da comandante do navio *Sea Watch 3* a subsistência da causa de justificação do cumprimento do dever de socorro no mar, em relação a uma ampla gama de instrumentos internacionais ratificados pela Itália.

Em conclusão desta rápida revisão, a análise da mais recente experiência italiana demonstra que “a associação imigração-segurança – que fundamenta a nova categoria dogmática da *crimmigration* [...] – representa uma constante da legislação do último decênio, que sempre se moveu sob o pressuposto de que a gestão da imigração é, antes de tudo, um problema de ordem pública, enquanto a presença de estrangeiros irregulares no território do Estado incide de modo prejudicial sobre a segurança dos cidadãos ou, no mínimo, sob aquela percepção de (in)segurança que resulta decisiva na determinação dos fluxos eleitorais” (L. Masera, *op. cit.*, p. 41). Sob o perfil do sistema, a política da “*crimmigration*” dá lugar a um fenômeno frequente na mais recente política criminal (nacional e europeia), ou seja, a substancial confusão de limites entre o penal e o administrativo (cf. sobre o ponto, em termos gerais, M. Donini e L. Foffani (cur.), *La “materia penale” tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018). Neste caso específico, contudo, trata-se de uma mistura de instrumentos penais e administrativos inspirada unicamente pelo intento de maximizar a rapidez e eficiência defensiva da “fortaleza nacional” (e da “fortaleza Europa”) contra a “invasão” dos migrantes irregulares e de minimizar as garantias, em uma prospectiva típica do direito penal do inimigo (v. p.ex. nesta chave crítica L. Masera, *La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, relação do VIII Congresso Nacional das Associações Italianas dos professores de direito penal, dedicado ao *direito penal “dos inimigos”*: na direção de um novo direito penal do autor? Siracusa 25-26 de outubro de 2019, a ser impresso pela *Rivista italiana di diritto e procedura penale*).

A APLICAÇÃO DA CEDH NAS ZONAS DE FRONTEIRA: AS MEDIDAS DE REPATRIAÇÃO IMEDIATA DOS REQUERENTES DE ASILO NAS FRONTEIRAS TERRESTRES

CARLO CURTI GIALDINO E FRANCESCO BATTAGLIA

Entre o fim dos anos noventa e início dos anos dois mil, o ativismo da Corte Europeia de Direitos do Homem sofreu uma inversão de tendência que,

progressivamente, favoreceu uma menor propensão à manifestação de opiniões concorrentes ou dissidentes.

Tal situação foi determinada, provavelmente, pelo fato de que em alguns casos, alguns Países membros do Conselho da Europa, fortemente críticos em relação à abordagem interpretativa “expansiva” adotada pela Corte no seu primeiro decênio de atividade, depois da adoção do Protocolo n. 11, começaram a nomear juízes propensos a conceder uma margem de apreciação mais ampla aos Estados, ao invés de juízes favoráveis a uma maior promoção da tutela dos direitos fundamentais (P. Pinto de Albuquerque, D. Cardamone, *Efficacia della dissenting opinion*, em *Questione giustizia – Speciale* 2019, pp. 148-155).

Todavia, uma atitude restritiva semelhante nunca distinguiu a atividade judiciária desenvolvida por Paulo Pinto de Albuquerque, o qual, como justamente destacado na doutrina, foi o autor de algumas das mais relevantes e sugestivas opiniões concorrentes e dissidentes já escritas, acompanhadas das sentenças da Corte Europeia de Direitos dos Homens (F. Angelone, A. Caruso, “*La sponda Sud*”: *Do we really care about them?*, em *Ordine internazionale e diritti umani – Gli Speciali, Controllo e gestione dei flussi migratori nell’Europa del Sud*, 2020, p. 416).

A opinião concorrente a da Corte EDH, em *M.A. e outros c. Lituânia*, 59793/17, 11 de dezembro de 2018, põe-se no ápice das posições de Paulo Pinto de Albuquerque voltadas a promover uma extensão no âmbito de aplicação dos direitos garantidos pela CEDH, de modo a oferecer maiores tutelas aos indivíduos.

Os fatos da causa concernem a uma família russa de origem chechena que, ao chegar na fronteira da lituana com a intenção de apresentar pedido de proteção internacional, fora repelida em direção à Bielorrússia, sem ter acesso ao procedimento de asilo. De fato, os recorrentes, dois cônjuges e seus cinco filhos, apresentaram-se entre abril e maio de 2017 em três diversos postos fronteiriços entre Lituânia e Bielorrússia, mas, por estarem desprovidos de um visto regular ou permissão de estadia, foram sempre repelidos, apesar de em uma das ocasiões, terem levado consigo um requerimento de asilo por escrito, feito com ajuda de uma organização não governamental bielorrussa. A questão, contudo, enquadra-se no interior das políticas restritivas que recentemente alguns Estados europeus estão intensificando, no convencimento de que a negativa de acesso ao próprio território não constituía uma forma de *refoulement*.

Já há alguns anos, de fato, foram adotadas numerosas práticas de dissuasão a fim de conter o fluxo migratório em direção a Europa. Entre estas, destacam-se: a conclusão de acordos com Estados terceiros, muitas vezes de natureza jurídica duvidosa, como o *EU-Turkey Statement*; o início de formas de cooperação com países pouco confiáveis em termos de tutela dos direitos humanos, como a Líbia;

a implantação de operações e afastamento em alto mar e, ainda, o aumento de hostilidade nos controles de fronteira.

Tais políticas, de um lado, estão facilitando aos Estados interessados na gestão da, comumente definida, “crise migratória”, mas de outro lado, estão determinando uma difusa compreensão das liberdades fundamentais.

Sobre isto, já na opinião concorrente o TEDH, *Hirsi Jamaa e outros c. Itália* [GC], 27765/09, de 23 de fevereiro de 2012, acerca da qual este comentário está em linha de continuidade, Paulo Pinto de Albuquerque colocou em evidência que, em razão das políticas de migração e de controle das fronteiras, a questão fundamental que se põe é aquela de avaliar como a Europa deve reconhecer aos refugiados “o direito de ter direitos”, destacando, ainda, que um indivíduo não se torna um refugiado porque reconhecido como tal, mas é reconhecido como tal porque é um refugiado. Consequentemente, a falta de um pedido explícito de asilo ou o fato de que um tal pedido não seja sustentado por elementos suficientes, não pode exonerar o Estado interessado da obrigação de não afastamento em face do estrangeiro que pede proteção internacional.

As observações já expressas ao longo da sentença *Hirsi Jamaa*, então, mostravam a criticidade das políticas nacionais com o objetivo de conter a chegada de migrantes e limitar os pedidos de proteção internacional.

No caso *M.A. e outros c. Lituânia*, segundo o governo de Vilnius, o afastamento dos diversos postos de fronteira com a Bielorrússia seria justificado pelo fato que as autoridades de fronteira não teriam entendido a vontade dos recorrentes de requerer asilo, uma vez que, estes últimos não conheciam a língua lituana. Ademais, nem mesmo o requerimento escrito que eles teriam apresentado poderia ser considerado como uma prova das suas vontades, já que escritas em língua russa, que não era conhecida pela polícia de fronteira lituana.

Em outras palavras, na opinião da Lituânia, a incomunicabilidade entre os migrantes e as autoridades de fronteira teriam justificado o reiterado afastamento dos primeiros na direção do país de origem.

Em modo divergente, a Corte argumentou, justamente, que durante as atividades de controle de fronteira, os Estados deveriam ter uma abordagem proativa e portanto, deveriam colocar pessoas em condições de acessar o procedimento de proteção internacional, ao invés de limitar-se a dar um prosseguimento essencialmente burocrático aos pedidos apresentados. Isto comporta que, também nos casos em que os interessados manifestem formalmente a vontade de pedir proteção internacional, as autoridades competentes devem ser capazes de examinar a situação, a fim de compreender as reais intenções de base. Em síntese, a incomunicabilidade entre os órgãos do país receptor e os indivíduos que se

encontram sob a sua jurisdição não constitui uma motivação idônea a excluir a responsabilidade estatal em caso de *refoulement*.

As argumentações da Corte, por outro lado, são plenamente conforme as obrigações positivas constantes do Artigo 1 CEDH, segundo o qual as Partes contratantes não devem só abster-se dos comportamentos lesivos dos direitos de garantias da Convenção, mas devem também adotar todas as medidas necessárias a fim de que as pessoas submetidas à sua jurisdição possam exercitá-las (D. Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Londres, 2012).

A opinião concorrente de Paulo Pinto de Albuquerque tem o valor de tratar a questão afrontada pela Corte através de uma abordagem de âmbito mais alargado, que permite compreender de maneira mais clara o processo argumentativo desenvolvido pela Câmara, tornando, ainda, mais visível as fases de desenvolvimento do direito vivente relativo à matéria de interesse. Por outro lado, considerando que o direito convencional é em contínua evolução e que se constrói passo a passo, o objetivo central das opiniões separadas é aquele de acrescentar a visibilidade do procedimento deliberativo, de modo a contribuir para a melhor compreensão da decisão tomada, mas, também, ao desenvolvimento da jurisprudência, assim como uma melhor transparência da atividade da Corte (P. Pinto de Albuquerque, *Plaidoyer for the European Court of Human Rights*, em *European Human Rights Law Review* 2018, pp. 119-133).

Inicialmente, na opinião em comento, esclarece-se um pressuposto jurídico de caráter geral aplicável às políticas migratórias, ou seja, que não existem áreas além das leis, nas quais é legítimo precluir a tutela dos direitos individuais. Deste modo, deseja-se evidenciar que, na esteira da sentença *Hirsi Jamaa* de 2012 e do TEDH, *N.D. e N.T. c Espanha*, 8675/15 e 8697/15, de 3 de outubro de 2017, o pronunciamento no caso *M.A. c. Lituânia* é direcionado a reafirmar que a negativa de ingresso no próprio território, através de ações de repulsão das fronteiras ou além dos limites nacionais, não configura uma forma de expulsão e, portanto, exonera o Estado interessado do respeito às obrigações decorrentes da CEDH em matéria de *non refoulement*.

Neste contexto, vale a pena recordar que, no que se refere ao conceito de jurisdição, a Corte, na sua consolidada jurisprudência, estabeleceu que a Convenção encontra aplicação extraterritorial nos casos em que uma pessoa se encontra sob o controle contínuo e exclusivo, tanto *de jure* quanto *de facto*, de um Estado contratante (Corte EDU, *Hirsi Jamaa e outros c. Itália*, cit.). Por conseguinte, o conceito de expulsão não pode ser limitado ao afastamento de um indivíduo do próprio Estado, mas deve estender-se a todas as formas de repulsão que as autoridades nacionais atuem em relação àqueles que se encontrem sob a sua jurisdição.

Naturalmente, no caso em exame, as circunstâncias são diversas daquela que levaram à mencionada sentença *Hirsi e N.D. e N.T.*, uma vez que a questão não diz respeito nem a uma operação em mar internacional, nem a um controle exercido em uma zona “crítica”, a qual poderia ser considerada um enclave espanhol no Marrocos, mas uma normal atividade de fronteira. Todavia, o pressuposto jurídico é o mesmo, ou seja, que de acordo com a CEDH, não podem existir zonas *out of law*.

Tal obrigação, obviamente, subsiste também nos contextos em que os Estados, por períodos mais ou menos prolongados, tenham que lidar com uma forte pressão migratória. O que significa que não é justificável a instituição de áreas excluídas das obrigações de tutela que incumbem aos Estados parte da CEDH em relação aos indivíduos submetidos às suas jurisdições.

Sobre isso, vale a pena destacar que a Corte não modificou a sua orientação interpretativa nem mesmo depois da sentença da Grande Câmara, no caso *N.D. e N.T. c. Espanha de 2020*, no qual, segundo qualquer comentarista, a Corte teria legitimado a expulsão coletiva no caso de ingressos irregulares, abrindo, desta forma, as portas a uma praxe “*which opposes the core principles of International Law and the protection of fundamental rights*” (assim, C. Oviedo Moreno, *A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain*, em *Verfassungsblog*, 14 de fevereiro de 2020).

Efetivamente, a sentença de 2020 da Grande Câmara, diferentemente daquela emitida em 2017 pela Câmara, invocada também por Paulo Pinto de Albuquerque na opinião em exame, contém alguns elementos de ambiguidade, na medida em que se debruça sobre a natureza ilegal da chegada do recorrentes na Espanha e, neste sentido, afirma que “*the applicant’s own conduct is a relevant factor in assessing the protection to be afforded under Article 4 of Protocol No. 4*” (Corte EDH, *N.D. e N.T. c. Espanha* [GC], 8675/15 e 8697/15, 13 de fevereiro de 2020, § 201).

Em outras palavras, de acordo com a Corte, para aplicar o Artigo 4 do Protocolo n. 4 ao TEDH, deve-se avaliar se o Estado demandado forneceu um efetivo acesso aos meios de ingresso legal e, em caso afirmativo, se os recorrentes tenham, deliberadamente, decidido de atravessar a fronteira de maneira não autorizada ou, ainda, se existiam razões convincentes para não o fazer, embasadas em fatos objetivos pelos quais o Estado demandado seria responsável. Quando, de fato, o Estado parte da CEDH tenha predisposto mecanismos legais para a apresentação de pedido de asilo, de modo a assegurar o direito de requerer proteção internacional em maneira *genuine and effective*, “*it may refuse entry to their territory to aliens, including potential asylum-seekers, who have failed, without cogent reasons, to comply with these arrangements by seeking to cross the border at a*

different location, especially, as happened in this case, by taking advantage of their large numbers and using force” (ivi, § 210).

Todavia, as argumentações convocadas não diminuem as obrigações previstas para os Estados parte da CEDH em relação aos indivíduos colocados sob sua jurisdição, sobretudo aqueles de que tratam os arts. 2 e 3 da CEDH. Isto também foi esclarecido pela Corte, quando a conclusão do exame do mérito especificou que “*however, it should be specified that this finding does not call into question the broad consensus within the international community regarding the obligation and necessity for the Contracting States to protect their borders – either their own borders or the external borders of the Schengen area, as the case may be – in a manner which complies with the Convention guarantees, and in particular with the obligation of nonrefoulement*” (ivi, § 232).

Por tal motivo, não se pode compartilhar a tese pouco antes citada, segundo a qual a sentença da Grande Câmara de 2020 teria aberto a estrada para práticas contrastantes com a normativa internacional sobre a tutela dos direitos humanos.

Em todo caso, as ambiguidades antes evidenciadas mostram a importância das opiniões individuais, neste caso, concorrentes, uma vez que estas são, entre outras coisas, suscetíveis de esclarecer, utilmente, a *ratio decidendi* e o alcance das sentenças.

No que se refere a questão dos canais legais de acesso, que hoje é uma temática central no debate sobre a gestão do fluxo migratório, a opinião do juiz Pinto de Albuquerque no caso *M.A. c. Lituânia* oferece percepções de reflexão extremamente interessantes.

No referido caso, ele salientou que o objetivo da opinião concorrente é aquele de promover a cultura das pontes, ao invés daquela dos muros, que se pode realizar somente permitindo às pessoas que necessitam de proteção internacional de poder alcançar países seguros através canais legais.

Esta ideia se conecta com a tese sustentada também por ele na opinião concorrente na sentença *Hirsi Jamaa*. Naquela ocasião, Pinto de Albuquerque afirmou que o direito de pedir asilo postula a existência do direito complementar de deixar o próprio país, em vista do pedido de asilo. Por tal motivo, os Estados não podem limitar os direitos de deixar um país e de procurar fora deste uma proteção efetiva. Isto comportaria, de fato, uma obrigação positiva para os Estados de proteger um requerente de asilo que se encontre ainda no país em que a sua vida, a sua integridade física e a sua liberdade são ameaçadas.

Em prática, se uma pessoa corre o risco de ser torturada no próprio país e pede asilo em uma embaixada de um Estado parte da CEDH, este último deve

conceder um visto de ingresso para o seu território, de modo a iniciar um procedimento formal de asilo. Não se trataria, então, de uma resposta puramente humanitária, fruto de uma boa vontade e dependente do poder discricionário do Estado, mas de uma obrigação positiva de proteção decorrente do Artigo 3 CEDH, já que a política nacional em matéria de vistos é subordinada às obrigações impostas em virtude do direito internacional dos direitos humanos.

É prazeroso destacar que a tese sustentada pelo juiz Paulo Pinto de Albuquerque no caso *Hirsi Jamaa*, posteriormente retomada pelo mesmo em *M.A. e outros c. Lituânia* é análoga àquela enunciada pelo Advogado Geral Paolo Mengozzi nas suas célebres conclusões sobre o caso *X e X c. Bélgica*, em face da Corte de Justiça da União Europeia (conclusões do Advogado Geral Paolo Mengozzi, apresentadas em 7 de fevereiro de 2017, processo C-638/16 PPU, *X e X c. Bélgica*, ECLI:EU:C:2017:93).

Como se sabe, aquele caso foi originado pela negativa de emissão de visto por motivos humanitários, com validade territorial limitada, constante do Artigo 25 §1 (a) do Código dos vistos, oposta pelo Consulado belga, em Beirute, a um casal de cidadãos sírios e seus três filhos, residentes a Aleppo, uma vez que o objetivo dos requerentes era de chegar na Bélgica e iniciar o procedimento de reconhecimento de proteção internacional. Na opinião do Serviço de Estrangeiros belga, tal decisão teria sido legítima, já que a emissão do visto de ingresso seria equivalente a consentir a apresentação do pedido de asilo na Bélgica, todavia, a legislação nacional não incluía as sedes diplomáticas na lista das autoridades entre as quais um estrangeiro pode apresentar o mencionado pedido. Ao mesmo tempo, o Artigo 3 CEDH não poderia ser interpretado no sentido de impor aos Estados contratantes a obrigação de admitir nos seus territórios pessoas que vivem uma situação catastrófica.

Ao contrário, o Advogado Geral Paolo Mengozzi, não diversamente do que fez Paulo Pinto de Albuquerque no contexto da Corte Europeia de Direitos do Homem, afirmou que os Estados membros, ao adotarem as decisões relativas aos vistos, são obrigados a respeitar a Carta de direitos fundamentais da União Europeia. Em particular, o Artigo 4 desta última, sobre a vedação da tortura, implicaria a existência de uma obrigação positiva imposta aos Estados membros, que lhes deve induzir a emitir um visto com validade territorial limitada, quando subsistam motivos graves e demonstrados para considerar que a negativa de emissão de tal documento comportará a consequência direta de expor pessoas em busca de proteção internacional a tortura ou a tratamentos desumanos e degradantes vedados pela mencionada disposição.

Em nível de União Europeia, todavia, a existência da mencionada obrigação foi excluída pela Corte de Justiça que, na sentença do caso *X. e X. c. Bélgica*

de 2017, decidindo em desconformidade com as conclusões do Advogado Geral, considerou que as disposições da Carta não fossem aplicáveis ao caso em espécie, uma vez que, tratando-se de um pedido de asilo, a questão não era disciplinada pelo direito da União Europeia. De acordo com o juiz de Luxemburgo, de fato, o Artigo. 1 do Código de vistos deve ser interpretado no sentido de que o pedido de visto com validade territorial limitada apresentado por um cidadão de um país terceiro por motivos humanitários, nos moldes do Artigo 25 do Código em questão, na representação do Estado membro de destinação situada no território de um país terceiro, com intenção de apresentar, no momento de chegada de tal Estado membro, um pedido de proteção internacional e, portanto, de permanecer no dito Estado membro por mais de 90 dias durante um período de 180 dias, não entra no âmbito de aplicação do Código mencionado (cf. Corte de Justiça UE, Grande Seção, 7 de março de 2017, processo C-638/16 PPU, *X e X c. Bélgica*, ECLI:EU:C:2017:173).

No atual estado, então, parece que, de um lado, como forma de ponderação às políticas de contenção dos fluxos migratórios, justificadas também pela necessidade de combater fenômenos criminais, como o tráfico e o comércio de seres humanos, está-se promovendo a ideia de migração legal, mas, de outro lado, ainda não é muito claro quais são os canais de acesso regulares. Isto comporta que, até quando os Estados europeus não oferecerem possibilidades de ingresso legais efetivas e acessíveis, os migrantes continuarão a chegar nos países de acolhida através das vias irregulares.

Neste contexto, porém, devem ser considerados sempre presentes alguns princípios essenciais afirmados com luminosa clareza pelo juiz Pinto de Albuquerque na opinião concorrente em exame.

Inicialmente, não podem existir áreas, sobretudo aquelas de fronteira, nas quais os Estados são exonerados do respeito às obrigações do direito internacional dos direitos humanos. Negar a própria jurisdição quando os migrantes se encontram *de facto* e *de jure* sob o controle de uma Parte contratante, como, por exemplo, quando se apresentam em face das autoridades de controle de fronteiras, significaria, na verdade, negar a mesma força jurídica vinculante da convenção e dos seus Protocolos, com a consequência de criar um vazio jurídico inadmissível.

Ademais, quando um indivíduo se encontra sob a jurisdição de um Estado, ainda que fora do seu território, este último deve oferecer um procedimento individual, equo e efetivo, que permita determinar e avaliar a qualidade de refugiado.

Enfim, os Estados parte da CEDH devem sempre ter uma abordagem proativa que, por um lado, os permita de compreender bem as reais intenções dos migrantes e, por outro, ponha os interesses nas melhores condições de acessar, se presentes as circunstâncias, aos instrumentos de proteção internacional.

Na sentença *Ramadan c. Malta* de 21 de junho de 2016, que se tornou definitiva em 17 de outubro de 2016, anulando, por conseguinte, a esperança de uma modificação por parte da Grande Câmara, conforme expressa o juiz Pinto de Albuquerque na sua opinião dissidente (§1), a Corte, depois de ter reiterado que o direito à cidadania não é previsto na CEDH, afastou o recurso individual, argumentando que a privação da cidadania pode configurar uma violação do Artigo 8 CEDH, exclusivamente, nos casos em que fosse arbitrária e prejudicasse o gozo do direito à vida privada e familiar e (cf. Corte EDH, *Ramadan c. Malta*, 76136/12, 21 de junho de 2016, §§ 84-95).

O caso tem origem em uma medida de revogação da cidadania adotada pela República de Malta em relação a Louay Ramadan, que antes era um cidadão egípcio. De acordo com o juiz civil, a cidadania maltesa foi adquirida pelo recorrente de forma fraudulenta, através do matrimônio com uma cidadã maltesa, deduzindo isto de alguns elementos probatórios, dentre os quais: a jovem idade da mulher, o casamento realizado três meses depois de terem se conhecido, os imediatos episódios de violência que caracterizaram a via conjugal deles desde o início e que foram determinantes para a anulação do casamento. Depois de diversos anos após o fim do matrimônio, as autoridades maltesas, em aplicação do Artigo 14 §4 do *Citizenship Act* instituíram um comitê de avaliação da situação do interessado e, emanaram uma ordem de revogação da sua cidadania. A medida teve o efeito de tornar o recorrente apátrida, tendo em vista que, no momento da aquisição da cidadania maltesa, este renunciou àquela egípcia, para não incorrer na vedação de dupla cidadania em vigor tanto no Egito, quando em Malta. Tendo exaurido todos os meios de recurso internos, Ramadan aderiu à Corte Europeia, argumentando que a decisão de o privar da cidadania maltesa violou o seu direito a uma vida privada e familiar, colocando-o em risco de ser separado da sua nova família, uma vez que, neste íterim, casou-se novamente. Ademais, a privação da cidadania maltesa o tornou apátrida, o que o fazia viver num estado de incerteza e o constringiu a não deixar o país por medo de não poder retornar. A Corte observou que o procedimento seguido foi regulado pela lei que prevê as necessárias garantias; sustentou, ainda, que o recorrente sabia das consequências da anulação do matrimônio e que se encontrava ainda em Malta, onde continuava a trabalhar sem dificuldades, sem tentar regularizar a sua presença naquele país de outro modo ou de readquirir, se possível, a cidadania egípcia.

A articulada e pontual opinião dissidente do juiz Pinto de Albuquerque é centralizada, principalmente, na afirmação de um direito individual a uma cidadania, mesmo com a importante especificação que tal direito não deve ser confundido com o direito de um estrangeiro de entrar ou residir ou trabalhar em um determinado país, nem com o direito, em termos absolutos, de um estrangeiro ter uma vida familiar. O ponto de partida da argumentação do juiz trata da ausência de um poder exclusivo dos Estados de decidir quem são os próprios cidadãos em modo autônomo. Corretamente, ao invés, deve-se considerar superada a opinião da doutrina mais antiga, segundo a qual a aquisição, assim como a perda/privação da cidadania entram na *domestic jurisdiction* dos Estados. De fato, cada vez mais se estabelece uma cidadania “sem nacionalidade”, onde o tradicional vínculo jurídico-formal em que esta se substancia não pode mais se embasar nos conceitos fundados sobre a territorialidade (*ius soli*) ou sobre o nascimento (*ius sanguinis*) ou sobre a satisfação de condições particulares. Daqui, nasce a exigência de equilibrar dois princípios diversos: a soberania dos Estados e a tutela dos direitos humanos. O primeiro, sempre considerado o princípio fundamental e inderrogável de direito internacional; o segundo, afirmado, sucessivamente, como manifestação da própria soberania, hoje, assumiu dimensão e eficácia autônomas e inderrogáveis. Em tal contexto assistiu-se, em nível internacional, ao desenvolvimento de normas que limitam sempre mais a soberania dos Estados, em tema de cidadania, tutelando mais os interesses dos indivíduos.

O direito de ter uma cidadania implica o direito para todo indivíduo, não só de adquiri-la, mas também de mantê-la e, eventualmente, modificá-la. Pinto de Albuquerque qualifica o direito à cidadania como “*l’essence même du droit*”, invocando em *lato sensu*, que seja consentida a definição de “direito de ter direitos” utilizada em 1951 por Hannah Ardent em “Origens do totalitarismo” ou, em tempos mais recentes, por Stefano Rodotà. A consequência que deriva destas considerações é que a cidadania não entra no domínio reservado dos Estados, não havendo estes, hoje, o poder absoluto de conceder/negar/privar um indivíduo da cidadania, mas devendo respeitar alguns limites impostos pelas normas de direito internacional, seja geral que pactual e de alguns princípios fundamentais. Neste propósito, segundo a opinião de Pinto de Albuquerque, três direitos individuais se mostram como particularmente pertinentes: o direito a uma cidadania, o direito a uma proteção igualitária da lei e um direito a não discriminação. Cada negativa ou privação de cidadania que se base em motivos arbitrários ou discriminatórios será contrária ao direito internacional dos direitos humanos e, em particular, à Convenção europeia. Não é possível, portanto, operar uma discriminação entre aqueles que possuem a cidadania pelo nascimento, daqueles que adquiriram sucessivamente, como previsto pelo Artigo 14 do *Citizenship Act* maltês, que justifica a conclusão de Pinto de Albuquerque, segundo o qual “Mal-

ta deve, com urgência, reformar o seu procedimento de revogação de cidadania para consagrar abertamente o princípio basilar da vedação à apatridia e assegurar as devidas garantias procedimentais”.

Em apoio às suas conclusões, na sua opinião dissidente, Pinto de Albuquerque efetua, inicialmente, uma ampla análise dos instrumentos de direito internacional em que se destaca o direito individual a uma cidadania, começando pelo Artigo 15 da Declaração universal de direitos do homem de 1948. Análogo reconhecimento da cidadania como direito individual encontra-se em outros instrumentos de proteção dos direitos humanos, seja universal, como, apenas para citar alguns exemplos, o Artigo 24 § 3 do Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos de 1966 ou os Artigos 7 e 8 da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da infância de 1989, que regionais, sempre exemplificativamente, como o Artigo 19 da Carta da segurança europeia de 1999, adotada pela OSCE, o Artigo 20 do Pacto de San José da Costa Rica de 1969; o Artigo 6 §§ 3 e 4 da Carta Africana de direito e bem-estar da criança, adotada em 1990, o Artigo 7 do Pacto sobre os direitos da criança no Islã.

A existência de um direito à cidadania é a lógica consequência de uma leitura teleológica da Convenção, relativa ao status dos apátridas de 1954 (em seguida, a Convenção de 1954) e da Convenção sobre a redução dos casos de apatridia de 1961 (em seguida, a Convenção de 1961). A Convenção de 1954, mesmo não prevendo o direito de um apátrida de adquirir uma cidadania, o Artigo 32 requer aos Estados de facilitar a eles a naturalização através de procedimentos céleres. O sistema desta Convenção apresenta, certamente, lacunas quando concede a proteção somente aos apátridas *de iure* e não traz disposições exaustivas que possam impedir a discriminação, deixando, em última instância, uma ampla margem de discricionariedade aos Estados contratantes de negar ou de expelir cada apátrida que tenta entrar no seu território.

A Convenção de 1961, por sua vez, veda medidas de privação da cidadania que possam determinar a apatridia de um determinado sujeito, mas, todavia, consente a revogação no caso de declarações falsas pelo indivíduo interessado, que possam demonstrar uma “*marque de loyalisme*” em relação ao Estado em questão. A mesma Convenção específica, ainda, que a exceção deveria ser considerada de forma restritiva e, no entanto, como extrema *ratio*. Apesar da normativa convencional apresentar lacunas quanto a proteção dos apátridas, não se pode, no entanto, subtrair, como relembra Pinto de Albuquerque, que o Comitê Executivo do HCR, não só sempre insistiu para que os Estados ratificassem a Convenção de 1954 e 1961, como também adotou duas Conclusões expressamente consagradas à proteção dos apátridas, em particular, a Conclusão n. 78 (XLVI) de 1995 sobre a prevenção e a redução dos casos de apatridia e a Conclusão n. 106 (LVII) de 2006 sobre a identificação, a prevenção e a redução dos casos de apatridia.

Desta ampla panorâmica de instrumentos internacionais deriva, de modo incontestável, que o poder do Estado de individuar os próprios cidadãos, estabelecendo os critérios para a aquisição/perda/privação da cidadania, não pode ser considerado um poder absoluto, encontrando limites muito precisos impostos pelo direito internacional que tendem a eliminar a verificação de possíveis situações de apatridia.

Estes limites são ainda mais evidentes quando se examina a relevância do direito a uma cidadania no sistema convencional europeu. Uma referência explícita ao direito a uma cidadania consta no Artigo 4 da Convenção europeia sobre a nacionalidade de 1997 (que entrou em vigor em 2000) que, além de afirmar o direito do indivíduo a uma cidadania, *a contrario*, prevê a obrigação do Estado de evitar a apatridia e de não privar arbitrariamente os indivíduos da própria cidadania, no caso em que estes se tornassem apátridas. Tal artigo deve ser lido em combinação com o disposto no Artigo 7 (b) da mesma Convenção, segundo a qual, um Estado pode prever no seu ordenamento que um indivíduo poderá perder a cidadania se esta for obtida mediante conduta fraudulenta, com informações falsas ou não revelando os fatos pertinentes por parte do requerente. A ocorrência de uma destas três fatispécies pode justificar a revogação da cidadania, ainda no caso em que isto possa ter como consequência a apatridia do indivíduo. É obvio que as hipóteses de justificação da revogação da cidadania, em base às normas da Convenção de 1997, devem ser o resultado de um ato ou de uma omissão deliberada por parte do requerente e que, no entanto, tenham constituído um fator determinante para a aquisição da nacionalidade. De outra parte, segundo Pinto de Albuquerque, as normas da Convenção sobre a nacionalidade devem ser lidas, também, à luz da Recomendação R (99) 18 do Comitê dos Ministros do Conselho da Europa sobre a prevenção e sobre a redução dos casos de apatridia, segundo a qual a individualização das fatispécies justificativas da revogação da cidadania não podem ignorar o “*genuine and effective link*” do indivíduo com o Estado, princípio afirmado pela primeira vez pela Corte Internacional de Justiça, no caso *Nottenbohm*, em 1951, mas que hoje se tornou norma de direito internacional geral.

Apesar do silêncio das normas de direito material, o direito individual a uma cidadania é reconhecido, *par ricochet*, também pela CEDH em 1950, sendo dedutível, a partir da combinação do disposto no Artigo 8 CEDH, relativo à vida privada e familiar e no Artigo 3 do Protocolo n. 4 CEDH, segundo o qual ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual é cidadão, como destacado pela Corte EDH, *Karashev c. Finlândia* [dec.], 31414/96, 12 de janeiro de 1999, e em *Slivenko c. Letônia* [GC], 48321/99, 9 de outubro de 2003.

A referência às normas internacionais antes e, depois, às normas europeias que reconhecem um direito individual à cidadania, permite a Pinto de Albuquer-

que de notar, corretamente, que no caso em espécie, a Corte não adotou uma interpretação sistêmica – *une interprétation systémique* (§ 11) – das normas da Convenção. De fato, mesmo não existindo qualquer obrigação convencional de garantir uma coordenação interpretativa entre as normas CEDH e as outras normas de direito internacional em matéria de direitos humanos, a jurisprudência da Corte europeia previu, no passado, uma coordenação hermenêutica entre estas e os outros acordos internacionais, reiterando o que fora afirmado no caso *Loizidu* de 1996, no qual se sustentava “os princípios contidos na Convenção não podem ser interpretados em um *vacuum*”. Neste sentido, outras vezes, a Corte europeia estatuiu que, mesmo considerando o caráter especial da CEDH como tratado de direitos humanos, “a Convenção deveria ser interpretada, sempre que possível, em harmonia com as outras normas de direito internacional”. Desde o julgamento *Golder c. Reino Unido* de 1 de fevereiro de 1975, a Corte sustentou que, do ponto de vista metodológico, não existem diferenças entre a interpretação dos tratados de direitos humanos, inclusive a Convenção, e os outros instrumentos de direito internacional e que, em ambos os casos deve ser aplicada a norma do Artigo 31 da Convenção de Viena sobre os direitos dos tratados, de 1969, segundo a qual “1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé, com base no senso comum atribuído aos termos do tratado no seu contexto e à luz do seu objeto e do seu escopo. 2. Para fins de interpretação de um tratado, o contexto compreende, além do texto, o preâmbulo e os anexos incluídos (...) Será considerado, além do contexto: (...) c) de cada norma pertinente de direito internacional, aplicável às relações entre as partes”. À luz destas considerações é compartilhada a posição de Pinto de Albuquerque que destaca a falta de atenção da Corte na relação entre a Convenção e as outras normas internacionais, sendo limitada a afirmar que o recorrente “parece atualmente apátrida”, não considerando suficiente a carta do Cônsul do Egito que certifica a renúncia à nacionalidade egípcia e a retirada do passaporte para demonstrar a condição de apatridia do recorrente.

Depois do exame dos aspectos relevantes para o direito internacional e para o direito europeu, o juiz Pinto de Albuquerque se concentra na conduta das autoridades maltesas, para evidenciar, com base em um exame objetivo dos fatos como a acusação de má-fé não deva ser voltada ao recorrente, mas, ao contrário, às autoridades nacionais. De fato, de 19 de janeiro de 1998, data do julgamento de anulação do matrimônio, até 8 de março de 2006, data em que o recorrente fora notificado quanto ao decreto de revogação da nacionalidade maltesa como consequência do precedente decreto de 1998, Ramandan conduziu uma vida normal, não só casando-se novamente, como também obtendo uma licença comercial que lhe fora renovada por algumas vezes. Neste sentido, procedendo com a revogação da nacionalidade depois de tantos anos da anulação do casamento, as autoridades maltesas violaram o princípio *nemo contra factum proprium venire*

potest, não tendo, ao longo dos anos, colado em discussão nem o seu *status* de cidadão, nem a sua posição de comerciante (cf. opinião dissidente do juiz Pinto de Albuquerque a *Ramadan c. Malta*, cit., §16).

No que diz respeito à avaliação da necessidade e da proporcionalidade da medida adotada pelo governo maltês, a Corte europeia invoca os critérios hermenêuticos elaborados pela Corte de Justiça da União Europeia no caso *Rottmann* de 2010, em que esta, ocupando-se da revogação da cidadania alemã obtida de forma fraudulenta por um cidadão austríaco, esclarece que a revogação da cidadania adquirida com fraude não constitui, por si só, um ato arbitrário, mas, ao mesmo tempo, indica rigorosos parâmetros para avaliar a proporcionalidade, a necessidade e a oportunidade da medida: a gravidade da infração cometida, o tempo transcorrido entre a naturalização e a revogação e a possibilidade, pelo interessado, de recuperar a sua cidadania de origem. A Corte de Estrasburgo utiliza estes critérios somente em parte ou interpretando-os em modo restritivo.

Sobre a necessidade da medida, a Corte não desenvolveu qualquer consideração, nem sobre a oportunidade da mesma, a fim de tutelar a ordem pública ou a segurança pública, enquanto privados de qualquer valor probatório os precedentes judiciais, de pouca importância, de Ramadan, depois do longo lapso temporal transcorrido e também porque, como se argumenta na opinião dissidente de Pinto de Albuquerque, “a decisão ministerial de 2007 de revogação da cidadania não era baseada nos antecedentes criminais do recorrente” (*ivi*, § 17). Além disso, escasso relevo se dá à impossibilidade de recuperar a própria cidadania de origem, enquanto uma análise aprofundada é conduzida quanto a gravidade das ações do recorrente e as consequências que a medida concretamente determina. No que se refere ao primeiro aspecto, a Corte se concentra na inércia do sujeito que não se ativou para evitar as consequências negativas da revogação sobre a sua vida privada e familiar, não tendo feito requerimento, por exemplo, de uma permissão de trabalho ou residência que, no tempo teria lhe permitido de requerer novamente a cidadania. Deste particular estupor que na avaliação da Corte não exista qualquer referimento ao “*genuine and effective link*” do indivíduo com o Estado em que reside, representado neste caso pela residência prolongada em Malta, pela atividade laboral, pela presença de mulher e filhos. Ademais, a Corte não atribui qualquer destaque ao fato de que o senhor Ramadan corria risco de expulsão, destacando a inércia das autoridades maltesas nos nove anos transcorridos antes da adoção da medida de revogação. A Corte utilizou, com relação a isso, o *argumentum ad ignorantiam* (*ivi*, §22). A inércia das autoridades, ao invés de constituir um indício do estado de incerteza de que fala o recorrente, é assumida como elemento de exclusão da violação do direito à vida familiar. Não se pode não concordar, portanto, com o afirmado pelo juiz Pinto de Albuquerque na sua opinião dissidente, pela qual seria muito mais ló-

gico que a Corte afirmasse de modo claro que, na ausência de expulsão, não era reconhecida qualquer violação ao Artigo 8 CEDH.

Em conclusão, a opinião dissidente do juiz Pinto de Albuquerque à primeira sentença da Corte europeia sobre a relevância da privação de cidadania no âmbito da CEDH evidencia como a Corte perdeu uma ocasião importante para rever a sua jurisprudência sobre a existência de um direito individual a uma cidadania, dando eficácia ao caráter de “*living instrument*” da Convenção, por esta sempre reconhecido.

CRIMINALIZAÇÃO DA MIGRAÇÃO E CRISE DA SOLIDARIEDADE

FRANCESCA PELLEGRINO

A exaustiva análise operada pelo juiz Paulo Pinto de Albuquerque em apoio a Corte EDH, *Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta*, 25794/13 e 28151/13, 22 de novembro de 2016, relativo a dois menores somalis requerentes de asilo, que entraram de forma irregular em Malta por via marítima, é sintomática de uma redescoberta de humanização do fenômeno migratório.

Com um acurado método dedutivo, articulado sobre diversos planos de observação, o juiz da Corte conduz o próprio raciocínio, partindo de uma consideração a respeito da geral e deplorável tendência à “*crimigração*”, examinando, com meticuloso cuidado, seja o quadro internacional da tutela dos sujeitos requerentes de asilo, que a conexas evolução jurisprudencial, para depois atingir, com extrema linearidade e logicidade, o coração da questão, aquela da inadequação, no seu entender, da norma maltesa.

A premissa da inteira estrutura motivacional se funda em um incontroverso dado histórico-social: a migração irregular na Europa aumentou nos últimos dois decênios, atribuindo ao direito penal um papel de absoluta centralidade. De um lado, institutos como a detenção, a obrigatoriedade da ação penal e a condenação às penas detentivas, têm sido utilizadas para efeitos de aplicação da lei sobre imigração e, por outro lado, as medidas de expulsão e a detenção têm sido impostas como método de controle do crime.

Tal *modus operandi*, inevitavelmente e, em contraste com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, trouxe a ideia de considerar o migrante como “o novo inimigo”: para retomar a definição precisa contida nas motivações, “um pária social cuja presença já não é uma preciosa contribuição ao *melting pot* europeu e à sua economia em forte expansão, mas, contrariamente,

coloca em perigo a ordem social, o equilíbrio previdenciário e a organização do mercado de trabalho, como também o tecido étnico e religioso do continente”.

A tendência à criminalização do fenômeno migratório traz consigo um não secundário efeito, ou seja, a recorrente lesão do direito de defesa do requerente de asilo, em patente violação ao Artigo 5 §4 CEDH, do momento em que – como evidencia o juiz Pinto de Albuquerque – o acesso à assistência legal é praticamente impossível, interferindo de forma decisiva na capacidade do requerente de apresentar o próprio recurso.

Já destas observações preliminares, parece ser correta a posição de Pinto de Albuquerque, o qual, mesmo reconhecendo como fundada a alegada violação ao Artigo. 5 §1 (f) CEDH, considerando que a detenção “até a decisão sobre o pedido de asilo” tinha uma base jurídica suficientemente clara em tal disposição, evidenciou a necessidade de um aprofundamento maior acerca dos motivos da mencionada violação.

De fato, o direito dos Estados de controlar o ingresso e a permanência das pessoas no seu território encontra um limite na disciplina dos direitos humanos, em particular no direito ao reconhecimento do *status* de refugiado, quando ocorrem as condições requeridas pela norma internacional.

Com efeito, o Artigo 31 da Convenção de Genebra sobre os refugiados, no §1, veda a criminalização, a punição e a detenção dos requerentes de asilo, com base somente no ingresso no território nacional, sem documentos, ou não autorizado, ou ambos e, no §2, proíbe, ainda, restrições diversas daquelas necessárias e, tais restrições se aplicam somente enquanto o *status* no país não seja regularizado ou enquanto não obtenham a admissão em um outro país.

Disto decorre que os Estados podem impor restrições aos refugiados somente se necessárias. Contudo, é o próprio conceito de necessidade que constitui a pedra militar da investigação normativa e jurisprudencial internacional e europeia, assim como conduzida nas motivações da decisão.

A primazia do “princípio de necessidade” encontra confirmação, antes de tudo, na Resolução n. 41/124 adotada pela Assembleia geral das Nações Unidas de 4 de dezembro de 1986 que, na parte pertinente, assim dispõe: “Se necessário, é possível recorrer à detenção somente pelos motivos previstos pela lei, para fins de verificar a identidade; determinar os elementos sobre os quais se embasa o direito ao status de refugiado ou ao asilo; tratar casos em que refugiados ou requerentes de asilo tenham destruídos os seus documentos de viagem e/ou de identidade ou tenham utilizado documentos fraudulentos a fim de induzir em erro as autoridades do Estado que pretendem apresentar pedido de asilo; ou proteger a segurança nacional ou a ordem pública”; assim como nas Diretrizes sobre a detenção dos requerentes de asilo d UNHCR, publicadas em 1995, segundo as

quais” [s]omente onde subsistam motivos válidos para considerar que o requerente de asilo possa provavelmente fugir ou negar-se a cooperar com as autoridades, poderia ser necessária a detenção [...] É consentido reter um requerente de asilo por um período inicial limitado com o objetivo de registrar, no contexto de uma entrevista preliminar, os elementos do seu pedido de proteção internacional. Todavia, tais detenções podem ser justificadas somente onde tais informações não possam ser obtidas em ausência de detenção”.

Na mesma lógica, a normativa internacional prevê que nenhuma forma de detenção de sujeitos menores pode ser admitida, nem antes e nem depois da adoção da decisão de avaliar o pedido de asilo, enquanto medida não efetivamente necessária e inapta, considerada a vulnerabilidade das crianças.

É perfeitamente claro, no caso em exame, a contrariedade do comportamento das autoridades maltesas no que se refere aos requerimentos da normativa internacional, visto que ambos os recorrentes, no momento do desembarque, eram menores.

No processo de validação da não essencialidade do instrumento detentivo como meio de contraste à imigração irregular, destaca-se uma outra situação, aquela que se verifica quando os requerentes de asilo agem violentamente, usam documentos fraudulentos, corrompem ou tentam corromper as autoridades públicas ou recorrem a condutas enganosas. Estes, em tais casos, podem constituir uma ameaça à segurança nacional, à ordem pública ou à saúde pública. Nestas hipóteses poderia, em abstrato, contatar-se um inevitável recurso à detenção. Mas, ainda uma vez, deve-se escolher a via que não admite automatismo. E, então, por força do princípio de necessidade, é sempre oportuna uma gradação das medidas, de modo tal que venha preferido o instrumento que garanta, dentro do possível, a liberdade pessoal do interessado.

Por último, considera-se também os requerentes de asilo rejeitados, os quais, mesmo não havendo o direito de permanecer e mover-se livremente no Estado hospedeiro, não podem, na espera de serem transferidos aos seus países de origem, ser detidos, a menos que existam razões de perigo para a segurança nacional, a ordem pública ou a saúde pública.

A detenção dos requerentes de asilo rejeitados poderia, por exemplo, ser justificada quando existe um claro risco de fuga e nenhuma outra medida menos invasiva seria idônea para impedir este perigo.

Além disso, evidencia-se que, ainda que não seja possível a repatriação no país de origem, o requerente de asilo rejeitado readquire o direito de permanecer e mover-se livremente no país hospedeiro, com a consequência que eventual detenção deve cessar imediatamente.

A partir do panorama reconstruído, é notório como a normativa internacional é orientada no sentido de considerar a resposta criminalizante como *extrema ratio*, na ausência de outro instrumento apto a garantir a liberdade ou melhor, as liberdades do indivíduo. Os direitos e a liberdade da CEDH podem ser derogadas, na medida em que tal derrogação seja estritamente exigida pelas necessidades da situação (Artigo 5). O mais importante direito humano, o direito à vida, pode ser limitado somente quando é absolutamente necessário (Artigo 2 §2). As restrições aos direitos e às liberdades garantidas pela CEDH devem ser necessárias em uma sociedade democrática (Artigos 8-11).

Fil rouge que constam da normativa e da jurisprudência europeia de direitos humanos, segundo a qual, uma interpretação rigorosamente orientada à eficiência do Artigo 5 § 1 (f) CEDH é direcionada a uma ponderação de interesses, assim como, isoladamente, acolhida em alguns casos (*ex multis*, Corte EDH, *Saadi c. Reino Unido* [GC], 13229/03, 29 de janeiro de 2008), contrasta com uma interpretação sistemática da Convenção.

A avaliação da necessidade é voltada a evitar qualquer interferência com os direitos garantidos pela CEDH, incluído o direito à liberdade. O princípio de necessidade é sancionado pelas normas de base da Convenção e, todas àquelas substanciais devem, então, ser lidas sob esse prisma. A restrição dos direitos e das liberdades, consentida nos termos da CEDH, não deve ser aplicada com objetivos diversos daqueles pelos quais foi prevista (Artigo 18), o que implica que não são admitidas limitações sem um escopo ou com finalidade diversa daquela prevista na Convenção.

Isto posto, com a declarada pretensão de sintetizar os pontos mais relevantes que surgem pelo princípio de necessidade, o Juiz ressaltou que, na sua opinião, devem estar presentes as seguintes condições cumulativas: - a existência de motivos individuais que justifiquem a detenção ou medidas alternativas a esta, ou seja, de uma situação de perigo para a segurança nacional, a ordem pública e a saúde pública; - a detenção deve ser ordenada com base em uma avaliação individualizada da periculosidade do requerente, quando é necessária e não existem disponíveis outras alternativas menos invasivas; - deve ser operada em gradação de medidas alternativas à detenção; - devem subsistir rigorosos termos máximos para a detenção e para as medidas alternativas a esta, antes do registro do pedido de asilo, durante o procedimento de asilo e (depois de uma decisão de rejeição a um pedido de asilo) durante o procedimento de afastamento; - quando não subsistam mais os motivos que a justifiquem, a detenção e as medidas alternativas devem cessar imediatamente; - deve ser assegurado um procedimento célere para os requerentes de asilo detidos.

Somente com a coexistência de todos estes elementos é capaz de impedir uma aplicação arbitrária das regras da Convenção.

O princípio de necessidade deve, então, orientar a interpretação do Artigo 5 § 1 (f) da CEDH, não só com relação à detenção dos requerentes de asilo rejeitados (cf. Corte EDH *Louled Massoud c. Malta*, 24340/08, 27 de julho de 2010, e *Rahimi c. Grécia*, 8687/08, 5 de abril de 2011) e, em geral, dos migrantes (cf. Corte EDH, *Raza c. Bulgária*, 31465/08, 11 de fevereiro de 2010, e *Mikolenko c. Estônia*, 10664/05, 8 de outubro 2009), mas deve, ainda, encontrar aplicação quando o requerente de asilo for preso durante a espera do procedimento de avaliação do seu pedido (cfr. Corte EDH, *Suso Musa c. Malta*, 42337/12, 23 de julho de 2013).

E deste propósito deve a Corte europeia de direitos do homem ser a porta-voz, esclarecendo, definitivamente, que a detenção dos requerentes de asilo é, em princípio, uma medida de última instância, que pode ser aplicada somente quando não é possível optar por uma alternativa menos invasiva.

Do panorama jurídico assim reconstruído, a normativa maltesa aparece completamente desligada, uma vez que nesta a detenção dos migrantes sem documentos constitui a regra e não a exceção. Como denuncia o juiz Pinto de Albuquerque, “a aplicação da lei é cega e não vem realizada caso a caso. A privação da liberdade não é uma medida e última instância, mas uma medida de primeira e única instância”.

A respeito das condutas frequentemente cometidas pelo Governo maltês em relação aos numerosos refugiados que chegam em Malta e são detidos ilegitimamente, no caso em espécie, a minoridade dos dois recorrentes agravou a situação, a qual, se não outro, deveria ter sido reconhecida uma condição de vulnerabilidade, que *ex se* deveria excluir a legitimidade da detenção.

Um período de 18 meses – este é o tempo da detenção a que foram submetidos os menos somalis – é por si só contrário ao caráter excepcional da detenção, nos termos do Artigo 5 §1 f) CEDH.

O valor agregado da sentença de 22 de novembro de 2016 se encontra na aplicação do princípio de necessidade referente à primeira parte do Artigo 5 § 1 (f) CEDH.

Em conclusão, o Juiz destaca a exigência de abandonar o modelo de “*crim-migration*”, na medida em que continuar a retratar os migrantes como uma ameaça para a Europa e para a sociedade e como um “veneno perigoso para a vida” seria a demonstração de uma triste verdade, que a difícil situação das pessoas que escapam da guerra, da tortura e de outros tratamentos desumanos e degradantes não tocou ainda a consciência dos europeus e que, infelizmente, “a Europa não

aprendeu ainda a lição das duas guerras mundiais e de muitas outras que se seguiram no curso do século XX”.

DE PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, PALAVRAS CLARAS: A SEGURANÇA NÃO VENCE OS DIREITOS DOS IMIGRANTE

ARMANDO SPATARO

O juiz italiano Guido Raimondi, Presidente do Tribunal europeu dos direitos humanos até 4 de maio de 2019, concluído o seu artigo sobre a historia mais recente do Tribunal de Estrasburgo, afirmava que “o Tribunal permanente é também a razão pela qual, em toda a Europa, centenas de milhões de cidadãos sabem que em Estrasburgo existe um organismo de vigila constantemente sobre o respeito de seus direitos (V. G. Raimondi, I vent’anni della Nuova Corte, in *Questione Giustizia* on line).

Trata-se de uma afirmação encorajadora, cujo fundamento é confirmado pela leitura deste livro, em particular pela opinião concorrente do P. P. de Albuquerque – da do Tribunal europeu foi membro de 2011 à 2020 – THDE, Abdullahi Elmi e Aweys Abudakar v. Malta, 25794/13 e 28151/13, 22 de novembro de 2016.

É importante subinlahr como em seu texto o juiz português criticou firmemente precedentes sentenças do Tribunal: mas exatamente essas passagens criticas consentem de concluir que o Tribunal de Estrasburgo nao é um organismo burocrático e que, ao contrario, em seu interno, operam pessoas que o leva a rever a própria jurisprudência e a perseguir o caminho da proteção dos direitos humanos a qualquer custo.

Portanto, apreciáveis os esforços deste tipo podem produzir o efeito importante de estabilizar e consolidar a jurisprudência do TEDH que, por sua vez, deveriam induzir os juízes de mérito dos vários Países europeus e se conformarem a essa. A este proposito, é suficiente recordar que a Corte constitucional italiana – a partir da sentença n. 49 de 14 de janeiro de 2015 – afirmou que os juízes italianos devem respeitar a jurisprudência de Estrasburgo no caso dela ser “consolidada”, indicando também os parâmetros que consentem tal juízo. E, por sua vez, a Corte de Cassação, em 2015 e 2016, assinou um Protocolo de ciência e um Memorando com a Corte de Estrasburgo justamente para identificar, por meio de uma informação aprofundada, as linhas gerais de desenvolvimento de sua jurisprudência. Nesta perspectiva, além disso, justamente os pareceres divergentes,

assim como os contrários, podem ser de grande utilidade para os juristas que, ao estudarem as decisões da Corte e os percursos argumentativos seguidos nas várias sentenças com o objetivo de, de fato, destacar os endereços jurisprudenciais consolidados.

Venhamos então à sentença a que se refere o parecer contrário de Pinto de Albuquerque e tentemos explicar a razão de forma sintetizada: antecipo que a resposta a esta interrogação está toda na última linha do parecer, em que se lê: “O Tribunal não pode permanecer surdo à demanda global de que a jurisprudência *Saadi* seja superada”.

Esta não é, no entanto, a sentença objeto do parecer contrário, mas o indicado na premissa que, ainda que não tenha compartilhado a orientação expressa na *Saadi*, não negou abertamente, neste âmbito, alguns dos aspectos criticáveis, deixados em um limbo indefinido que Pinto de Albuquerque quis explorar até o fim com argumentações incrivelmente ricas de citações com jurisprudência, bem como com referências à doutrina no tema de imigração e às resoluções aprovadas por cada organismo ou instituição supranacional que tenham lidado com o assunto.

Os apelos do juiz português à universalidade e à irrenunciabilidade dos princípios humanitários, além disso, parecem particularmente importantes em relação à situação da Itália, cuja história recente foi caracterizada por uma sucessão normativa dos chamados “pacotes” em 2008 e em 2009, e de “decretos” em 2018 e 2019, em que as diferentes maiorias políticas vigentes têm, em boa parte, dedicando-se ao fenômeno da imigração e à chamada garantia de segurança, ao ponto de defini-los “pacotes-segurança”, ou “decretos-segurança”.

Voltando à sentença que é objeto do parecer contrário, trata-se de dois imigrantes que chegaram ilegalmente por via marítima a Malta que, embora menores (conforme comprovado pelos exames clínicos realizados), permaneceram detidos no centro de detenção Safi Barracks em Malta por longos períodos (seis meses e dois meses e meio, respectivamente), em condições desumanas e degradantes¹⁰²¹, enquanto se aguardava o pedido de asilo.

A Câmara da Sessão IV acolheu os recursos e condenou Malta por três razões: as condições do centro de detenção em contraste com o Artigo 3 da CEDH, duração injustificada da detenção e falta de um recurso rápido e eficaz para reclamar da ilegalidade da detenção, em violação do Artigo 5 §§ 1 e 4 da CEDH.

1021 NT. As prisões tem por escopo, sempre além da sentença ou provisoriamente do cárcere, a imputação de condições que violam os direitos humanos

O Juiz Pinto de Albuquerque votou a favor destas conclusões, mas redigiu parecer contrário, uma vez que, em seu entender, a sentença, ao mesmo tempo que condena Malta por violação do Artigo 5 § 1 da CEDH, devido à duração excessiva da detenção e às sérias dúvidas sobre a boa fé das autoridades de acusação, reconhecendo, no entanto, a base jurídica da própria prisão, também deveria ter enfatizado que a legislação de Malta está em conflito aberto com o padrão acima mencionado. Basicamente, se o Artigo 5 § 1 (f) da CEDH permite a privação de liberdade quando “se trate da prisão ou detenção legal de uma pessoa para impedi-la de entrar ilegalmente no território ou de uma pessoa contra a qual esteja em andamento um processo de expulsão ou extradição”, os dois menores requerentes não puderam ser detidos com vista à deportação, porque já tinham entrado no território da ilha de Malta, por terem sido imediatamente registados pela polícia local, e porque imediatamente apresentaram um pedido de asilo.

Daí a rica e complexa digressão do juiz português que, para evitar qualquer ambiguidade ligada a este tipo de decisões delicadas, reviu inúmeros casos práticos, disposições legais e práticas relativas à detenção de requerentes de asilo, bem como as normas do direito internacional dos refugiados e dos direitos humanos a nível internacional para compará-los com a interpretação do Artigo 5 § 1 (f) TEDH levada a cabo em vários processos pela Grande Câmara e algumas Câmaras, para então concluir com a análise da Lei de Imigração de Malta - da qual o autor define o “infame” Artigo 14 § 2 do Capítulo 217 (“Se tal decisão de retorno for acompanhada de uma ordem de remoção, a pessoa contra a qual tal ordem é feita pode ser detida sob custódia até que seja removida de Malta (...)”) - e as práticas nele implementadas em relação à detenção de refugiados e requerentes de asilo.

Mas preliminar a tudo isto está, no parecer contrário que se segue, a denúncia da tendência global, também, e sobretudo na Europa, para a “crimigração”: confesso que não conhecia esta terminologia que, creio, deva se referir à tentativa de fazer crer que todos, ou quase todos os imigrantes, são criminosos (enfatizando a necessidade de repressão criminal a ponto de inventar novos comportamentos puníveis para eles), bem como o esforço para não deixá-los entrar em nossos Estados (ou para expulsá-los assim que possível), mesmo que procurem asilo ou proteção contra a perseguição, pois seriam uma fonte de riscos para a nossa segurança.

Desta forma, lembra Pinto de Albuquerque, “o mecanismo de repressão estatal, incluindo detenção, acusação e reclusão, é utilizado para o controle da imigração, enquanto, por outro lado, as medidas de expulsão, deportação e

detenção são aplicadas, neste sentido, como métodos controle da criminalidade”.¹⁰²²

Mesmo não especialistas, lendo o parecer contrário, facilmente perceberão que se essas práticas e orientações não forem contrastadas nos fóruns legítimos (como os listados em detalhe pelo juiz português: Nações Unidas, Conselho da Europa, Parlamento Europeu, como bem como o TEDH, o Tribunal de Justiça da União Europeia, etc.), os Estados que - na ausência de sanções políticas eficazes - cometam violações semelhantes dos direitos fundamentais da pessoa continuarão a exercer o monopólio da violência legítima que, como disse Max Weber, é sua prerrogativa. E continuarão a justificar as suas escolhas criticáveis em termos de políticas de imigração em nome da “segurança”, proclamada como uma prioridade absoluta: é certamente um direito dos cidadãos, mas, agora, também uma marca publicitária eficaz dos Estados, a ponto de ser possível qualificá-la como “segurança imoral” (C. Bonini, *La Repubblica*).

De forma perfeitamente aceitável, Pinto de Albuquerque sublinhou então que certas tendências estão permeadas pelo vergonhoso legado de racismo e xenofobia do século XX, como o demonstram também os fatos sobre os quais recaem as frases mencionadas em seu parecer contrário.

A xenofobia mencionada pelo juiz português está, infelizmente, crescendo em muitas partes do mundo, na Itália juntamente com manifestações neofascistas, favorecendo repetidas violações do direito e do dever de solidariedade. Não é de surpreender que o Presidente da República, Mattarella, tenha repetidamente se pronunciado, lembrando, dentre outras coisas, que “o veneno do racismo continua a penetrar nas fraturas da sociedade e entre os povos. Cria barreiras e aumenta as divisões. A tarefa de cada civilização é impedir que se regenere”.

Na Itália, em particular, os “pacotes de segurança” dos anos 2008/2009 favoreceram a disseminação da xenofobia descontrolada. Por outro lado, basta recordar que em 23 de Maio de 2008, o Governo promulgara um decreto intitulado “Medidas urgentes no domínio da segurança pública”, que, posteriormente, foi convertido em lei, cuja filosofia era evidente desde a nova denominação dos Centros de detenção temporária de imigrantes irregulares, que, de então até 2017, foram denominados “Centros de Identificação e Expulsão”, locais de longa detenção administrativa, sem culpas e crimes, como se a finalidade da identificação fosse apenas a posterior expulsão: justamente centros tais como os referidos pelo juiz português, que recorda a frequência com que estes locais são transformados em verdadeiras prisões, ainda que com denominações diferentes e ambíguas, ou

1022 NTA “seletividade penal” não se dá apenas contra a pobreza e a raça mas aplica-se em normas criadas para criminalizar o/a migrante

mesmo localizadas em estações de polícia, permitindo, de todo modo, dar origem a “uma prática de mercantilização e desumanização de migrantes e requerentes de asilo...” causando-lhes “danos psicológicos persistentes, especialmente no caso de menores”.

Com o decreto, foi também introduzida no Código Penal a nova circunstância agravante, declarada inconstitucional dois anos depois, para os crimes cometidos por pessoa que se encontre ilegalmente em território nacional, mesmo na ausência de qualquer relação entre essa condição e o crime cometido. Desta forma, “o que sempre foi atenuante do crime na lei, a pobreza por exemplo, mas também o medo, o naufrágio e até a raiva étnica quando existe, se transformou em um agravante” (F. Merlo, *La Repubblica*).

Encontro-me, portanto, nas palavras de Pinto de Albuquerque, quando denuncia a demonização dos migrantes irregulares simplesmente como criminosos.¹⁰²³

Mas mesmo o mais recente “Decreto de Segurança” (Decreto Legislativo nº 113 de 4 de outubro de 2018), de que tanto se gabava o Governo italiano então em exercício, contém muitas disposições inaceitáveis, incluindo, a título de exemplo, a revogação da “proteção humanitária”, uma ampliação dos critérios de negação e revogação da proteção internacional, detenção de estrangeiros durante a execução de expulsões, bem como a revogação do registro de requerentes de asilo ou proteção internacional alojados nos Centros competentes que aguardam a decisão sobre o pedido.

Igualmente criticável é o chamado “Decreto de Segurança-bis” (decreto legislativo n. 53, de 14 de junho de 2019, convertido em lei com recurso ao voto de confiança que sufocou o debate no Parlamento): a “política de portas fechadas” foi reforçada e também previu a sua imposição de pesada sanção administrativa (até um milhão de euros e o confisco obrigatório do navio), a cargo do capitão do navio, e com responsabilidade solidária do armador, que não observa as limitações e proibições eventualmente estabelecidas pelo Ministro do Interior com base nos novos poderes que lhe são atribuídos.

Em tempos mais recentes, com o governo vigente desde setembro de 2019, tem havido muitas declarações de políticos que, com base nas constatações do Chefe de Estado, prometeram uma mudança radical nas regras mais criticadas dos dois decretos de segurança mencionados, mas ainda nada foi feito. Pelo contrário, a opção pelo fechamento dos portos parece ser retomada: em 7 de abril de 2020, um decreto interministerial estabeleceu que “durante todo o período de

1023 NT .A busca do direito penal como solução de conflitos sociais, afasta a garantia dos direitos humanos.

emergência sanitária nacional decorrente da propagação do vírus COVID-19, os portos italianos não asseguram os requisitos necessários para a classificação e definição de *Place of safety* (“lugar seguro”), em virtude das disposições da Convenção de Hamburgo, sobre busca e salvamento marítimo, para os casos de salvamento realizados por unidades navais que arvoram bandeira estrangeira fora da área SAR italiana”. O risco - como disse o ex-ministro Marco Minniti - é o de haver fantasmas não identificados e indetectáveis em nosso território, vivendo em beliches ilegais, e potenciais surtos de epidemia.

É como se a pandemia que o mundo está sofrendo tragicamente se tornasse mais uma causa de repulsão de imigrantes. Não é por acaso que o homem dos muros, Donald Trump, tuitou sua decisão em 20 de abril: «À luz do ataque do Inimigo Invisível (ou seja, o vírus Covid 19: conferir) e para proteger os empregos de nossos grandes cidadãos Americanos, assinarei uma ordem executiva para suspender temporariamente a imigração para os Estados Unidos”.

No seu parecer contrário, Paulo Pinto de Albuquerque cita relatórios e dados sobre o nível do número de refugiados sem precedentes na Europa, requerentes de asilo rejeitados, apátridas, vítimas de tráfico de seres humanos e imigrantes irregulares presos com base em legislações nacionais questionáveis que também valorizam práticas administrativas discricionárias para desencorajar ou punir o ingresso e a presença ilegal no país, ou mesmo negando ou limitando a possibilidade de revisão judicial.

Tudo na presença – observa o juiz português – de múltiplas fontes supranacionais, a começar pela Convenção de Genebra sobre os refugiados de 1951, que proíbe a detenção de requerentes de asilo (Artigo 31º §§ 1º e 2º) e garante a liberdade de circulação e de escolha de residência para refugiados presentes no território do estado (artigo 26), em conformidade com os princípios enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (em particular nos artigos 13, 14 e 15), dos quais não podem se afastar nem mesmo as Constituições e leis nacionais dos Estados que assinaram esta Declaração.

Naturalmente, Pinto de Albuquerque, citando também as conclusões atualizadas do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, certamente não descarta a possibilidade da detenção legal de requerentes de asilo responsáveis por condutas ilegais ao abrigo das leis penais e processuais do Estado, ou que constituam um perigo para a segurança nacional, a ordem pública ou a saúde coletiva.

Mas, para além da necessidade de aplicar medidas escolhidas com base num critério de proporcionalidade entre o grau de perigo de um lado, e a atenção aos interesses coletivos de outro, devemos nos perguntar: qual é o perigo para a segurança nacional? Antes de mais nada - lembra o juiz português - é diferente do

perigo para a ordem pública no que diz respeito aos riscos para a vida da nação como um todo. Mas pode este perigo ser configurado a partir de uma simples hipótese ou deve ser um fato comprovado? A questão não é ultrônica se considerarmos que, na Itália, em 20 de março de 2019, o Senado negou a autorização para proceder a julgamento na questão do Ministro do Interior *pro tempore*, investigado por sequestro, que – em sua defesa - afirmara que a detenção prolongada a bordo do navio *Diciotti* (de 15 a 25 de agosto de 2018) de 177 migrantes resgatados no mar, deveu-se também ao risco primário de que os imigrantes pudessem ser terroristas: uma declaração que não tinha nenhum respaldo e que - como também recorda Pinto de Albuquerque - tem sido amplamente usada por anos sem provas para afastar o “inimigo-imigrante”. De fato, a hipótese de “terroristas imigrantes” nos barcos nunca encontrou confirmação nas sentenças, nem na Itália nem, pelo que se sabe, na Europa. Portanto, trata-se de alegações não comprovadas, como aquelas segundo as quais as ONGs que resgatam imigrantes no Mediterrâneo são contrárias no tráfico de seres humanos. Assim, esquece-se que precisamos de informações precisas (acompanhadas de indicação de nomes, datas e provas) antes de lançar alarmes de segurança pública, tudo com base na teoria do “não se pode desconsiderar que...”.

Além disso, no parecer em questão, é muito articulada a análise, por um lado, de todas as hipóteses que são geralmente usadas na base nas detenções dos requerentes de asilo e que, pelo contrário, não deveriam ser consideradas suficientes para justificá-las, e, e além da “incompatibilidade de qualquer forma de detenção em relação à situação de vulnerabilidade das crianças, tanto antes como depois de ter sido tomada uma decisão sobre o pedido de asilo”.

Após a análise da legislação internacional em vigor sobre os direitos fundamentais dos requerentes de asilo e refugiados (para os quais certamente não se podem prever limitações especiais), a segunda parte do parecer contrário aborda, com firmeza e objetividade, a tendência do Tribunal de legitimar, em particular com a sentença *Saadi c. Reino Unido* (TEDH, *Saadi c. Reino Unido* [GC], 13229/03, 29 de Janeiro de 2008)¹⁰²⁴ o encarceramento excessivo de requerentes de asilo, acabando, assim, por prevalecer - escreve Pinto De Albuquerque - “as considerações de eficiência (...) sobre a liberdade”.

Segue-se uma crítica aprofundada a essa sentença na parte em que considerou suficiente a não arbitrariedade da detenção imposta ao requerente de asilo como critério substitutivo do de necessidade, terminando, assim, com a emissão

1024 NT. “5. Assistência jurídica O requerente deve beneficiar, desde o início, das máximas garantias processuais. Os requerentes devem beneficiar de uma assistência jurídica de qualidade que lhes permita compreender os seus direitos. Deveria ser garantida assistência jurídica num prazo inferior ao previsto (72 horas), como decidido pelo TEDH nas tantas vezes citada Sentença *Saadi* contra Reino Unido, ao considerar que um prazo superior a 48 horas constitui uma violação do n.º 2 do artigo 5.º da CEDH.”

de “cheque em branco às autoridades estatais de requererem o encarceramento no momento em que lhes convenha” sem sequer avaliar possíveis soluções alternativas menos afritivas e, assim, colocando-as na confortável situação de sempre poderem alegar ter agido de boa fé ao requerer a detenção de um requerente de asilo.

Os §§ 23 e 24 do parecer contrário parecem ser importantes a este respeito, pois estabelecem, respectivamente, as condições cumulativas que permitem considerar satisfeitos o princípio da necessidade de detenção e o dever de sempre testar a proporcionalidade da medida, que é o equilíbrio entre o direito à liberdade pessoal e os interesses jurídicos e sociais que os Estados devem proteger.

Já foi dito que pareceres divergentes ou contrários em relação às sentenças da TEDH também servem para identificar as linhas gerais de desenvolvimento de sua jurisprudência e as diretrizes consolidadas: ora, os §§ de 25 a 29 do parecer contrário de Pinto De Albuquerque são a prova disso. O juiz português, de fato, revê várias das sentenças do Tribunal, demonstrando o quão gradualmente algumas delas determinam uma “silenciosa, mas crescente revolta contra Saadi e os seus efeitos”.

Portanto - afirma Pinto de Albuquerque com a sua habitual firmeza, livre de rodeios e ambiguidades - “é tempo de a Grande Câmara repensar a infeliz abordagem de Saadi à luz do direito internacional dos refugiados e dos direitos humanos e afirmar inequivocamente (...) a detenção de requerentes de asilo é, em geral, uma medida de último recurso e pode ser aplicada quando não estiver disponível outra medida alternativa menos invasiva”.

Os parágrafos finais do parecer contrário aqui analisado dizem respeito, em primeiro lugar, à descrição da situação em Malta, onde “a detenção de imigrantes indocumentados é a regra (...) a aplicação da lei é cega (...)” e a possível extensão temporal da detenção “mostra o pior lado do regime maltês”. Daí a esperança de que esta legislação seja repensada.

Por fim, em seu parecer contrário, Pinto de Albuquerque afirma que a importante novidade da sentença a que se refere reside no fato de o Tribunal ter aplicado expressamente ao caso específico, com êxito negativo, o “teste da necessidade” à interpretação do Artigo 5 § 1 (f), procedimento lógico recusado em *Saadi*. Isso constitui o valor observável do caso: “uma ordem de expulsão motivada apenas por conveniência burocrática do Estado equipara as pessoas atingidas a bens materiais”.

Vladimiro Zagrebelsky destacou, anos atrás, que o Tribunal de Estrasburgo faz da Europa um modelo de civilização jurídica para o resto do mundo, e Antonio Cassese escreveu que “todas as manhãs, quando nos levantamos, devemos nos alegrar em viver na Europa (...) temos a sorte de sermos protegidos por um

extraordinário órgão de justiça, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que monitora nossos direitos fundamentais (...) e ajuda a nos manter longe da arbitrariedade e da barbárie”.

O caminho ainda é longo, mas posições como as expressas em defesa dos direitos fundamentais das pessoas por Pinto de Albuquerque nos levam a acreditar plenamente nas palavras de Zagrebelsky, Cassese, Raimondi e outros: naturalmente, também no resto da Europa, como acontece na Itália, sempre haverá quem acuse os magistrados de forçar a interpretação das leis e de violá-las em nome de opções políticas pessoais, mas os magistrados - que não são burocratas - conhecem seus deveres, dentre os quais prima o de se questionar, sobretudo em época de populismo e soberania, sobre a conformidade das leis que aplicam à CEDH.

O juiz português nos demonstra que explicar a jurisprudência da TEDH e esperar sua evolução, mesmo por meio de críticas justas e documentadas das contradições encontradas, não apenas pode contribuir para aumentar a autoridade do Tribunal e dar vida àquela orientação consolidada que deveria ser obrigatória para os juízes nacionais, mas também favorece o processo homogêneo das democracias continentais.

Obrigado, portanto, a Paulo Pinto de Albuquerque.

DIREITOS DE FRONTEIRA: O M.A. C. LITUÂNIA E O PARECER CONTRÁRIO DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE

ELENA VALENTINI

1. O fato objeto da decisão

A sentença do TEDH, *M.A. e outros c. Lituânia*, 59793/17, de 11 de dezembro de 2018, diz respeito a uma família de sete cidadãos russos (constituídos por pai, mãe e cinco filhos) que, após terem tentado várias vezes requerer proteção internacional na fronteira da Rússia com a Polónia, na Primavera de 2017, em três ocasiões diferentes - conjuntamente levadas ao conhecimento do Juiz de Estrasburgo - deslocou-se à fronteira lituana para pedir asilo, com base em fundados receios de perseguição por motivos imputáveis à “questão chechena”.

Embora os requerentes tenham manifestado essa intenção, os agentes fronteiriços sempre lhes negaram a possibilidade de entrar na Lituânia (e, portanto, tanto em 16 de abril como em 11 e 22 de maio de 2017), enviando-os de volta à Bielorrússia, baseando as repetidas negativas na ausência de um visto para entrar no país báltico. Em pelo menos duas ocasiões (as duas últimas), eles também foram detidos por várias horas em dois postos fronteiriços diferentes.

Se em um dos três contatos com a guarda de fronteira lituana a manifestação do desejo de requerer asilo fora expressa oralmente (e, portanto, não por escrito) e em russo, outras tentativas foram indubitavelmente mais difíceis de “não serem compreendidas” pelos agentes encarregados do controle. Em particular, durante um acesso, ao assinar as decisões de repatriamento para a Bielorrússia, os dois primeiros requerentes escreveram “asilo” em cirílico; numa tentativa posterior, exibiam aos agentes um módulo de requerimento de proteção internacional já preenchido, sem, no entanto, obter o registro da própria demanda; em nenhum dos três distintos acessos à fronteira lhes foi assegurado o contato com um intérprete, o que naturalmente contribuiu com a impossibilidade de formalizar o pedido de asilo.

Consequentemente, foi frustrada a própria possibilidade de iniciar o procedimento de reconhecimento das condições de proteção internacional. No caso específico, o requerimento de asilo teria fundamento, uma vez que os requerentes, de origem chechena e, na época, residentes na Bielorrússia, foram obrigados a voltar ao país de origem, onde um dos requerentes foi detido e gravemente agredido pela polícia penitenciária.

O caso de rejeições na fronteira com a Lituânia levou os requerentes a reclamarem perante o Juiz de Estrasburgo a violação dos artigos 3 e 13 da CEDH. A Câmara do Tribunal acolheu o recurso em relação aos dois perfis de ilegalidade convencional reclamados. Em particular, primeiramente, foi rejeitada a objeção, avançada pelo governo lituano, relativa à falta de esgotamento dos recursos internos: no caso concreto, a ausência de um intérprete havia, por si só, prejudicado a possibilidade de compreender os motivos da recusa, e, portanto, também o de contestar as medidas relativas a tal. Quanto ao mérito, a Corte, em acordo com sua jurisprudência anterior (ver, dentre outros, TEDH, *Hirsi Jamaa e outros c. Itália [GC]*, 27765/09, 23 de fevereiro de 2012; *Khlaifia e outros c. Itália [GC]*, 16483/12, 15 de dezembro de 2016) invocou a obrigação, que incumbe aos Estados Contratantes, de assegurar o exame das situações individuais de todos os requerentes de asilo, a fim de evitar expô-los a tratamentos desumanos ou degradantes. E tanto mais quando os estrangeiros expulsos - como no caso em questão - se destinam a um país terceiro em relação aos aderentes ao Conselho da Europa.

No caso em apreço, uma vez reconhecido que a legislação lituana exige que os guardas de fronteira se responsabilizem pelos pedidos de asilo apresentados na fronteira, tratava-se de verificar se tal pedido tinha sido efetivamente apresentado pelos requerentes. Pois bem: apesar das perspectivas representadas pelo governo lituano, segundo as quais nenhum pedido de asilo foi feito, os elementos que surgiram provaram o contrário: a presença na fronteira e a tentativa de escrever “asilo” (“azul”) em as menções documentais assinadas pelos requerentes (no que diz respeito à tentativa de acesso em 16 de abril de 2017) deveriam ter levado a

uma abordagem muito diferente por parte dos agentes encarregados da guarda das fronteiras; nem a justificativa - também avançada pelo Governo lituano - segundo a qual os agentes em causa não compreendiam a língua russa (falada pelos requerentes) foi considerada significativa pela Corte: teria sido tarefa do Estado formar linguisticamente seus funcionários ou, alternativamente, garantir o acesso efetivo a um intérprete (especialmente tendo em conta que a Lituânia e a Bielorrússia são estados vizinhos)¹⁰²⁵. De maneira mais geral, a Corte reconheceu que, no caso em questão, os requerentes fizeram todos os esforços razoáveis para apresentar seu pedido de proteção internacional, o que, aliás, não requer fórmulas particulares, pois poderia ser formulado também oralmente; apesar disso, foram concretamente impedidos de exercer o seu direito de asilo. Não só isso: a recusa de entrar no território lituano também resultou na falta de qualquer verificação sobre a violação da proibição de repressão.

Por essas razões, a Corte constatou violação do Artigo 3 da CEDH; e dado que os requerentes não puderam recorrer a um recurso efetivo, a Lituânia foi condenada por também ter infringido o Artigo 13 da CEDH.

2. O parecer contrário do juiz Pinto de Albuquerque

A matéria se coaduna com a anterior jurisprudência do Tribunal, valorizada no amplo e articulado parecer favorável do Juiz Pinto de Albuquerque, que, em particular, dentre outros, refere-se - repetida e muito apropriadamente - a dois precedentes bastante significativos: o referido caso *Hirsi Jamaa c. Itália*, e TEDH, *De Souza Ribeiro c. França* [GC], 22689/07, de 13 de dezembro de 2012, ambos sujeitos a importantes decisões da Grande Câmara.

Em particular, e, ainda que no caso em questão, o governo lituano não tenha alegado falta de jurisdição, o parecer favorável opta por se deter precisamente neste perfil preconceituoso, que é decisivo para verificar a taxa de eficácia das garantias reconhecidas pelo direito convencional.

Este aspecto é de particular importância e foi abordado várias vezes em eventos sobre o respeito aos direitos dos imigrantes. De fato, embora a Convenção Europeia contenha poucas disposições que mencionem expressamente os estrangeiros (como o artigo 16.º da CEDH, ou os artigos 4.º do Protocolo n. 4 da CEDH e 1.º do Protocolo n. 7 da CEDH), neste sentido, é decisivo o Artigo 1 da CEDH, em virtude do qual, uma vez que um indivíduo entre no território de um Estado-Membro, ele recebe as garantias fundamentais do direito convencional (incluindo não apenas os direitos especificados pela Convenção,

1025 NT. A previsão de tais situações não pode fugir as razões do Estado e especialmente quanto a condição de asilos

mas também os reconhecidos pelo Tribunal europeu por consequência, segundo uma reconstrução elaborada com base na famosa CEDH, *Soering c. Reino Unido*, 14038/88, 7 de julho de 1989).

Não é coincidência, portanto, que a falta de jurisdição tenha sido alegada em diversas ocasiões pelos Estados resistentes; isto foi feito para evitar a aplicação da CEDH, de modo a evitar a interferência na gestão da sua política de migração por parte dos juízes de Estrasburgo, muitas vezes chamados a avaliar a violação (dentre outros) dos artigos 4 do Protocolo nº. 4º e 3º da CEDH. Nesse sentido, o papel do Tribunal foi decisivo, especialmente considerando que a intensidade da proteção a que se refere o Artigo 3 da CEDH é mais penetrante do que a do Artigo 33 da Convenção de Genebra de 1951 sobre Refugiados, prestando-se a proteger não só o indivíduo que pode ser perseguido (por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou político), mas também aquele que, no país de destino, corra o risco de ser exposto a tortura ou tratamento desumano e degradante.

No caso em específico, a violação da proibição de expulsões coletivas não foi acionada pelos requerentes, (acredita-se que) com base no número reduzido de estrangeiros expulsos (a família era composta por sete membros); o recurso, de fato, fundou-se exclusivamente na transgressão do dever de proteção, indiretamente e conseqüentemente, nos termos do Artigo 3 da CEDH. Ainda assim, a fenomenologia do caso recorda, de todo modo, e muito de perto, a tipicidade dos casos em que foi considerado transgredido também o Artigo 4 do Protocolo n.4: conforme destaca o parecer contrário do juiz Pinto de Albuquerque, se a violação de tal disposição tivesse sido objeto de recurso, dificilmente o Tribunal teria podido negar sua existência. Além disso, de acordo com a jurisprudência convencional, o critério decisivo do qual deriva o incumprimento da proibição de expulsões coletivas não é constituído pelo número de pessoas envolvidas (ou por certas características étnico-sociais comuns), mas pela ausência de um exame da situação individual de cada um dos estrangeiros que compõem o grupo, incluindo um procedimento de identificação adequado e o direito de apresentar seus argumentos contra as medidas tomadas pelas autoridades competentes (CEDH, *Khlaifia e outros c. Itália*, cit., §§ 237-242).

No nosso caso, os requerentes foram bloqueados na fronteira; a sua entrada no território lituano não foi, portanto, questionada, mas, de fato, “recusada”. Com seu parecer contrário, o Juiz Pinto de Albuquerque ressalta a necessidade de afirmar, mesmo em um caso como este, a necessidade de reconhecer a jurisdição do Estado; e isso também independentemente de o estrangeiro que pretende requerer proteção internacional ter ou não atravessado formalmente a fronteira. Deste ponto de vista, o parecer diz respeito a um conceito amplo de expulsão, adequado para incluir, em casos particulares, qualquer forma de afastamento for-

çado, também identificável numa rejeição na fronteira. Nesse sentido, a referência à decisão proferida pela Grande Secção no caso *Hirsi Jamaa*, cit., que interpretou de forma extensiva e garantidora tanto do conceito de jurisdição (para efeitos do artigo 1.º da CEDH) como, de fato, de expulsão (para verificar a violação ou não da proibição das expulsões coletivas), determinando assim o fim da temporada de expulsões em alto mar inaugurada pelo governo italiano em maio de 2009.

Quanto à noção de jurisdição - que identifica uma condição necessária para que a responsabilidade de um Estado-Membro se configure em relação às suas ações ou omissões - o Tribunal demonstrou mais de uma vez que adere a uma concepção substantiva e não formalista: dada a essência basicamente territorial do conceito jurídico relacionado, efetivamente foi atribuída relevância ao conceito de jurisdição *de facto*, que foi reconhecido tanto para os territórios ocupados quanto para as áreas marítimas subtraídas da soberania do Estado (como foi o caso da rejeição em alto mar no caso *Hirsi Jamaa*).

É notável, portanto, a importância deste parecer contrário, que reafirma fortemente a necessidade de não se desviar das resoluções garantidas alcançados pelo Tribunal em decisões históricas para a defesa dos direitos dos imigrantes; resultados alcançados, na realidade, também pelo aperfeiçoamento da noção de jurisdição *de facto*, de modo a interpretar de boa fé os princípios convencionais.

Insistir nessas conquistas em dezembro de 2018 (quando o caso *M.a.c. Lituânia* foi decidido) era tudo menos pleonástico, como foi evidenciado pelo surgimento de novas práticas evidentemente destinadas a escapar das garantias convencionais. Basta pensar no fenômeno da chamada “rejeição por procuração”, um *modus operandi* que, no Mediterrâneo, vê as rejeições operadas pela Guarda Costeira da Líbia por “indicação” e com a ajuda das autoridades marítimas italianas (se não mesmo por meios navais disponibilizados pela Itália): uma prática claramente destinada a contornar os princípios expressos em relação ao nosso país na decisão *Hirsi Jamaa*, e que em maio de 2018 foi objeto de recurso ao Juiz de Estrasburgo.

3. Um parecer contrário ou um aviso para o futuro?

A referência às sentenças *Hirsi Jamaa* e *De Souza Ribeiro* é, portanto, extremamente valiosa, em um contexto que vê o Tribunal atingido por forte pressão dos Estados membros; pressões repetidamente evocadas pelo juiz Pinto de Albuquerque, e que - com o olhar de hoje, quando esta breve nota introdutória é escrita - parecem ter violado os desenvolvimentos mais recentes da jurisprudência europeia.

Alude-se, como se pode imaginar, ao conteúdo da polêmica decisão recentemente emitida pelo TEDH *N.D. e N. T. c. Espanha* [GC], 8675/15 e 8697/15,

de 13 de fevereiro de 2020. A história surgiu do recurso interposto por dois cidadãos de nacionalidade maliana e marfinense, que solicitaram que o Tribunal revisse a antiga questão das rejeições sumárias de imigrantes em fronteiras terrestres que separam o enclave espanhol de Melilla do Reino de Marrocos.

Com esta decisão, embora declarando rever as suas posições anteriores, a Grande Câmara chegou, efetivamente, a uma conclusão inédita, aliás, com uma mudança de orientação muito acentuada face à expressa em 3 de outubro de 2017 pela sentença da Câmara sobre a mesma questão (que, por outro lado, havia constatado a inobservância da proibição de expulsões coletivas): uma mudança de orientação em alguns aspectos semelhante à já observada nas relações entre a pronúncia Câmara (de 1º de setembro de 2015) e o da Grande Câmara (de 5 de dezembro de 2016) no caso *Khlaifia e outros c. Itália*, que, como se sabe, havia descartado a violação do Artigo 4 do Protocolo nº. 4, no que diz respeito ao *modus operandi* seguido no centro de primeiros socorros e assistência em Lampedusa, atribuindo um significado decisivo ao fato de que, de qualquer forma, os requerentes tiveram a possibilidade de uma entrevista individual (ver CEDH, *Khlaifia e outros c. Itália* [GC], 16483/12, 15 de dezembro de 2016).

Em particular, a sentença da Grande Câmara de 13 de Fevereiro de 2020 - apesar de ter rejeitado o argumento com que o Governo espanhol tinha admitido a sua falta de jurisdição em relação ao caso dos requerentes (que tinham sido rejeitados “no local” na terceira e última barreira instalada na fronteira entre o território marroquino e o espanhol) - no entanto, descartou a violação da proibição de expulsão, afirmando que a conduta dos dois imigrantes devia ser considerada culpada, uma vez que não utilizaram os canais regulares de acesso à Espanha.

A decisão chegou a tal resultado com base em uma reconstrução sem precedentes do conceito de “conduta culposa” do requerente. Observando mais de perto, esse conceito apareceu várias vezes na jurisprudência anterior do Tribunal; exceto que, antes dessa pronúncia, havia sido recusado em um contexto bastante diferente. Se, de fato, até hoje o Tribunal qualificara como “conduta culposa” a do imigrante que se recusasse a mostrar os próprios documentos de identidade aos agentes policiais (TEDH, *Berisha e Haljiti c. Antiga República Iugoslava da Macedônia* [dez.], 18670/03, 16 de junho de 2005), no caso de *ND e N. T. c. Espanha*, a “conduta culposa” passou a ser quando o imigrante faz a entrada ilegal em um Estado ainda que tenha a possibilidade concreta de recorrer a locais de entrada que garantam a possibilidade de solicitar proteção internacional.

Refletindo a respeito, uma possível aproximação entre as duas noções diferentes de “conduta culposa” talvez se encontre precisamente na posição tomada pela Grande Câmara com o pronunciamento *Khlaifia*, do qual se deduz que é “culposa” (no sentido de “atribuível ao requerente”) a conduta do estrangeiro que

não tenha se beneficiado da oportunidade de realizar uma entrevista individual que lhe tenha sido de fato concedida. Mas, mesmo que queiramos encontrar essa possível linha de continuidade entre as duas sentenças da Grande Câmara (a de 13 de fevereiro de 2020 e a de 5 de dezembro de 2016), o “salto qualitativo” ainda parece inegável; tanto mais considerando que, no caso *Khlaifia*, a Itália apresentou elementos de prova dos quais foi possível extrair, pelo menos, a possibilidade, para os requerentes, de uma entrevista individual.

À luz desses novos desenvolvimentos, torna-se, então, uma prioridade enfatizar o conteúdo do parecer contrário relatada abaixo, que não surpreendentemente inclui extensas referências à história *N.D. e N. T. c. Espanha*, à época, já confrontada com a sentença da Câmara da Corte, mas ainda no predicado de ser definida por esta última: um parecer que, lido hoje, é quase profético, e é movido pela preocupação com o clima hostil amadurecido rumo às posições e ao papel do Tribunal como órgão de garantia (também) dos direitos dos imigrantes.

Na medida em que o TEDH chegou a afirmar que - nos casos em que o estrangeiro dispõe de meios legais para apresentar o pedido de proteção internacional - a eventual entrada ilegal na fronteira terrestre conduz a uma “conduta culposa”, de modo a excluir a violação do Artigo 4 do Protocolo nº. 4 da CEDH, torna-se, de fato, essencial evitar situações como as que ocorreram no caso *M.A c. Lituânia*: um caso em que, apesar das múltiplas tentativas feitas pelos requerentes (em três postos fronteiriços separados), as autoridades estatais sempre evitaram registrar seus pedidos de asilo. Na realidade, de fato, no caso em questão, a conduta dos requerentes fora “inocente”; mesmo assim, o seu direito de pedir asilo foi efetivamente frustrado pelo comportamento dos agentes fronteiriços.

CAPÍTULO III

HUMANIDADE, LEGALIDADE E IRRETROATIVIDADE DAS SANÇÕES PENAIS

AS QUESTÕES DE PRINCÍPIO

*A GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA E A EXECUÇÃO DA PENA NA VISION DE UM
JUIZ EUROPEU*

FABIO FIORENTIN

1. Alguém se referiu uma vez a Paulo Pinto de Albuquerque como o “juiz dos deixados para trás”, aludindo à sua particular e apaixonada atenção aos perfis de tutela daqueles que, por desvantagens sociais, culturais ou físicas, representam, de fato, os “*left behind*” da nossa sociedade: estes, muitas vezes, não apenas aos olhos de outros consociados, mas, infelizmente, também nas salas dos tribunais e nas prisões, colocados à margem por conta de defesas pouco articuladas e recursos inadequados para programar percursos de execução externa alternativos à detenção, voltados à ressocialização.

O traço distintivo da visão com que o juiz Pinto de Albuquerque afrontou a função de juiz do Tribunal europeu dos direitos do homem retorna continuamente aos *pareceres* retomados no presente capítulo, dedicado a casos que tinham relação com direitos dentre os “mais essenciais”, dentre aqueles que deveriam conotar um sistema inspirado nos princípios da civilidade jurídica.

Em frente à extrema dificuldade – que já revelada Gadamer – de retomar em síntese as linhas gerais no estudo do “caso a caso” que se colhe, às vezes mais com intuição do que com razão, o sentido mais profundo da missão do Tribunal dos direitos do homem, mas também – como será dito nas linhas conclusivas destas páginas – a forte crise que esta está atualmente atravessando.

Se os valores constitucionais e convencionais da legalidade e irretroatividade das sanções penais constituem, na realidade, um baluarte irrenunciável das liberdades fundamentais do cidadão, é, todavia, o cânone fundamental da humanidade na execução das penas que acrescenta a tais garantias de liberdade uma dimensão quase “revolucionária”, ambiciosamente palingenética e, simultaneamente, eticamente justificável do “punir”.

O ponto de fuga da perspectiva adotada nos pareceres de Pinto de Albuquerque é, portanto, a dignidade da pessoa humana, que encontra tutela no Artigo 3 da CEDH.

Afirmar isto não significa nada além de englobar com um olhar panóptico todos os direitos fundamentais que justamente na dignidade humana encontram a própria *ratio essendi* e se recompõem na unidade: Gaetano Silvestri escreve, a este respeito, que a dignidade da pessoa humana, “enquanto premissa dos direitos fundamentais, não é um direito fundamental em si mesmo, mas síntese de todos os princípios e direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Não pode ser posta na balança, pois é ela própria a balança sobre a qual se ordenam os bens constitucionalmente protegidos, que sofrem compressões e correspondentes aumentos nos limites da proteção da dignidade, que nasce plena em todos os indivíduos, não se adquire por mérito e não se perde por demérito”.

A garantia da dignidade humana não procede, na jurisprudência do Tribunal europeu, por esquemas abstratos, mas é trazida ao nível do caso individual que os juízes examinam, à luz de outros direitos e de outras exigências que estejam eventualmente em conflito objetivo com esta, sempre tendo como norte o quadro de valores que inerva os Direitos fundamentais.

Sob esta ótica, o estudo das opiniões dos juízes de Estrasburgo projeta um raio de luz sobre os critérios e sobre as razões com base nas quais, em um determinado momento histórico e naquele caso em específico, traçou-se uma linha *ne plus ultra* em proteção da dignidade humana. Assim, em alguns casos, os juízes aumentam o índice de “consolidação” da prisão, corroborando-o com opiniões concordantes; em outros casos, antecipam as mutações e os *revirement* que, no futuro, poderiam interessar aos limites que, por sua própria natureza intrínseca, constituem limite móvel e nunca definitivamente consolidado, sendo construído – novamente Gaetano Silvestri – “no fio da reconstrução histórico-jurídica de a constelação de valores garantidos pela Constituição ou outra Carta de Direitos e não com base em modelos quantitativos impossíveis, que introduziriam rigidez contraproducente para fins de proteção adequada dos direitos”.

Certamente – como recorda Davide Galliani – os pareceres, sobretudo os contrários, devem ser abordados com plena ciência do fato de que eles não têm nenhuma autoridade formal, e que seu peso depende da autoridade de quem os redige: têm valor, mais do que pelo que dizem, por “quem” o diz e por “como” o diz. Resumindo, os pareceres devem ser abordados como um precedente jurisprudencial, que nunca é uma autoridade em si, mas explicação, justificativa (ou põe em xeque) o que afirma a sentença à qual acede.

Para o juiz italiano, que deve se confrontar com a sentença constitucional n. 49 de 2015, é importante ter em consideração os pareceres dos juízes europeus

para fins de verificação da “consolidação” de uma orientação da jurisprudência do TEDH. Mas também sobre esta vertente é problemático compreender os termos da questão: os pareceres são, para todos os efeitos, dimensionados, e não contados.

Sem perder de vista tal consciência, a leitura mediada dos pareceres – sejam eles favoráveis ou desfavoráveis – permite-nos apreciar o instrumento fundamental do trabalho do juiz europeu – e do direito convencional em particular –, constituído em ampla margem pela apreciação avaliativa do caso concreto, que deveria favorecer, por meio de um prudente e consciente exercício da discricionariedade, a *reductio ad unitatem* do conjunto de valores expressos pelas leis dos Estados membro e pelos direitos inscritos nas Cartas fundamentais. Nesta perspectiva, a inserção da dignidade humana nos valores garantidos pelos Tratados, após a transcrição da Carta de Nice, significa – como observa Guido Alpa – que a União “delineia um modelo de desenvolvimento capitalista que centraliza a pessoa, e nisto ele faz consistir a sua razão de ser”.

Entrando agora *in media res*, a reflexão sobre “como” e “porque” punir constitui o tema designado às duas primeiras decisões da Corte aqui mencionadas (TEDH, *Murray c. Países Baixos* [GC], 10511/10, 20 de abril de 2016, e *Hutchinson c. Reino Unido* [GC], 57592/08, 17 de janeiro de 2017), que retomam as opiniões do juiz Pinto de Albuquerque, focadas na questão crucial da finalidade ressocializadora das penas correlatas à garantia da dignidade da pessoa sujeita a uma pena perpétua não reduzível (aquela que, no sistema penal italiano, assume o papel da chamada “pena perpétua”).

Não deve surpreender que as sentenças mencionadas digam respeito aos eventos dos detidos e se concentrem na condição de vulnerabilidade que os direitos fundamentais sofrem durante a experiência de detenção: estes perfis não teriam, de fato, motivo de serem evocados diante do juiz alsaciano se não encontrassem fundamento nas Cartas fundamentais – essencialmente, no Artigo 3 CEDH e no Artigo 27 § 3º, da Constituição – que dão efetividade, corpo e voz à constelação dos direitos fundamentais. No entanto, não se trata, ou não apenas, da atenção do Juiz Europeu à questão geral das condições de detenção, mas de intervenções resolutas que visem a preservação da dignidade da pessoa, portanto, dos direitos fundamentais à luz de uma situação - a da pessoa detida - que quanto mais se impõe uma proteção intransigente desta última, maior se torna evidente o risco de sua incisão ilegítima em decorrência da prisão.

Dito em outras palavras: em Estrasburgo há um juiz que lida com direitos, não um provedor mais ou menos benevolente de “concessões humanitárias”, que, eventualmente, devem encontrar sua manifestação legítima em outro lugar que não o tribunal.

Como escreveu Paulo Pinto: “A questão penal mais importante da agenda europeia de hoje é a prisão perpétua”. Esta é a pedra angular das duas prisões acima mencionadas, nas quais a Grande Câmara da Corte de Estrasburgo volta a enfrentar a questão da pena perpétua e não redutível.

A Corte já havia abordado a questão da compatibilidade convencional da pena perpétua irredutível da lei inglesa no caso de *Vinter e outros* (ver TEDH , *Vinter e outros c. Reino Unido* [GC], 66069/09, 130/10, 3896/10, 9 de julho de 2013, na reforma da sentença proferida pela Câmara em 17 de janeiro de 2012). A Câmara havia rejeitado o recurso, apresentado por violação do Artigo 3 CEDH: embora reconhecendo que a lei inglesa não garanta a redutibilidade de *iure ou de facto* da pena perpétua - condição exigida pelo Tribunal como requisito de compatibilidade da prisão perpétua com o Artigo 3 da CEDH a partir do TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, 21906/04, 12 de fevereiro de 2008 – os juízes de Estrasburgo negaram que, no caso concreto, tenha havido a alegada violação, visto que os requerentes não tinham provado que, em seus casos, a pena já não tivesse fundamento justificável no momento da decisão.

A Grande Câmara, no entanto, revogou essa decisão, afirmando a violação do Artigo 3º da CEDH do ponto de vista de que a imposição de pena de prisão perpétua sem possibilidade de liberdade condicional salvo em casos excepcionais (“por motivos compassivos”) negava ao condenado “tanto a perspectiva de liberdade quanto a possibilidade de revisão”, impossibilitando, ou seja, tanto uma perspectiva realista de libertação com base em pressupostos suficientemente claros e certos estabelecidos por lei, como a possibilidade de uma “revisão” do seu caso quando a continuação da detenção já não fosse justificada por “qualquer pressuposto funcional legítimo” impedindo assim, *de iure ou de facto*, a “redutibilidade” da sentença.

A jurisprudência *Vinter* foi sucessivamente retomada pelo Tribunal europeu e, em particular, pela sentença *Murray*.

Com a sentença da Grande Câmara no caso *Murray c. Países Baixos*, o Tribunal resume e esclarece os princípios enunciados pela jurisprudência *Vinter*. No caso *Murray*, decidido por unanimidade, o Tribunal levou em consideração o sistema dos Países Baixos, no qual a única possibilidade de reduzir a prisão perpétua condicional era constituída pelo poder do perdão.

O pronunciamento confirma plenamente os princípios afirmados por *Vinter*. Não só isso: os juízes dão mais um passo, afirmando, pela primeira vez em termos tão claros, a importância do princípio da ressocialização, constatando que, no caso do requerente, não havia possibilidade concreta de reinserção social, desde o momento em que sua detenção - que deveria ter ocorrido em uma prisão equipada para pessoas com problemas mentais - foi passada, por mais de trinta

anos, em uma prisão comum, sem qualquer possibilidade de intervenções ou programas específicos para o tratamento do sofrimento psíquico. Como Davide Galliani escreve: “Nessas condições, a única maneira de lhe dar esperança era tratá-lo. Não o tendo feito, o Estado, *de facto*, tornou irreduzível a sua pena de prisão perpétua sem liberdade condicional e violou o Artigo 3º da Convenção”.

O parecer parcialmente contrário (cuja parte discordante refere-se apenas ao perfil relativo à decisão sobre o artigo 41.º da CEDH, ao qual são dedicadas as últimas e densas linhas do parecer), vê o Juiz Pinto concentrar-se nas razões pelas quais os dois mais importantes afirmações da pena devem ser consideradas como “passos fundamentais na direção da proteção dos direitos humanos dos presos”: a obrigação dos Estados, sancionada pelo Tribunal, de promover a ressocialização dos condenados por meio de programas de tratamento individualizado, e a obrigação, igualmente reconhecida em *Murray*, de assegurar um mecanismo judicial baseado em critérios objetivos para um novo exame da persistência do fundamento penal que a justifique a continuação da detenção. Tais princípios se tornam, a longo prazo, agora, diante do TEDH, *Viola c. Itália* (n. 2), 77633/16, 13 de junho de 2019, bem podemos dizê-lo – visão de Pinto de Albuquerque, outros obstáculos da jurisprudência de Estrasburgo quanto à prisão perpétua não reduzível no caminho já traçado com *Vinter*.

Trata-se, de fato, como destaca o juiz português em seu parecer, de princípios que o Tribunal assumiu dentre aqueles “relevantes para a decisão”, levando-os em consideração implicitamente dentre os vinculados de modo que, com *Murray*, em Estrasburgo, tenha-se fixado “um ponto sem volta em sua função de definição dos padrões de proteção dos direitos humanos dos prisioneiros na Europa”.

É dada particular importância, nesta perspectiva, ao reconhecimento, pela primeira vez por parte do Tribunal, da importância crucial de um plano de tratamento direcionado a um único detento com fins de sua recuperação social, tanto que – nas palavras de Pinto – a obrigação de promover tal tratamento e a possibilidade de recuperação do condenado são “duas faces da mesma moeda”, ainda que a primeira constitua uma obrigação “de resultado”, enquanto a segunda, obviamente, é apenas uma obrigação “de meios”. Tais obrigações específicas – pontua o juiz português – devem, se possível, serem consideradas ainda mais rigorosas quando se trata de um condenado como *Murray*, afetado por problemas psicológicos que requeriam tratamentos particulares e mais intensos do que os considerados adequados para detentos em boa saúde e – este é um perfil de extremo interesse – a obrigação do Estado se destaca a despeito de o interessado ter requerido um tratamento psicológico específico, decorrente de questões de natureza internacional e não da relação individual exclusiva com o recluso.

A reflexão do juiz lusitano foca, assim, nas características que o mecanismo de revisão periódica da posição do condenado (*review*) deve possuir para cumprir os requisitos de compatibilidade com a CEDH: um adequado coeficiente de clareza e de certeza sobre as condições para a obtenção da revisão; a necessidade de o procedimento ter natureza judicial e ser justo (ou seja, prevê a obrigação de ouvir o condenado depois de lhe ter permitido o acesso aos documentos pertinentes e a obrigação de fundamentar a decisão, que deve, por sua vez, basear-se na avaliação de critérios objetivos para verificar a persistência das razões fundamentadas em elementos de natureza penal que justifiquem a continuidade da prisão); finalmente, a necessidade de que a primeira revisão seja feita temporalmente no prazo máximo de 25 anos a partir do início da execução da pena.

A necessidade de que o mecanismo seja atribuído a um juiz e não à autoridade administrativa é enquadrada pelo juiz Pinto de Albuquerque na perspectiva da necessária imparcialidade deste, de modo a evitar a eventual violação do princípio da separação entre os poderes do Estado: em retrospecto, um corolário do princípio da legalidade estendido à fase de execução da pena.

Particularmente significativo é um trecho do parecer em que o juiz português recorda: “O período em que a lei penitenciária caiu no domínio discricionário dos Governos já passou, pois os termos, métodos e condições de implementação da detenção e da libertação pertencem ao coração do princípio da legalidade, nada menos do que a declaração de culpa e a condenação dos infratores”. Conceito, este último, familiar aos leitores italianos, após a histórica sentença n. 32 de 2020, com a qual a Corte Constitucional reconheceu - para efeitos da garantia referida no Artigo 25, § 2º, da Constituição - natureza substancial e não processual das normas penitenciárias que regulam a execução da pena e medidas alternativas à detenção.

E igualmente familiar, lembrando a sentença constitucional n. 204 de 1974, é a afirmação da sentença *Murray*, que vai ao encontro, mais amplamente, da opinião do juiz português, em que se afirma um verdadeiro e real direito a que os condenados sejam admitidos na liberação condicional quando forem integradas todas as condições previstas pela lei, no âmbito de um exame judicial – aponta ainda Pinto – no seio do qual os motivos da ressocialização tenham um peso maior que as outras com que, eventualmente, estabeleçam-se conflitos de modo objetivo.

O *turning point* iniciado por *Vinter* e retomado por *Murray* devia, todavia, aguardar sua consolidação, como demonstra o caso analisado na Corte do TEDH *Hutchinson c. Reino Unido* [GC], 57592/08, 17 de janeiro de 2017, no qual os juízes europeus voltam a lidar com a compatibilidade convencional do

instituto inglês da prisão perpétua sem possibilidade de liberação condicional (“*whole life order*”).

O caso *Hutchinson* chega à Grande Câmara depois que uma Câmara da IV Sessão da Corte rejeitou as queixas do requerente, um cidadão britânico que, em 1984, havia sido condenado à prisão perpétua por roubo agravado, agressão sexual e triplo homicídio. Diante da extrema gravidade e brutalidade dos crimes cometidos, o juiz havia indicado a prisão por 18 anos como pena mínima (*tariff*), sugerindo, no entanto, a aplicação da prisão perpétua. O Secretário de Estado, responsável por determinar a pena realmente aplicável, decidiu, portanto, ordenar a prisão perpétua sem possibilidade de liberação antecipada, emitindo uma “*whole life order*”.

Contra esta sentença perpétua, a lei inglesa prevê uma única possibilidade de término da detenção (*release*): de acordo com a *Section 30* do *Crime (sentence) Act 1997*, o Secretário de Estado pode ordenar a liberação antecipada de prisioneiros condenados à prisão perpétua após a ocorrência de circunstâncias excepcionais que possam justificar a liberação do detido “*on compassionate grounds*”.

A jurisprudência inglesa tinha rejeitado substancialmente o resultado da sentença *Vinter*, afirmando de forma bastante direta – que a violação declarada pela Grande Câmara em 2013 fosse fruto de um erro de compreendo dos juízes de Estrasburgo quanto à normativa inglesa. O governo do Reino Unido tinha recordado, de fato, que o *Secretary of State* é obrigado, no exercício de suas funções, a respeitar a CEDH por força do *Humans Rights Act*, de modo que os casos de “*Release on compassionate grounds*” indicados no texto normativo de referência (*Lifer manual*) sejam entendidos como inclusivos de todos os casos em que a liberação do condenado à pena perpétua não redutível se faça necessária para garantir que a detenção não se estenda além da cessação de sua base funcional legítima.

O Tribunal Europeu, reconhecendo as garantias do governo britânico, estabelece que o sistema inglês não viola a CEDH na medida em que a *Human Rights Act* vincula o cumprimento da CEDH; que a decisão do Secretário de Estado está sujeita a revisão judicial e que a liberação antecipada pode ser solicitada a qualquer momento da detenção.

Os juízes de Estrasburgo observaram também que as avaliações ministeriais podem ser mais amplas, no sentido de que todas as circunstâncias excepcionais podem ser avaliadas, não apenas as relacionadas com motivos de saúde ou de natureza compassiva e poderão ter em conta tanto o tempo passado na detenção e qualquer progresso feito pelo detido durante a execução da pena.

A decisão é tomada por maioria. Pinto de Albuquerque escreve um parecer contrário, em que – como não poderia deixar de ser – usa tons particularmente severos em relação à decisão tomada. O juiz português lembra os parâmetros que

o Tribunal adotara nas sentenças de *Vinter* e *Murray* para avaliar a compatibilidade da pena perpétua irredutível com o Artigo 3 CEDH. Com a primeira, foi identificado o direito à liberdade condicional em favor de todos os presos por toda a vida, mediante a ocorrência das condições previstas na lei que, por sua vez, deveriam ter respeitado os princípios vinculantes (*relevant*) afirmados pela segunda.

Frente a tal reconstrução, a leitura oferecida pela sentença *McLoughlin* da *Court of Appeal*, sobre a qual se baseia a avaliação efetuada pela sentença *Hutchinson*, não corresponderia – avalia o juiz discordante – ao direito vigente do País, uma vez que atribuiria à norma interna um significado incompatível com algumas das possíveis acepções da expressão “*compassionate grounds*”: de fato, seria introduzido, por analogia, um novo instituto com limites de aplicação incertos.

Igualmente grave é, aos olhos de Pinto, a falta de clareza a respeito dos critérios aplicativos a que o governo inglês deveria se referir ao avaliar as “circunstâncias excepcionais” para proceder com o *early release*.

O juiz português conclui seu próprio parecer dissidente alertando para o risco que poderia haver ao se colocar limites na difusão dos direitos humanos nos ordenamentos dos Estados membro, evocando “consequências sísmicas”. Tais “consequências sísmicas” não dizem respeito, no entanto, unicamente a questão deliberada pela Corte, ou seja, a repentina interrupção do caminho iniciado com *Vinter*, mas, de forma mais geral, ao papel do Tribunal europeu dos direitos do homem, que Pinto descreve “*faced with na existencial crisis*”.

O perigo – adverte o juiz português, é que Convenção possa ser aplicada, por motivos *lato sensu* políticos e de oportunidade, “em geometria variável”, com um rigor diferente, ou seja, de acordo com os destinatários das democracias mais recentes) e, portanto, de modo não uniforme. Inevitável, se assim fosse, seria o declínio da Corte de “juiz dos direitos fundamentais” para um papel bem mais modesto e pouco incisivo de autoridade fornecedora de recomendações e desejos desprovidos de cogência.

A Europa perderia, assim – adverte o juiz de Lisboa – um pilar essencial de garantia do respeito dos direitos humanos, e seria atingido um âmbito que recai de forma muito próxima sobre as próprias razões que induziram e tornaram possível o nascimento e o desenvolvimento da União Europeia.

A atual, delicadíssima fase da história da União, caracterizada primeiro pelo *Brexit* e depois pela atual emergência da COVID-19, viu os Estados europeus se movendo segundo as velhas lógicas de soberania, tornando as palavras com que Paulo Pinto de Albuquerque fechou a própria *dissenting* dramaticamente proféticas, as quais também nós queremos conservar, como fechamento deste texto e como um aviso para o futuro próximo que nos aguarda.

* * *

Sumário: 1. Premissa – 2. A compatibilidade da prisão perpétua com o Artigo 3 CEDH. – 3. A superlotação prisional como violação do Artigo 3 CEDH. – 4. A noção de matéria penal e o princípio da não retroatividade. – 5. A aplicação do confisco por subdivisão ilegal em caso de prescrição. – 5.1. As inconsistências do Tribunal Europeu em relação ao princípio da culpabilidade– 5.2. Mais uma oportunidade perdida para esclarecer a questão do confisco. – 6. O impacto da jurisprudência da CEDH no direito interno no diálogo entre as Cortes.

1. Premissa

Nos pareceres do Juiz Pinto de Albuquerque, majoritariamente dissidentes, inseridos neste capítulo, emerge, primeiramente, uma denúncia da crise do papel do TEDH e dos riscos para a manutenção da garantia dos direitos fundamentais na Europa, em que o Tribunal, por força de oportunidade política, chega a redimensionar suas conquistas em termos de reconhecimento de direitos fundamentais (caso *Hutchinson*, depois *Murray*, caso *G.I.E.M*, depois *Varvara*) a fim de encontrar um compromisso com as cortes nacionais, relutantes em transpor tais conquistas no direito interno. Em tais pareceres, emerge, na realidade, uma lúcida e rigorosa crítica dos argumentos usados pelas Cortes internas para resistir às obrigações de cumprimento para a garantia dos direitos fundamentais impostos pela adesão à CEDH, assim como interpretado pelo Tribunal europeu.

Antes de examinar tal perfil das opiniões em exame – relativo ao papel da jurisprudência do TEDH no direito interno como promotor da garantia dos direitos fundamentais e do seu diálogo com a jurisprudência nacional – faz-se, porém, necessário o exame das questões de mérito pressupostas.

Neste capítulo são compiladas, primeiramente, as preciosas opiniões do juiz Pinto de Albuquerque sobre um tema delicadíssimo em matéria de garantia dos direitos fundamentais, espelhando o grau de civilidade jurídica de um sistema penal e de um Estado de direito, ou seja, nomeadamente a prisão perpétua (casos *Murray c. Países Baixos* e *Hutchinson c. Reino Unido*) e as condições da detenção em termos de compatibilidade com o Artigo 3 da CEDH que veta a tortura e os tratamentos desumanos e degradantes (caso *Muršić c. Croácia*). Não apenas, mas o parecer contrário do caso *G.I.E.M e outros c. Itália* confronta-se com outra delicada questão relativa ao sistema de sanções, nomeadamente a aplicação de uma forma de pena em caso de prescrição. Para em seguida, a montante, analisar a mesma noção autônoma de sanção penal do TEDH, e a imputabilidade a esta

de uma medida de interdição, com relativa aplicação do princípio de legalidade (*caso Rola c. Eslovênia*).

Para além das questões individuais, emerge o papel fundamental que o Juiz Pinto de Albuquerque tem desempenhado nos últimos anos para a construção de um sistema universal de direitos fundamentais, assumindo o papel de voz da consciência da CEDH na promoção desses direitos e, em particular, das garantias em matéria penal.

2. A compatibilidade da prisão perpétua com o Artigo 3 da CEDH

Compatibilidade com o Artigo 3 da CEDH de prisão perpétua, considerada pelos pais do Iluminismo mais severa do que a própria pena de morte, tem sido objeto de uma rica jurisprudência do TEDH que evoluiu ao longo do tempo em chave garantidora.

Com base em uma primeira linha, a Corte, ao decidir que a prisão perpétua sem possibilidade ou esperança de libertação constituía um tratamento desumano ou degradante em contraste com o Artigo 3 da CEDH^{1026 1027}, considerava a escolha de um Estado de adotar um sistema de justiça penal específico, incluindo os mecanismos de revisão da pena e a eventual libertação, como não sujeita à sua competência, de modo que a simples possibilidade de decisão do poder executivo em ordenar a libertação de uma pessoa em prisão perpétua foi considerada suficiente para evitar a violação do Artigo 3 da CEDH¹⁰²⁸, mesmo que se trate de uma decisão arbitrária do poder executivo do Estado e não houvesse obrigação de comunicar os motivos da recusa e nem revisão judicial da decisão.¹⁰²⁹

Só no caso *Vinter e outros*¹⁰³⁰, de 2013, a Grande Câmara pronuncia uma sentença histórica, com a qual estabelece, depois de um exame – também comparativo – do direito europeu e internacional no assunto, que a prisão perpétua pode ser considerada compatível com o Artigo 3 da CEDH apenas se prevista a possibilidade de libertação e de redução da pena, por meio de um novo exame que consinta às autoridades nacionais avaliar se foi possível verificar, na vida do detento, durante a execução da pena, uma mudança significativa o suficiente em termos de reabilitação, de modo que não mais se possa justificar a continuidade

1026 Corte EDU, *Sawoniuk c. Regno Unito*, 63716/00, 29 maggio 2001; *Einhorn c. Francia*, 71555/01, 18 luglio 2001; *Leger c. Francia*, 19324/02, 11 aprile 2006, § 92; *Kafkaris c. Cipro* [GC], 21906/04, 12 febbraio 2008; *Harkins e Edwards c. Regno Unito*, 9146/07 e 32650/07, 17 gennaio 2012, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 aprile 2012, con nota di F. Viganò; *Ba-bar Ahmad c. Regno Unito*, 24027/07, 10 aprile 2012, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 maggio 2012, con nota di C. Parodi.

1027 NT Notas do original

1028 A. Demetriades-S. Bartolini-T. Christodoulidou, *Life Imprisonment as Inhuman and Degrading Treatment*, in *European Human Rights Law Review* 2008, pp. 656-660; Corte EDU, *Harkins e Edwards*, cit.

1029 A. Demetriades-S. Bartolini-T. Christodoulidou, *op. cit.*, p. 660.

1030 Corte EDU, *Vinter e altri c. Regno Unito* [GC], 66069/09, 9 luglio 2013.

da detenção por legítimos motivos penitenciários; tudo isso à luz do reconhecimento da *reabilitação (reeducação) como objetivo fundamental da pena* que seria impossível de perseguir se a pena perpétua nunca fosse reexaminada, não havendo esperança de revisão e de saída do cárcere. A finalidade reeducativa da pena, não expressamente prevista na CEDH, é fundamentada sobre o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pressuposto do Artigo 3 da CEDH. A corte, portanto, impõe a previsibilidade da revisão da pena da prisão perpétua justamente para “confirmar a reabilitação como objetivo da pena (§ 101)”.

A grande Câmara contesta a falta de clareza da atual normativa da Inglaterra e de Gales a respeito da perspectiva da liberação dos sujeitos condenados à prisão perpétua; o *Prison Service Order* prevê que a soltura será exigida apenas em “circunstâncias excepcionais” e “*on compassionate grounds*”, ou seja, se o prisioneiro for um doente terminal ou fisicamente incapaz, condições muito restritivas que acabam por negar aos condenados tanto uma “perspectiva de liberação” fundada em pressupostos suficientemente claros e seguros, quanto a “possibilidade de revisão” do caso (a soltura compassiva não representa aquilo que se entende com “*prospect of release*”).¹⁰³¹ A perspectiva de liberação deve ser real¹⁰³², e devem ser claros os critérios com base nos quais pode ser concedida de modo se tornar previsível.

Os princípios expressos pela Grande Câmara em *Vinter* foram posteriormente retomados e especificados em uma série de outras sentenças, a partir da importante sentença da Câmara *Murray c. Países aijos*¹⁰³³, que resume e esclarece os conteúdos da *Vinter* com base de *cinco princípios vinculativos*: o respeito do princípio da legalidade (compreendido, segundo os parâmetros de Estrasburgo como clareza e certeza do direito aplicável); o princípio da apuração do fundamento funcional para a execução da pena prisional; o princípio da apuração de prazos pré-definidos (para os condenados a pena perpétua, o prazo de referência é de 25 anos); o princípio das garantias procedurais justas; o princípio do direito a uma revisão judicial das decisões quanto ao *early release*.

No caso *Murray* – além do parecer contrário relativo à decisão no caso em questão – em seu parecer parcialmente contrário, o juiz Pinto de Albuquerque concorda plenamente com as importantes tomadas de decisão da Grande Câmara, mas juntamente pela relevância de posições tomadas a respeito dos deveres positivos do Estado na gestão das prisões, quer enfatizar dois perfis fundamentais: o dever do estado de promover a ressocialização com planos individuais e o dever

1031 *Ibidem*, § 130.

1032 M. Szydło, *Free Life after Life Imprisonment as a Human Right under the European Convention*, in *European Constitutional Law Review* 2013, p. 501 ss.

1033 Corte EDU, *Murray c. Paesi Bassi* [GC], 10511/10, 26 aprile 2016.

de garantir mecanismos judiciais, justos e objetivos, de revisão da necessidade de manutenção da detenção do ponto de vista da função da pena; estes dois deveres representam suas faces da mesma moeda. Não apenas, mas principalmente enquanto o primeiro dever representa uma mera obrigação de meios por parte do Estado, o segundo – ou seja, a oferta de um plano exequível de ressocialização, acompanhada da predisposição dos instrumentos concretos necessários voltados a favorecê-la e, portanto, primeiramente as pressuposições de tratamentos psiquiátricos, psicológicos e médicos adequados –, representa corretamente um dever de resultado e não de meios, como decorre das disposições dos §§ 103 e 111 da sentença *Murray*.

Quanto mais um Estado seguir uma política penal e penitenciária de natureza retributiva, mais surgirá a necessidade de investir suficientemente no sistema prisional para compensar os efeitos negativos de tais políticas.

O Juiz Pinto de Albuquerque destaca, então, que a grande Câmara não está impondo uma aplicação retroativa de normas internacionais ao impor o dever de promover a ressocialização e oferecer um plano individualizado a tal fim, já que tais normas foram bem definidas a nível europeu desde 1973 com a Resolução do Comitê dos Ministros (73) sobre normas padrão mínimas para o tratamento de detentos, e mesmo antes com as Regras mínimas padrão das Nações Unidas de 1955; segue-se que a Grande Câmara, já no caso *Vinter*, limitou-se a reafirmar normas penais que foram vinculadas pelos Estados membro do Conselho da Europa pelo menos desde os anos 80.

E, por fim, destaca-se de maneira assertiva que a oferta/predisposição de um plano individualizado de ressocialização representa um dever (de resultado) dos Estados, independentemente do fato de o detento ter feito tal requerimento, ou de ter efetivamente usufruído ou se beneficiado dele.

De resto, retomam-se os cinco princípios evidenciados na sentença *Murray*, e a necessidade de garantir a liberação com todas as garantias processuais de um processo justo, bem como a previsão de uma audiência oral em que se possa ouvir os detentos que devem ter acesso garantido à documentação que lhes diz respeito, em conformidade ao § 32 da Recomendação Rec (2003), 22 do Comitê de Ministros e o Artigo 110 § 2 do Estatuto de Roma e o Artigo 224 de seu Regulamento de Processo e Prova.

Além disso, o parecer em questão parece absolutamente louvável, mesmo quando se critica rigorosamente a posição daqueles que pretendem subordinar a libertação do recluso ao consentimento da vítima, arriscando-se a confundir razões criminais legítimas com a sede da vingança da vítima.¹⁰³⁴

1034 NT. Em regra, o direito penal tem sucumbido a vingança em detrimento da legalidade.

Em conclusão, o juiz Pinto de Albuquerque considera que, no caso *Murray*, a Grande Câmara atingiu “um ponto de inflexão na sua função de definir as normas de protecção dos direitos humanos dos presos na Europa”.

Os princípios consagrados pela Grande Câmara no caso *Murray* são sucessivamente aplicados por Câmaras individuais da Corte¹⁰³⁵, e, mais recentemente, a CEDH, no caso *Viola* (n.2), declarou o contraste com o Artigo 3 TEDH da questão da prisão perpétua italiana (Artigo 4 bis da l. 26 de julho de 1975, n 354, também segundo ordem penal introduzida pela l. 7 de agosto de 1992, n. 356), que subordina à colaboração judiciária (Artigo 58 ter. ord. Pen.) o acesso à libertação em relação a sujeitos condenados por certos crimes graves, influenciando novamente o direito penal italiano em termos de garantias.

Depois da sentença *Vinter* da Grande Câmara, na sentença pronunciada pela *Court of Appeal* em composição ampliada no caso *McLoughlin*, o juízes ingleses, entretanto, reiteraram o que foi afirmado pela jurisprudência nacional pré-*Vinter*, argumentando que a condenação por parte da Grande Câmara em 2003 seja fruto de um erro de compreensão da normativa inglesa por parte dos juízes europeus.

Após esta sentença, a Grande Câmara do Tribunal no caso *Hutchinson c. Reino Unido*¹⁰³⁶ volta a avaliar a conformidade da normativa britânica com o Artigo 3 da CEDH, chegando à conclusão que esta sentença da *Court of Appeal* torna a normativa interna clara e previsível, superando o contraste entre o dever de aplicação “convencionalmente orientada” da libertação antecipada “*on compassionate grounds*”, prevista pela lei em questão, e as disposições restritivas do chamado *Lifer Manual*, emitido pelo *Secretary of State*, um contraste que configurara o principal motivo da sentença proferida contra o Reino Unido em *Vinter*.

A Grande Câmara, ainda que reafirmando os princípios da sentença *Vinter*¹⁰³⁷, entende que os parâmetros guia da revisão, - a *Section 30* do *Crime Act* de 1997, que atribui ao *Secretary of State* o poder de liberar os condenados à prisão perpétua quando recorram a “*circunstância excepcionais*” “*on compassionate grounds*” -, são suficientes à luz das garantias fornecidas pela sentença *McLoughlin*, com base nas quais a expressão “*exceptional circumstances*” seria fonte de um dever preciso para o Secretário de Estado de proceder a uma revisão da pena caso ela deixa de ter fundamento funcional legítimo, à luz dos processos cumpridos pelo prisioneiro no percurso reeducativo (em particular, § 57). Em relação ao parâme-

1035 Cfr., in particolare, Corte EDU, *Trabelsi c. Belgio*, 140/10, 4 settembre 2014, e *Lázló Magyar c. Ungheria*, 73593/10, 20 maggio 2014; *T.P. e A.T. c. Ungheria*, 37871/14 e 73986/14, 4 ottobre 2016.

1036 Corte EDU, *Hutchinson c. Regno Unito* [GC], 57592/08, 17 gennaio 2017.

1037 *Ibidem*, §§ 42-45. Cfr. P. Bernardoni, *Molteplici volti della compassione: la Grande Camera della Corte di Strasburgo accetta le spiegazioni dei giudici inglesi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 aprile 2017.

tro temporal, o Secretário de Estado não tem a obrigação de iniciar legalmente o procedimento de revisão, mas a possibilidade para o detento de recorrer a ele em qualquer momento tendo como base a *Section 30* garante, segundo o Tribunal, a compatibilidade do sistema com o Artigo 3 da CEDH também sob este perfil.

Em seu *poderoso* parecer contrário, o juiz Pinto de Albuquerque (a quem também o juiz Sajó adere *in toto*) evidencia que a tese defendida pela *Court of Appeal* em *McLoughlin* contrasta com a carta da lei vigente no país: enquanto a *Section 30* do *Crime (Sentences) Act* de 1997 consente a liberação não apenas “*on compassionate grounds*”, a *Court of Appeal* almeja que tal disposição fosse interpretada no sentido de garantir a libertação do condenado a prisão perpétua em todos os casos em que não subsista mais nenhum “*legitimate penological ground for continued imprisonment*”, assim como requerido dela jurisprudência *Vinter*. Tal interpretação não é compatível com nenhuma possível leitura da expressão “*compassionate grounds*” e permanece em aberto o problema da clareza, ou melhor, da determinação dos critérios aos quais o Secretário de Estado deve se referir no exercício de seu poder de *early release*. A ausência de casos em que foi aplicada a interpretação mencionada mostra como ela é e foi puramente virtual; ou melhor, o juiz propõe diversos trechos de decisões, todas posteriores à sentença *McLoughlin*, claramente orientadas no sentido de considerar a imposição da *whole life order* como uma pena realmente perpétua, de modo que “*the defendant will die in prison*”.¹⁰³⁸

Tal parecer contrário representa uma denúncia potente e corajosa contra a incoerência da CEDH, que por meras exigências de oportunidade política, com a sentença *Hutchinson*, arrisca comprometer seu empenho precedente para afirmar os direitos do detento e do cárcere como lugar de direito e de reeducação, e arrisca prejudicar a conquista de civilidade jurídica representada pelo solene reconhecimento do princípio da *reeducação* da pena (que exige a real garantia da liberação condicional), alcançada com a sentença *Vinter*. A *reeducação* e a *certeza* do direito – ainda que amplamente interpretada à luz de um sistema de *common law* – são funcionais para a garantia da liberdade (ao menos da esperança de liberdade) e da dignidade do detento em prisão perpétua.

3. A superlotação carcerária como violação do Artigo 3 da CEDH

Em termos de garantia dos direitos fundamentais dos sujeitos em estado de detenção assume um particular interesse o parecer contrário do juiz Pinto de Albuquerque no caso *Muršič c. Croácia*. É importante lembrar que, para tal propósito, o Tribunal europeu estendeu a garantia do Artigo 3 da CEDH às si-

1038 Cfr. D. van Zyl Smit - C. Appleton, *Life imprisonment and human rights*, Oxford, 2016, p. 217 ss.

tuações de *superlotação carcerária*¹⁰³⁹, pois a negação do direito do detento a um espaço vital incompressível vai além da pena, transformando-a em uma autêntica punição corporal, que esvai “as caratteristiche condizionalmente intrinsecas à esecuzione penal¹⁰⁴⁰”. Como lembra o Juiz Pinto de Albuquerque, o problema da superlotação carcerária foi objeto de sentenças-piloto primeiramente contra a Itália (dopois da sentenza *Sulejmanovic*¹⁰⁴¹), no caso *Torreggiani*¹⁰⁴², mas também contra a Bélgica, a Hungría¹⁰⁴³, a Polónia¹⁰⁴⁴ e a Rússia.¹⁰⁴⁵

Nesta questão, a assim chamada *soft law* assumiu um papel fondamentale, a partir das relações anuais gerais do Comitato europeo para a prevenzione da tortura¹⁰⁴⁶, que requer um spazio minimo di quattro metri per cada uno dei detenuti. O Tribunale europeo, per altro lato, determina em 3 metri quadrati il valore limite sotto il quale la mancanza di spazio per se solo – contando con la presenza di altri elementi negativi – si configura di modo a violare l'Articolo 3 della CEDH¹⁰⁴⁷; quando la superficie sia uguale o superiore al limite di 3 metri quadrati, ma inferiore a 4 metri – preconizzato pelo CPT -, può essere configurato un trattamento disumano o degradante, desda che também sejam constatadas outras carenças significativas (per esempio, ventilazione o illuminazione insufficienti nella cella, tempo di permanenza all'aria libera eccessivamente limitato¹⁰⁴⁸). De todo modo, giustamente no caso *Muršič c. Croácia*, o Tribunale contestou a afirmação de que a detenção em um spazio inferior a 3 metri rappresenta una violazione automatica dell'Articolo 3 della CEDH, impondo una valutazione multifattoriale che leva in considerazione il dato temporale, specialmente se il detenuto vive in condizioni

1039 F. Cecchini, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 gennaio 2017.

1040 Corte cost., 9 ottobre 2013, n. 279; A. Pugiotto, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in A. Bernardi, M. Venturoli (a cura di), *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa*, Napoli, 2018, p. 100. Su tale questione in Spagna, cfr. C. Rodriguez Yagüe, *Sobrepoblación penitenciaria y estrategias de intervención: el caso español*, ivi, p. 297, spec. p. 310 ss.

1041 Corte EDU, *Sulejmanovic c. Italia*, 22635/03, 16 luglio 2009; cfr. M. Bortolato, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani e degradanti*, in *Questione giustizia* 2009, p. 111.

1042 Corte EDU, *Torreggiani e altri c. Italia*, 43517/09, 8 gennaio 2013; *Stella e altri c. Italia* [dec.], 49169/09 e altri, 16 settembre 2014; *Rexhepi e altri c. Italia* [dec.], 47180/10 e altri, 16 settembre 2014, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 novembre 2015, con nota di A. Martufi.

1043 Corte EDU, *Neshkov c. Bulgaria*, 36925/10, 27 gennaio 2015, § 282 ss.; *Varga c. Ungheria*, 14097/12, 10 marzo 2015, § 105.

1044 Corte EDU, *Orchowski c. Polonia*, 17885/04, 22 ottobre 2009; *Sikorski c. Polonia*, 17599/05, 22 ottobre 2009; *Ananyev c. Russia*, 42525/07 e 60800/08, 10 gennaio 2012; *Vidish c. Russia*, 53120/08, 15 marzo 2016; *Zakshevskiy c. Ucraina*, 7193/04, 17 marzo 2016.

1045 Corte EDU, *Ananyev e altri c. Russia*, cit.

1046 Corte EDU, *Khuroshvili c. Grecia*, 58165/10, 12 dicembre 2013, § 82. Cfr. C. Rodriguez Yague, cit., p. 309.

1047 Corte EDU, *Sulejmanovic c. Italia*, cit., § 43; *G.C. c. Italia*, 73869/10, 22 aprile 2014, § 76; *Telissi c. Italia*, 5097/08, 5 marzo 2013, § 50; sulle incertezze della Corte circa l'opportunità di tenere conto nel calcolo dello spazio del mobilio o dei servizi igienici, cfr. A. Albano-F. Picozzi, *Contrasti giurisprudenziali in materia di (misurazione dello) spazio detentivo minimo: lo stato dell'arte*, in *Archivio penale* 2015, p. 1 ss.; Id., *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, in *Cassazione penale* 2014, p. 2398; Id., *Le modalità di computo dello spazio individuale minimo intramurario*, in *Cassazione penale* 2017, p. 2875 ss.

1048 Corte EDU, *Moiseyev c. Russia*, 62936/00, 9 ottobre 2008; *Vlasov c. Russia*, 78146/01, 12 giugno 2008; *István Gábor Kovács c. Ungheria*, 15707/10, 17 gennaio 2012; *Belevskiy c. Russia*, 72967/01, 1 marzo 2007, §§ 73-79.

inadeguadas por períodos limitados e não consecutivos¹⁰⁴⁹, ou a intervenção dos chamados fatores compensativos, como o gozo de uma grande liberdade de movimento por toda a estrutura penitenciária¹⁰⁵⁰, ao mesmo tempo em que reitera que o “regime semiaberto [...] não pode constituir por si só uma solução à falta de espaço individual¹⁰⁵¹”.

O juiz Pinto de Albuquerque critica asperamente tal decisão a partir da subestimação da *soft law* (cuja validade jurídica no âmbito do direito internacional é objeto de um rico, completo e refinado exame¹⁰⁵²) em matéria de direito penitenciário (as soluções e as recomendações do Comitê dos Ministros, as relações gerais e os padrões do CPT são fontes notórias da *soft law* do Conselho da Europa, além de verdadeiros instrumentos normativos que “orientam as abordagens a seguir em interpretações” da Convenção¹⁰⁵³), *soft law* que, uma vez *endurecida*, produz os mesmos efeitos jurídicos de uma *hard law*, que pode, por sua vez, *apenas se agravar, mas nunca se enfraquecer*¹⁰⁵⁴. A maioria, no caso em exame, seguindo o juiz português, não leva em conta o fato de que as RPE de 2006 forneceram, no comentário quanto à Regra 18, uma indicação clara do critério normativo para cárceres europeus na linha do trabalho anterior do CPT; a maioria “não dá peso algum à correlação científica bem estabelecida entre superlotação carcerária, más condições de detenção e efeitos psicossociais negativos sobre os detentos, dentre os quais há instabilidade emocional, agressividade e autolesões¹⁰⁵⁵”. Assim, o Tribunal abre “a porta para um risco de regressão do nível de proteção dos direitos do homem atingido pelo Conselho da Europa”, enfraquecendo por dentro o sistema de proteção dos direitos do homem e desencorajando, não apenas os

1049 Corte EDU, *Mursič c. Croazia*, 7334/13, 12 marzo 2015; A. Pugiotto, *La parabola delsovraffollamento*, cit., p. 97; F. Fiorentin, *Il vaso di Pandora scoperto*, in *Archivio penale* 2015, p. 1 ss.

1050 Corte EDU, *Valasinas c. Lituania*, 44558/98, 24 luglio 2001, §§ 103 e 107; *Dulbastruc. Romania*, 47040/11, 8 luglio 2014, § 34

1051 Corte EDU, *Bujorean c. Romania*, 13054/12, 10 giugno 2014, §§ 28, 29 e 30.

1052 “Il *soft law* ha fornito e fornisce ancora la fonte più importante di cristallizzazione del consenso europeo e della comune eredità di valori”; “la stessa Convenzione richiede di adottare un approccio aperto al diritto internazionale e al *soft law*, perché è ispirata dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, come ricorda il preambolo, e resta aperta ad altri strumenti giuridici, sia nazionali che internazionali, quando offrono una protezione migliore dei diritti dell’uomo (Artigo 53 della Convenzione)”.

1053 Cfr., *mutatis mutandis*, Corte EDU, *Manole e altri c. Moldova*, 13936/02, 17 settembre 2009, §§ 102, 107.

1054 A livello mondiale c’è stato un continuo sforzo da parte delle Nazioni Unite e di altri organi e organizzazioni internazionali di estendere la portata e rafforzare la precisione delle Regole minime sul trattamento dei detenuti del 1957, in particolare con l’approvazione delle Regole minime sull’amministrazione della giustizia minorile (Regole di Pechino) del 1985, il Corpo di principi per la protezione di tutte le persone sottoposte a qualunque forma di detenzione o restrizione del 1988, le Regole delle Nazioni Unite per la protezione dei minori privati della libertà (Regole dell’Avana) del 1990, le Linee guida delle Nazioni Unite per la prevenzione della delinquenza minorile (Linee guida di Riyadh) del 1990, la dichiarazione di Istanbul sull’uso e gli effetti dell’isolamento carcerario del 2007, le Regole delle Nazioni Unite relative al trattamento delle donne detenute e alle misure non detentive per le donne autrici di reato (regole di Bangkok) del 2010, e più di recente la nuova versione molto più dettagliata delle Regole minime (le Regole di Mandela del 2015).

1055 Cfr., ad esempio, il Libro bianco sul sovrappollamento carcerario adottato dal CDPC, PC-CP (2015) 6 rev. 7, 30 giugno 2016, §§ 33-39; Criminal Justice Alliance, “Crowded Out? The impact of prison overcrowding on rehabilitation”, 2012; CICR, *Water, Sanitation, Hygiene and Habitat in Prisons Supplementary Guidance*, 2012, p. 35. Per esempio, il Joint Committee on Human Rights del Parlamento inglese ha espresso in un rapporto del 2004 delle preoccupazioni sul legame fra il sovrappollamento carcerario e il suicidio in carcere.

demais órgãos do Conselho “desde executar o próprio trabalho, mas, pior ainda, reforça a impressão de um sistema europeu de proteção dos direitos do homem incoerente”.

4. A noção de matéria penal e o princípio da não irretroatividade

O presente caso *Rola c. Eslovênia*, objeto de outro parecer contrário do juiz Pinto de Albuquerque, diz respeito a um dos aspectos mais problemáticos da jurisprudência do TEDH, ou seja, a definição da noção de autonomia de *matéria penal*, da qual deriva a aplicação das relativas garantias a partir do princípio de legalidade e irretroatividade (Artigo 7 da CEDH). Neste caso, a Corte de Estrasburgo exclui a possibilidade de que a medida de interdição possa se voltar à noção de matéria penal, de aplicação ministerial, de revogação da licença necessária para desenvolver a profissão de liquidante em processos de penhora, e isso quanto à medida em questão, ainda que decorrente de decisão condenatória, é imposta pela autoridade administrativa, disciplinada por normas administrativas e submetida, em caso de recurso, ao procedimento administrativo; a gravidade da medida, que torna o réu incapaz de desenvolver a própria profissão de modo permanente, não é, por si só, suficiente para decretar, então, a natureza penal em contextos em que o objetivo buscado não tenha função afitiva, mas, pelo contrário, objetive assegurar a confiança por parte da opinião pública na reputação irrepreensível de uma determinada categoria profissional (ver. CEDH, *Rola c. Eslovênia*, 12096/14 e 39335/16, 4 de junho de 2019, § 62). O Tribunal, portanto, não permite, contrastando a aplicação da disciplina predominante no curso do processo com o princípio de irretroatividade, que tal revogação seja permitida mesmo no caso de suspensão da pena, e nega a concessão de uma segunda licença. O Tribunal, entretanto, condena o Estado signatário por ter instaurado uma restrição ilegítima da propriedade privada com a aplicação retroativa da medida em questão e, portanto, sem uma base legal clara, que é o primeiro requisito para que a ingerência no direito de propriedade esteja de acordo com o Artigo 1 do Protocolo n. 1 da CEDH.

Em seu parecer contrário, o juiz Pinto de Albuquerque (juntamente com os juízes Bošnjak e Kūris) observa que a medida de revogação representa uma medida punitiva e, portanto, deve ser entendida como parte da matéria penal em aplicações dos assim chamados critérios *Engel*¹⁰⁵⁶, ou seja, levando em conta

1056 Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 5100/71, 8 giugno 1976, §§ 81 e 82, così co-me successivamente confermata da Corte EDU, *Öztürk c. Germania*, 8544/79, 21 febbraio 1984; *Adolf c. Austria*, 8269/78, 26 marzo 1982, 15; *Albert e Le Compte c. Belgio*, 7299/75 e 7496/76, 10 febbraio 1983, *ivi*, 16; *Lutz c. Germania*, 9912/82, *Englert c. Germania*, 10282/83, e *Nölkenbockhoff c. Germania*, 10300/83, 25 agosto 1987; *Weber c. Svizzera*, 11034/84, 22 maggio 1990; *Demicoli c. Malta*, 13057/87, 27 agosto 1991; *Funke c. Francia*, 10828/84, 25 febbraio 1993; *Benham c. Regno Unito*, 19380/92, 10 giugno 1996; *Padin Ge-stoso c. Spagna* [dec.], 39519/98, 8 dicembre 1998; *J.B. c. Svizzera*, 31827/96, 3 maggio 2001; *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, 39665/98 e 40086/98, 9 ottobre 2003.

os seguintes fatores: (i) a relação entre a sentença em que a persona foi julgada como culpada e a medida em questão; (2) o procedimento; (iii) a qualificação da medida no direito interno; (iv) a natureza e o objetivo da medida e (v) a gravidade da medida. A medida foi imposta como uma consequência automática da condenação definitiva, independentemente da verificação por parte da autoridade administrativa da relevância da infração em questão com base na capacidade profissional do condenado, mas, pelo contrário, com base em uma pressuposição absoluta de inaptidão. Mesmo se aplicada por autoridades administrativas, estas se dão automaticamente após a condenação e, portanto, a natureza do procedimento não é relevante. A medida é definida “consequência legal da condenação”, e sua aplicação e os limites são determinados pelo código penal (o mesmo Governo reconheceu que o *Financial Operations Act* constitui “a partial implementation act within the framework of the Criminal Code or the Old Criminal Code”); o objetivo meramente punitivo emerge de sua natureza determinativa, independentemente de uma eventual reeducação do condenado, e tal característica torna a medida particularmente severa, comprometendo a capacidade de sustentação do condenado (como reconhecimento pela CEDH, *Rivard c. Suíça*, 21563/12, 4 de outubro de 2016, § 24). Decorre daí que a medida de interdição constitui uma *pena* com base na noção autônoma da CEDH, e, portanto, sua aplicação retroativa viola o princípio de irretroatividade previsto no Artigo 7 da CEDH.

Este parecer assume uma importância notória, uma vez que a jurisprudência do Tribunal europeu quanto à noção de matéria penal tem o incomensurável mérito de frear o poder punitivo, impondo a necessidade de ir além das qualificações formais (fraude de etiqueta) para garantir a aplicação das garantias penais às sanções aflictivas, contribuindo, assim, para a construção de um *ius commune* na Europa. Mas, infelizmente, não faltam, na aplicação concreta dos chamados critérios *Engel*, incongruências e escolhas de oportunismo político por parte do Tribunal, que sacrificam as garantias em nome da eficiência punitiva (basta pensar na jurisprudência do Tribunal na questão do confisco preventivo ou outras formas de confisco ampliado, não contemplados por parte do Tribunal, apesar de seu impacto estigmatizante e punitivo¹⁰⁵⁷). Pode-se destacar, ademais, que os mesmos argumentos utilizados pelo Tribunal no presente caso contradizem decisões anteriores: já no caso *Oztürk*¹⁰⁵⁸ e nos seguintes, a obrigação de conformidade com o Artigo 6 da CEDH não exclui que uma “pena” seja imposta em primeira instância por uma autoridade administrativa, desde que seja garantido também recurso no âmbito judicial. No que diz respeito à gravidade da medida,

1057 Cfr. A. M. Maugeri, *La tutela della proprietà nella C.e.d.u. e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca nel sistema penale*, Torino, 2017, p. 13 ss.

1058 Corte EDU, *Oztürk c. Germania*, cit., pubblicata in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1985, p. 894.

no caso *Grande Stevens*, a sanção de interdição do exercício da atividade de administração e gestão de empresas foi considerada severa ainda que fosse temporária (de dois a quatro meses), já que poderia afetar a reputação do destinatário¹⁰⁵⁹.

5. A aplicação de confisco após loteamento ilegal em caso de prescrição

O parecer contrário no caso *G.I.E.M e outros* diz respeito ao confisco em matéria de loteamento ilegal no caso de prescrição. Mesmo neste caso, a Grande Câmara rejeita, de certa forma, sua posição anterior, expressa no caso *Varvara*, para atender, novamente em uma lógica de compromisso político, às reivindicações da Corte Constitucional italiana.

Uma breve reconstrução do fato se faz necessária para compreender o parecer do juiz Pinto de Albuquerque. No caso *Sud Fondi*, o Tribunal europeu lidou com a definição da natureza do confisco dos terrenos loteados de forma abusiva e das obras construídas de forma igualmente ilícita (Artigo 44, parágrafo 2 do Decreto Presidencial¹⁰⁶⁰ de 6 de junho de 2001, n. 380, e antes Artigo 19 de 28 de fevereiro de 1985, n. 47), definida pela jurisprudência italiana, em um primeiro momento, como sanção penal aplicável somente aos bens do acusado condenado pelo crime de loteamento ilícito, nos termos do Artigo 240 do Código Penal, mas, posteriormente, a partir da sentença *Licastro* da Suprema Corte, “sanção administrativa e obrigatória”, independentemente da condenação penal¹⁰⁶¹. Com a portaria 187 de 20 de maio de 1998, a Corte constitucional reafirmou a natureza administrativa do confisco, que o juiz criminal é obrigado a atribuir, mesmo quando necessário declarar prescrito o crime de loteamento ilícito, assumindo como requisito suficiente a apuração da mera materialidade do ato, ou seja, do abuso objetivo do imóvel (como a única exceção, portanto, sendo a hipótese de absolvição pela inexistência do fato). O Tribunal europeu considera a sanção em questão uma penalidade nos quesitos do Artigo 7 da CEDH, apesar do fato de que falta, no caso, condenação contra as empresas que sofreram confisco¹⁰⁶².

Depois desta sentença, o Artigo 44, parágrafo 2 do Decreto Presidencial n. 380/2001, entra em conflito com o Artigo 117, parágrafo 1 da Constituição, e a Suprema Corte busca incluir o confisco em questão na noção autônoma de

1059 Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 18640/10 e altri, 4 marzo 2014, § 97.

1060 Cass. pen., Sez. III, 8 maggio 1991, n. 6094, *Ligresti*, in *Foro italiano* 1993, p. 612; Cass., Sez. Un. pen., 3 febbraio 1990, n. 2720, *Cancilleri*, in *Foro italiano* 1990, p. 69; A. Riccio, *Beni giuridici e proprietà*, in P. Gianniti (a cura di), *La C.e.d.u. e il ruolo delle Corti*, Bologna, 2015, p. 1343 ss.

1061 Cfr. Cass. pen., Sez. III, 12 novembre 1990, n. 16483, *Licastro*, in *Cassazione penale* 1992, p. 1307; Cass. pen., Sez. III, 9 agosto 2006, n. 28683; Cass. pen., Sez. III, 11 aprile 2007, n. 35219, rv. 237371.

1062 Perché la sua applicazione è connessa a previsioni di carattere generale; l'illegalità materiale della condotta di lottizzazione è stata stabilita da una corte penale; la sanzione svolge fundamentalmente una funzione deterrente di ulteriori violazioni attraverso una punizione; il codice degli appalti del 2001 classifica la confisca per la lottizzazione abusiva come una pena; e, infine, assume una “certain severity”.

“matéria penal” nos termos dos artigos 6 e 7 da CEDH, mas apenas para requerer o cumprimento do princípio da culpabilidade sancionado para sanções administrativas passíveis de punição pela lei de 24 de novembro de 1981, n. 689, e continuam, em tal âmbito, a aplicação no caso de absolvição por prescrição do crime, desde que posteriormente a um juízo de mérito que tenha apurado os perfis de responsabilidade.

Tal solução não é considerada compatível com as normas da “matéria penal” na sentença *Varvara*, na qual o Tribunal europeu estabeleceu que a aplicação de tal forma de confisco, considerada “sanção penal”, “quando já não havia crime e sua responsabilidade não fora apurada com uma condenação, contrasta com os princípios de legalidade penal recém enunciados pelo Tribunal, os quais são parte integrante do princípio de legalidade que o Artigo 7 da Convenção exige cumprimento. A sanção controversa não é, portanto, prevista pela lei nos termos do Artigo 7 da Convenção, sendo arbitrária¹⁰⁶³.

A Corte constitucional intervém nesta questão com a sentença n. 49/2015, que continua a considerar possível a aplicação do confisco urbanístico na falta de uma condenação definitiva depois de restringir a obrigação de interpretação de acordo com o juiz nacional no que diz respeito à normativa da CEDH, a qual emerge apenas da “jurisprudência consolidada” (e não nas relações de decisões ainda isoladas, ou, de todo modo, que expressem uma orientação unívoca e sem contestação), na qual não está inclusa a sentença *Varvara*. Reitera-se que, no parecer do juiz de direito, a sentença *Varvara* não tem o significado atribuído pelos juízes *a quibus*, tendo em vista que, com ela, o juiz europeu apenas reiterou que a sanção não pode encontrar aplicação sem prévia atribuição da responsabilidade¹⁰⁶⁴. A fim de dispor de forma legítima o confisco urbanístico, tendo caráter intrinsecamente punitivo nos termos do Artigo 7 da CEDH, é necessário, então, o pronunciamento de um juiz que tenha “substância” de condenação; em outros termos, o confisco é compatível com um êxito processual diferente da condenação formal, desde que o dispositivo de definição contenha uma averiguação incidental das condições necessárias para aplicar uma pena, ou seja, uma apuração da culpabilidade (e, portanto, da responsabilidade) do sujeito. É este, na opinião do Tribunal Constitucional, o perfil que interesse ao juiz europeu.

A Grande Câmara, por fim, pronunciou-se novamente a este respeito com a sentença sobre o caso *G.I.E.M.*, que representa ambiguidades, porque, por um lado reitera que a forma de confisco em questão representa uma pena como já defendido no caso *Sud Fondi*, e, por outro, acaba sustentando a posição da Cor-

1063 Corte EDU, *Varvara c. Italia*, 17475/09, 29 ottobre 2013, §§ 72, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 novembre 2013, con nota di F. Mazzacava.

1064 Corte costituzionale, 14 gennaio 2015, n. 49.

te constitucional italiana que se satisfaz com uma apuração de responsabilidade subjetiva de caráter substancial para aplicar tal sanção mesmo na hipótese de prescrição (destaca-se que, posteriormente, a CEDH considera que a forma de confisco em questão contrasta com a presunção de inocência no presente caso, em que o Tribunal de cassação a aplica pronunciando a prescrição e anulando a decisão de absolvição proferida pelo Tribunal de recurso). Especifica-se que não é obrigatório que a declaração de responsabilidade penal se dê por meio da sentença de uma corte penal que condene formalmente o acusado; mas sim, estabelece-se que a sentença *Varvara* não conduz a tal conclusão, apenas evidenciando que isso ocorre com frequência, mas “*this should not be seen as a mandatory rule*”. Considera-se suficiente que a declaração de responsabilidade penal esteja de acordo com as garantias estabelecidas no Artigo 7 e que seja pronunciada em um procedimento nas normas do Artigo 6 da CEDH. Desta forma, para garantir que as medidas de confisco impugnantes sejam aplicadas apenas após uma declaração formal de responsabilidade penal do requerente (§ 255), deve-se estar atento ao teor da medida, à *motivação*, que é parte integrante da decisão¹⁰⁶⁵. De tal modo, leva-se em consideração a importância, numa sociedade democrática, de manter o estado de direito e a confiança pública no sistema judiciário: esta disciplina objetiva impedir a impunidade em situações em que o efeito combinado de crimes complexos e de períodos de prescrição relativamente breves possibilite que os infratores evitem, de maneira sistemática, serem perseguidos e, principalmente, de sofrerem as consequências de sua má conduta¹⁰⁶⁶.

Em seu rico parecer contrário, o juiz Pinto de Albuquerque evidencia que, em um Estado de direito submetido ao princípio da legalidade, o poder do Estado de perseguir e de punir crimes, mesmo os complexos, é limitado por vínculos de tempo, ou, usando a elegante fórmula da Corte constitucional italiana, “decorrido o tempo desde a prática do fato, a necessidade de punição é atenuada e o autor dela tem o direito de ser esquecido”.

“Caso contrário, os valores de segurança e de previsibilidade jurídica inerentes ao princípio da legalidade, e conseqüentemente o próprio princípio de legalidade, será sacrificado em nome da eficiência do sistema judiciário” (assim como no § 23 do parecer do juiz Pinto de Albuquerque). Com base em tais premissas, observa o juiz, se um crime é prescrito, as razões subjacentes à sua perseguição não podem mais prevalecer, e os objetivos da punição penal não podem mais ser perseguidos. Se o objetivo de combater a impunidade prevalece, não

1065 Cfr. Corte EDU, *G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia* [GC], 1828/06, 34163/07 e 19029/11, 28 giugno 2018, § 255.

1066 *Ibidem*, § 260.

pode haver crimes submetidos à prescrição. Este é o núcleo da sentença *Varvara*, “o direito ao esquecimento”, que é anulado pela Corte constitucional.

Na visão do juiz dissidente, não pode haver punição sem uma declaração de culpa formal, porque não pode haver tal declaração depois da prescrição do crime. Em outras palavras, o núcleo do famoso § 72 de *Varvara* se dá no reconhecimento de que a aplicação do estatuto da prescrição não é uma condenação (declaração de culpa) substancial. Enquanto a sentença *Sud Fondi* estabeleceu o princípio *nulla poena sine culpa*, a sentença *Varvara* reconheceu a prescrição como parte integrante do princípio de legalidade. O Artigo 7 exclui, portanto, a aplicação do confisco (que é uma *penalty*) a um crime prescrito, uma vez que a prescrição tem o significado de uma garantia substancial, e não um mero significado processual, “seja na Convenção ou na lei nacional” (assim como no § 24 do parecer do juiz Pinto de Albuquerque, pois, pode-se acrescentar, a mesma corte italiana reconhece, de forma paradoxal, como na portaria. n. 24 de 2017¹⁰⁶⁷).

Deste argumento, surge o caráter contraditório do juiz da Consulta, que, por um lado, defende o caráter substancial da prescrição perante o Tribunal de justiça do famoso caso *Taricco*, por outro, considera-a compatível com a aplicação de formas de confisco “penal” perante o Tribunal europeu no fato em análise (*ibid*, § 87).

Esta noção de declaração substancial de responsabilidade constitui, além do mais, observa ainda o juiz Pinto de Albuquerque, uma “extensão do conceito de ‘condenação’ em detrimento do acusado” e, portanto, uma analogia inadmissível em *malam partem*. A ficção jurídica de uma “condenação em substância” contradiz a própria essência da proibição da analogia em detrimento do acusado, que é o núcleo do princípio de legalidade (*nulla poena sine lege certa, stricta*) (*ibid* § 32).

O mesmo tribunal europeu sempre recusou esta analogia, como, por exemplo, no caso *Magnus c. Croácia*, em que esta foi muito clara ao afirmar que “a conclusão dos procedimentos penais por parte de um ministério público não constitui nem uma condenação, nem uma absolvição”, e, portanto, tal decisão não se aplica no âmbito de aplicação do Artigo 4 do Protocolo 7 da CEDH (*ne bis in idem*). Evidentemente, estes dois resultados (condenação e absolvição) podem ser encontrados somente na parte dispositiva de uma decisão interna, ou seja, contexto em que o tribunal competente confronta o êxito do caso. A motivação não tem nenhuma relevância para a aplicação do princípio de *ne bis in idem* no processo penal. A maioria ignora este princípio básico do direito pro-

1067 Cfr. F. Viganò, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo (a proposi-to di Cass. pen., sez. III, ord. 30 aprile 2014)*, in *Diritto penale contemporaneo* 2014, p. 286.

cessual penal na medida em que almeja imputar conclusões danosas ao acusado (“em substância, uma condenação”) da motivação de uma decisão, quando fora do dispositivo. Tal esforço, na medida em que busca encontrar uma “condenação em substância”, independentemente do fato de que o acusado não tenha sido formalmente condenado, viola o núcleo do princípio de *ne bis in idem*.

O argumento, então, de que a Corte não busca a condenação formal em virtude da noção substancial de pena do Tribunal Europeu, e, portanto, do apelo à proteção da “substância dos direitos humanos”, é utilizado pela Corte constitucional para enfraquecer os direitos humanos do acusado destinatário do confisco sem condenação; mas, observa o juiz Pinto, não é admissível tal uso *contra reum* de uma teoria elaborada pelo Tribunal europeu em benefício do acusado (*ibid*, § 25). Isto vale também para o argumento que deriva da necessidade de combater a hipertrofia do direito penal; é inadmissível usar este argumento *in malam partem* a fim de privar o réu da proteção do Artigo 7 TEDH e submetê-lo ao confisco sem uma condenação formal em virtude da prescrição. A subsidiariedade da lei penal é derrubada para estender a pena para além da prescrição (*ibid*, § 26).

O juiz, então, contesta com base no princípio da separação dos poderes, a exploração indevida do sistema judiciário penal para fins puramente administrativos, tendo em vista uma política de pancriminalização almejada pelo Estado italiano.

Na tensão weberiana entre *Wertrationalität* (*value-rationality*) e *Zweckrationalität* (*purpose-rationality*), os juízes, sejam os internacionais ou nacionais, deveriam sempre almejar o primeiro, não o segundo, que pertence à política. Tem-se a impressão de que para alguns aspectos, o presente juízo configura mais um exercício deste último que o primeiro. Ainda mais importante, o juiz não deveria imputar aos acusados as carências de uma política criminal estatal irracional, incluindo uma política com um “efeito combinado de crimes complexos e períodos de prescrição relativamente curtos”.

“E, por fim” a condenação substancial viola a presunção de inocência, enquanto a “*plena atribuição de responsabilidade*” requerida pela Corte constitucional como base para o confisco sem condenação viola claramente o direito à presunção de inocência. De fato, isto é óbvio a ponto de ser difícil acreditar que em um Estado de direito come a Itália, uma ‘pena’, nos termos do artigo 7 TEDH possa ser aplicada com tamanha violação frontal do Artigo 6 § 2 da mesma convenção” (*ibid*, § 34).

A declaração substancial de irresponsabilidade evoca a juiz Albuquerque o veredito *à moitié acquitté* (“*Half acquitted*”) da idade média, em que os acusados eram absolvidos, mas, com base em algumas provas, uma quantidade qualquer de culpa era provada e uma pena era aplicada. “É necessário lembrar, entretanto, que em

1789 houve uma revolução, dentre outros motivos, para colocar fim a tal absurdo. Aprender com a história às vezes pode ajudar a não mais repetir os mesmos erros”.

5.1. As incoerências do Tribunal europeu em relação ao princípio de culpabilidade

Outro perfil fundamental emerge na opinião do juiz Pinto de Albuquerque no caso *G.I.E.M.*: a denúncia da insegurança inaceitável do Tribunal na afirmação do princípio de culpabilidade que surge também na sentença *Varvara*, após a sentença *G.I.E.M.*, em que, de maneira absolutamente infeliz, mais uma vez foi dado um passo atrás quanto à sentença *Sud Fondi* que tinha tido o mérito de reconhecer a subsistência do princípio de civilidade jurídica representado pelo princípio de culpabilidade em matéria penal, que, infelizmente, não é expressamente reconhecido pela CEDH, e que por tanto anos não foi objeto de reconhecimento por parte da Corte.

A sentença *Sud Fondi* – concretamente um caso de confisco urbanístico disposto pela Suprema Corte italiana nos termos de sujeitos absolvidos por erro inevitável de preceito penal, nos termos do Artigo 5, como integrado pela sentença n.364/1988 da Corte constitucional – representou uma pronúncia histórica para o pleno reconhecimento do princípio de culpabilidade que se baseia no Artigo 7 TEDH: “O Artigo 7 não menciona expressamente um vínculo moral entre o elemento material do crime e o suposto autor. Apesar disso, a lógica da pena e da punição, assim como a noção de ‘*guilty*’ (na versão em inglês) e a noção correspondente de ‘*personne coupable*’ (na versão em francês) corroboram uma interpretação do Artigo 7 que exige, para punir, um vínculo de natureza intelectual (consciência e vontade) que permita encontrar um elemento de responsabilidade na conduta do autor material do crime, elemento em ausência do qual torna injustificável a imposição de uma pena” (ver TEDH, *Sud Fondi S.r.l e outros c. Itália*, 75909/01, 20 de janeiro de 2009, § 116). O Tribunal europeu, além do mais, retomando um raciocínio desenvolvido pela histórica sentença da Corte constitucional italiana, a n. 364/1988, destaca que o respeito do princípio de legalidade e de irretroatividade, que comporta a previsibilidade da intervenção penal, e, portanto, a acessibilidade e o conhecimento quanto a comportamentos assumidos sem culpa e que, desta maneira, não entram na esfera de controle do agente (“Seria, além disso, incoerente, por um lado, exigir uma base legal acessível e previsível e, do outro, permitir que se considera uma pessoa como “culpada” e “puni-la” enquanto esta não poderia conhecer a lei penal, devido a um erro insuperável que não podia de modo algum ser imputado àquele ou àquela de que era vítima”). A Corte constitucional italiana sancionou que o princípio de culpabilidade é a outra face da medalha do princípio de legalidade, ambos garantem a liberdade do cidadão, a liberdade de orientar a própria conduta conhecendo, primeiramente, a reação do Estado e o limite entre lícito e ilícito.

A sentença *Varvara*, infelizmente, redimensiona o reconhecimento do princípio de culpabilidade, porque de modo contraditório, depois de reconhecer o princípio *nulla poena sine culpa* presente na causa *Sud Fondi*, no § 70, admite expressamente formas de responsabilidade objetiva: “os Estados participantes permanecem livres, em linhas de princípio, de (...) tornar punível um fato material ou objetivo considerado, por si só, independentemente do fato de que este seja doloso ou culposo; as respectivas legislações, neste contexto, oferecem exemplos (...). O Artigo 7 da Convenção não exige expressamente um ‘nexo psicológico’ ou ‘intelectual’, ou ‘moral’ entre elemento material do crime daquele considerado responsável por este”.

A Grande Câmara, no caso *G.I.E.M.*, busca resolver a contradição, lendo as afirmações das duas sentenças, *Sud Fondi* e *Varvara*, em relação à regra e exceção (ver TEDH, *G.I.E.M., S.r.l. e outros c. Itália*, cit. §§ 242-247). A regra é a anunciada em *Sud Fondi*: sublinhando o vínculo estreito existente entre o princípio de legalidade, *sub specie* previsibilidade da sanção, e princípio de culpabilidade, a Grande Câmara afirma que, em princípio, para aplicação de “uma pena nos termos do Artigo 7, *necessita-se da subsistência de um nexo de natureza psicológica* por meio do qual seja possível encontrar um elemento de responsabilidade na conduta do autor material do crime”; no entanto – como afirmado em *Varvara* – os Estados membro podem se abster dessa regra, prevendo formas de responsabilidade objetivas fundadas em presunções de culpabilidade. Retoma-se a tradicional jurisprudência da Corte que sempre admitiu presunções de culpabilidade, - nas quais se resolvem, em vertentes processuais, os casos de responsabilidade objetiva -, desde que mantidas em certos limites, ou seja, substancialmente desde que as presunções sejam refutáveis e possam garantir direitos de *deefsa* (os limites são ultrapassados – afirmam os juízes de Estrasburgo – “quando uma presunção [de culpabilidade] produz o efeito de tornar impossível para o autor do fato de se defender das acusações contra ele, privando-o dos direitos garantidos pelo Artigo 6 § 2 da Convenção”).

O juiz Pinto de Albuquerque non se contenta com esta reconstrução que acaba por fazer retroceder o relógio, antes da sentença *Sud Fondi*, e evidencia que o Tribunal, no caso *G.I.E.M.*, “considera que a jurisprudência descrita acima se aplica *mutatis mutandis* no plano do Artigo 7”, confundindo claramente as garantias processuais do Artigo 6 e as garantias materiais do Artigo 7; “esta última altera, na realidade, as garantias do Artigo 7, irrevogáveis, com os direitos reconhecidos pelo Artigo 6, para os quais são previstas exceções¹⁰⁶⁸”. Concluindo,

1068 In materia assume un particolare rilievo l'introduzione della Direttiva 2016/343 in materia di presunzione d'innocenza, che sta dando luogo ad un'ampia giurisprudenza volta a garantire tale principio; cfr. Corte di giustizia UE, 28 novembre 2019, causa C-653/19 PPU, *DK - Spetsializirana prokuratura*; 19 settembre 2019, causa C-467/18, *EP*; 5 settembre 2019, causa C-377/18, *AH, PB, CX, KM - MH*; 19 settembre 2018, causa C-310/18 PPU; 26 febbraio 2019, cause riunite

o Juiz, no caso em questão, sacrifica o princípio de culpabilidade em nome da eficácia.

A sentença *G.I.E.M.*, junto da sentença *Varvara*, arrisca de esvaziar o caráter revolucionário em termos de reconhecimento do princípio de culpabilidade, da sentença *Sud Fondi*, voltando à posição tradicional precedente do Tribunal europeu, que sancionou a proibição de responsabilidade por atos alheios¹⁰⁶⁹, mas sem reconhecer o princípio de culpabilidade como responsabilidade pessoal culpável, e como direito fundamental¹⁰⁷⁰. O Tribunal, desde que reconhecendo a presunção de inocência, contemplada pelo Artigo 6 § 2 TEDH não se aplica apenas em questão processual, mas também ao direito material, sempre considerou, de fato, que sejam admissíveis presunções de fato ou de direito, que se encontram nas leis repressivas, desde que “estejam contidas em limites razoáveis, levando em consideração os valores em jogo e preservando os direitos de defesa¹⁰⁷¹”. Desta forma, reconhece-se, em princípio, o direitos dos Estados de punir, sob certas condições, um mero fato material ou objetivo sem a necessidade de exigir a intenção de requerer dolo ou a negligência¹⁰⁷²; em algumas ocasiões, precisou-se que é necessário distinguir entre inadmissíveis presunções de culpabilidade, e admissíveis presunções de prova, que consintam em deduzir a culpabilidade da prova de determinar a culpa com provas e que devem ser refutáveis e razoáveis (por exemplo, prognóstico de perigo¹⁰⁷³).

O Tribunal europeu, assim, influenciou longamente também a jurisprudência da Corte de Luxemburgo, pois, como afirmado pelo Advogado geral Van Gerven no caso *Hansen*, a CEDH admite restrições ao princípio de culpabilidade seguindo o Artigo 6, desde que estejam de acordo com o princípio da proporcionalidade, uma vez que respeitem “limites razoáveis”, ou, como afirmado pelo

C-202/18 e C-238/18, *Ilmārs Rimševičs e Banca centrale euro-pea (BCE) c. Lettonia*; Grande sezione, 25 luglio 2018, causa C-216/18 PU, *LM*. Fermo re-stando che il legislatore europeo continua a considerare presunzioni di fatto e di diritto con- futabili conformi alla presunzione d'innocenza come emerge dal considerando n. 22 della Direttiva.

1069 Corte EDU, *E.L. e altri c. Svizzera*, 20919/92, 29 agosto 1997; *A.P. e altri c. Svizzera*, 19958/92, 29 agosto 1997. *Contra* Commissione EDU, *E.L. e altri*, 20919/92, 10 aprile 1996, e *A.P. e altri*, 19958/92, 18 aprile 1996.

1070 Corte EDU, *Salabiaku c. Francia*, 10519/83, 7 ottobre 1988; 25 settembre 1992, *Pham Hoang c. Francia*, 13191/87, 25 settembre 1992.

1071 Cfr. V. Starace, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992, p. 139; R. Sicurella, *Nulla poena sine culpa: un véritable principe commun euro-péen?*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2002, pp. 20-21. Corte EDU, *Salabiaku c. Francia*, cit.; in senso conforme *Västberga Taxi Aktieföretag and Vulic c. Sueden*, 36985/97, 23 luglio 2002, § 113; Commissione EDU, *Marandino c. Italia*, 12386/86, 15 aprile 1991; Corte EDU, *Raimondo c. Italia*, 12954/87, 22 febbraio 1994; *Prisco c. Italia* [dec.], 38662/97, 15 giugno 1999; *Madonia c. Italia*, 55927/00, 25 marzo 2003; *Anderson c. Italia*, 55504/00, 20 giugno 2002; *Arcuri e altri c. Italia*, 52024/99, 5 luglio 2001; *Riela c. Italia*, 52439/99, 4 settembre 2001; *Bocellari e Rizza c. Italia*, 399/02, 13 novembre 2007; *Phillips c. Regno Unito*, 41087/98, 12 dicembre 2001, §§ 32-34; *Van Offeren c. Paesi Bassi*, 19581/04, 5 luglio 2005; *Joost Falk c. Paesi Bassi*, 66273/01, 19 ottobre 2004; critico nei confronti della sentenza *Salabiaku* V. W. Jeandidier, *La présomption d'innocence ou les poids des mots*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1991, pp. 51-52; cfr. A. Ashworth, *Article 6 and the Fairness of Trials*, in *Criminal Law Review* 1999, pp. 266-267.

1072 Cfr. le sentenze citate nella nota precedente.

1073 *Collection of Decisions of the European Commission on Human Rights* 42, 135; cfr. T. Vogler, *Besondere Garantien für das Strafverfahren*, in *Internationaler Kommentar für Euro-päische Menschenrechtskonvention*, München, 1986, p. 153.

Advogado geral Stix-Hackl no caso *Käserer Champignon*, não exclui a configuração de processos penais fundamentados na responsabilidade objetiva, mas, neste âmbito, limite simplesmente a proporção ao invocar o respeito dos da defesa; a consequência é que “não é possível inferir do Artigo 6 § 2 do Tratado EU, em articulação com a Convenção europeia sobre os direitos humanos, o reconhecimento do princípio de culpabilidade como princípio geral de direito comunitário”. Ainda que, como avaliado anteriormente, não falem as solenes afirmações de tal princípio na jurisprudência da Corte de justiça, e o princípio de culpabilidade preside geralmente a aplicação das sanções da UE segundo o Artigo 5 do Regulamento n. 2988/1995 e o Artigo 23 do Regulamento n. 1/2003 (como afirmado pelo Advogado Geral Yves Bot no caso *ThyssenKrupp Nirosta GmbH*: “a Corte reconheceu a aplicabilidade do princípio da responsabilidade pessoal às normas em questão de concorrência na já mencionada sentença Comissão/Anic Participações”; considera-se que “o princípio da responsabilidade pessoal e o seu corolário, que é o princípio da personalidade das penas e das sanções, sobre os quais se fundamenta a imputabilidade dos acordos ilícitos (...) constituem garantias fundamentais do direito penal”).

5.2. *Mais uma oportunidade perdida para esclarecer as questões relacionadas com o confisco*

Um outro perfil que merece particular atenção no parecer em análise é a referência do Juiz Pinto de Albuquerque à necessidade de que o Tribunal de Estrasburgo adote uma atitude unívoca e coerente em matéria de confisco, onde, em vez disso, muitas vezes prevalecem as exigências de eficácia – no combate a diversos fenômenos criminais, considerados graves – para negar a natureza penal (no sentido amplo e autônomo da interpretação do Tribunal) e para justificar a renúncia ao reconhecimento das garantias em matéria penal, mesmo quando se trata claramente de formas de confisco que assumem um carácter sancionador e um efeito estigmatizante para o seu destinatário. Embora não falem condenações que tenham posto em evidência a fraude de rótulos e violações dos direitos fundamentais (caso *Welch*¹⁰⁷⁴, caso *Geerings*¹⁰⁷⁵, caso *De Tommaso*¹⁰⁷⁶), nessas circunstâncias o Tribunal Europeu tende basicamente a sacrificar as garantias segundo as necessidades político-criminais recriminadas pelos Estados e subjacentes à introdução cada vez mais difundida de novas formas de confisco, em particular o confisco alargado (baseado em simplificações probatórias ou em verdadeiras inversões do ônus da prova quanto à origem ilícita dos bens a confiscar), e apli-

1074 Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *Welch c. Reino Unido*, 17440/90, 9 de fevereiro de 1995.

1075 Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *Geerings c. Países Baixos*, 30810/03, 1 de março de 2007.

1076 Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *De Tommaso c. Itália* [GC], 43395/09, 23 de fevereiro de 2017.

cáveis sem condenação (através de formas mais ou menos completas de *actio in rem*), conforme reconhecido no caso *Gogitidze*¹⁰⁷⁷.

O juiz Pinto de Albuquerque sempre revelou pontualmente esta falta de coerência e de coragem por parte do Tribunal, como aconteceu recentemente no caso *De Tommaso*, no qual denunciou - na sua opinião dissidente - a natureza criminosa do confisco preventivo italiano (sempre negado pelo Tribunal) e, no presente caso, lamenta que o Tribunal tenha mais uma vez perdido a oportunidade de esclarecer a questão. “A maioria optou, de fato, por não responder ao apelo que fiz no meu parecer separado anexo à sentença *Varvara*, no qual recordei o estado problemático da jurisprudência em matéria de confisco. Em vez de trazer alguma ordem a esse respeito na jurisprudência do Tribunal, a maioria preferiu emitir uma decisão estritamente limitada ao confisco urbano, tal como foi indicado no § 155 da sentença, sem vincular a avaliação jurídica dessa medida a outras formas de confisco já examinadas pelo Tribunal”.

Na sentença *Varvara*, o juiz denunciou que “para além das contradições entre casos que envolvem medidas essencialmente da mesma natureza, o Tribunal concede garantias mais fracas a algumas medidas de confisco mais graves, e ainda mais intrusivas, e garantias mais fortes a medidas de confisco menos graves. Algumas medidas “civis” e certas medidas “penais preventivas”, que escondem uma verdadeira medida de aniquilação das capacidades econômicas dos réus, por vezes sob a ameaça de prisão em caso de não pagamento do montante devido, estão sujeitas a um controle fraco e vago, escapando até mesmo ao controle do Tribunal, enquanto algumas medidas de natureza intrinsecamente administrativa são, ocasionalmente, equiparadas a penalidades e sujeitas ao controle mais rigoroso dos artigos 6.º e 7.º da Convenção”¹⁰⁷⁸.

Que seja permitido o encaminhamento para análise em sede distinta desta atitude inconsistente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos¹⁰⁷⁹.

6. O impacto da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre o direito interno no diálogo entre os tribunais

Em algumas das opiniões dissidentes examinadas, surge uma importante apreciação do Juiz Pinto relativamente ao papel da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no direito interno, à luz de um exame rigoroso

1077 Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *Gogitidze c. Georgia*, 36862/05, 12 de maio de 2015, § 105.

1078 O juiz observa na nota 15: “Esta medida preventiva, (...) foi recentemente considerada objetivamente punitiva e, portanto, sujeita ao princípio da não retroatividade da pena. (...) Com efeito, a medida é aplicável quando mesmo a presumível periculosidade do réu já não é real, como em caso de morte do réu, uma vez que pode afetar todos os bens disponíveis *de iure* ou *de facto* do réu”.

1079 A. M. Maugeri, *La tutela della proprietà nella C.e.d.u.*, cit., p. 3 e seguintes

da problemática tendência do Tribunal, manifesta em alguns pronunciamentos, de repudiar ou desvalorizar as suas conquistas em termos de reconhecimento dos direitos fundamentais (caso *Hutchinson* após *Murray*, caso *G. I. E. M.* após *Varvara*), a fim de dialogar e estabelecer um compromisso com as autoridades nacionais, mesmo que em detrimento da proteção dos direitos e, em matéria penal, do reconhecimento das garantias.

Neste sentido, em sua opinião divergente no caso *Hutchinson*, o juiz aponta que a Corte de Apelação inglesa viola a seção 6 da *Lei de Direitos Humanos*, que exige que todas as autoridades respeitem os direitos previstos na Convenção e que forneçam uma interpretação coerente com a normativa interna, também à luz da jurisprudência do TEDH (seções 3 e 2 da *Lei de Direitos Humanos*). Em conclusão, o juiz Pinto aponta que o teste final para as autoridades nacionais aceitarem a orientação interpretativa expressa pela jurisprudência da Corte Europeia parece ser determinado por uma lógica estrita de regra/exceção, segundo a qual somente em “casos raros” ou “casos excepcionais” (*rare occasion*) essa jurisprudência não deve ser seguida pelos tribunais nacionais, ou seja, quando aspectos particularmente importantes do sistema jurídico nacional tiverem sido ignorados ou mal compreendidos pelos juízes de Estrasburgo.

Dito isso, o juiz denuncia os riscos das consequências sistemáticas da sentença *Hutchinson* que, repudiando a decisão *Vinter*, admite que a Corte de Apelação inglesa tinha razão e que o sistema jurídico britânico já dispunha, pelo menos desde o caso *Bieber*¹⁰⁸⁰, de um mecanismo de concessão de liberdade compatível com a Convenção; também porque o caso em análise – no qual a Corte, por razões de conveniência política, acrescenta-se, repudia suas conquistas em termos de reconhecimento de direitos fundamentais – não representa um caso isolado. O juiz identifica uma crise no papel da Corte que encontra seus fundamentos na sentença *Horncastle*¹⁰⁸¹, na qual – endossada pela sentença *Al-Khawaja e Tahery*¹⁰⁸² – a Corte pronunciou o supracitado argumento de “*rare occasion*” para justificar a violação dos princípios da CEDH no direito interno, sem considerar o problema de que as situações que os tribunais nacionais enquadram nesse conceito de “*rare occasion*” tendem a se multiplicar quando os tribunais nacionais não concordam com as decisões da Corte, especialmente quando se trata da proteção de minorias, como os presidiários; minorias que frequentemente se tornam os bodes expiatórios de todos os males da sociedade, sobre os quais se impõem restrições aos direitos e liberdades fundamentais reconhecidos na Convenção.

1080 *R. c. Bieber* (2009), 1 WLR 223.

1081 Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *Horncastle e outros v. Reino Unido*, 4184/10, 16 de dezembro de 2014.

1082 Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *Al-fhawaja e Tahery v. Reino Unido* [GC], 26766/05 e 22228/06, 15 de dezembro de 2011, § 147.

O juiz Pinto de Albuquerque denuncia de forma lúcida e corajosa como o risco de manipulação motivada por interesses nacionalistas se torna intoleravelmente alto quando as autoridades nacionais simulam estarem vinculadas apenas por uma orientação “clara e constante” da jurisprudência de Estrasburgo, negando o efeito de *res interpretata* aos pronunciamentos das câmaras individuais, ou mesmo da Grande Câmara, considerados “incongruentes”, “vagos” e “excessivamente amplos”. O teste das autoridades nacionais para a aceitação das sentenças do Tribunal torna-se cada vez mais discricionário com base numa distinção reconhecidamente bastante fluída entre jurisprudência clara/não clara, estabelecida/não estabelecida, justificando, assim, a rejeição do carácter vinculativo da interpretação dada por qualquer decisão do Tribunal sobre questões novas ou debatidas.

Essa decisão tem consequências deletérias para a solidez do sistema de proteção dos direitos humanos.

Em conclusão, para o juiz português, há que distinguir duas situações diferentes. Quando o nível de proteção interna dos direitos humanos é mais elevado do que aquele garantido pela Convenção, pode argumentar-se que os padrões europeus são “*supererogatory*”, como prevê a própria Convenção (art. 53.º), no sentido de que nada impede as autoridades nacionais de concederem proteção mais ampla, e não apenas em questões que o Tribunal tenha declarado estarem dentro da margem de apreciação nacional. E, em qualquer caso, mesmo a falta ou insuficiência de precedentes na jurisprudência do Tribunal não deve inibir a jurisprudência nacional de reconhecer plenamente os direitos fundamentais. Por outro lado, quando o nível nacional de proteção dos direitos humanos for inferior ao fornecido pela Corte, as autoridades nacionais, inclusive os tribunais, devem agir como fiéis depositários dos valores da Convenção e considerar que a leitura (interpretação) final e autorizada da Corte deve prevalecer (consulte o art. 19 da CEDH). Encontrar, na medida do possível, a melhor maneira de harmonizar a legislação nacional com as normas europeias, ou buscar uma interpretação em conformidade com a Convenção, não é meramente uma obrigação para com os meios, mas principalmente para com o resultado: dar plena e fiel implementação à jurisprudência da Corte e aos princípios que ela estabelece. Esse, podemos acrescentar, é o imperativo categórico que, na visão “constitucionalmente orientada em uma chave multinível” do Juiz Pinto de Albuquerque, deve guiar a abordagem das autoridades e, em particular, dos juízes nacionais com relação à Convenção.

Mesmo em seu parecer (parcialmente concorrente e parcialmente dissidente) no caso G.I.E.M., o Juiz Pinto de Albuquerque aprofunda esse perfil acerca do impacto da jurisprudência da Corte no direito interno nacional, a partir da crítica à sentença nº 49 de 2015 do Tribunal Constitucional Italiano, que pôs em

discussão o valor vinculativo das sentenças dos juizes de Estrasburgo, atribuindo esse caráter apenas à “jurisprudência consolidada” em virtude do artigo 28 da CEDH e do relatório explicativo do Protocolo nº 14 da CEDH, que afirma, em relação ao artigo 8, que a noção de jurisprudência consolidada se refere “em sua maior parte” à “jurisprudência consolidada de uma câmara” ou que “excepcionalmente” uma única sentença de princípio da Corte constitui “jurisprudência consolidada, particularmente quando se trata de uma sentença da Grande Câmara”. Em seu riquíssimo parecer, o juiz Pinto de Albuquerque reconstrói a evolução da jurisprudência da Corte Constitucional Italiana que fundamenta essa posição: desde as sentenças idênticas, nº 348 e nº 349 de 2007, que, à luz do novo texto do artigo 117 da Constituição (após a Lei Constitucional nº 3/2001) atribuem à CEDH uma posição intermediária entre a lei ordinária e a Constituição; às sentenças nº 311 e nº 317, de 2009, que, na busca da “maximização de garantias” oferecidas pela CEDH e pela Constituição, atribuem posição paraconstitucional à CEDH¹⁰⁸³, mas atribuindo à Consulta o posto de árbitro final da força executória das sentenças do TEDH no sistema jurídico italiano. Nessa perspectiva, toda norma ou interesse constitucional pode funcionar como um legítimo impedimento à difusão da CEDH, em oposição aos famosos “*controlimiti*” que podem impor obstáculos à difusão do direito da UE¹⁰⁸⁴. Para esse fim, é feita referência também o princípio da margem de apreciação que deve ser concedida às autoridades nacionais na aplicação das sentenças da Corte, a fim de garantir “a especificidade do sistema jurídico italiano”, permitindo uma vez mais o equilíbrio de interesses realizado pela CEDH.

Determina-se assim, denuncia do Juiz Pinto de Albuquerque, “um risco manifesto de conflito com Estrasburgo e de insegurança jurídica no sistema judiciário italiano”, conforme demonstrado pelo “duplo monólogo” no caso das pensões suíças para idosos¹⁰⁸⁵, e pelo caso de confisco urbano examinado acima.

A Grande Câmara, no caso G. I. E. M., em reação a essa sentença do Tribunal Constitucional Italiano, declarou claramente que “todas as sentenças (do TEDH) têm o mesmo valor legal. Sua natureza vinculativa e autoridade interpretativa não podem ser deduzidas da composição em que são proferidas” (§ 252). “Uma ‘resposta’ aos juizes constitucionais e às suas afirmações sobre a diferente

1083 Ademais, a sentença do Tribunal Constitucional n.º 348/2007, § 4.3, já reconhecia caráter “materialmente constitucional” das normas da Convenção que se movem “no âmbito da proteção dos direitos fundamentais das pessoas, integrando a aplicação de princípios e valores fundamentais protegidos pela própria Constituição italiana”.

1084 Corte Cost., 22 de outubro de 2007, n.º 348, § 4.7; Corte Cost., 22 de outubro de 2007, n.º 349, § 6.2. Ver D. Tega, *L'ordinamento costituzionale italiano e il sistema CEDU: accordi e disaccordi*, in V. Manes, V. Zagrebelsky (eds.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milão 2011, p. 204 e seguintes; M. Cartabia, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2007, p. 3568.

1085 Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *Maggio e altri v. Italia*, 46286/09, 31 de maio de 2011; *Cataldo e altri v. Italia*, 54425/08, 24 de junho de 2014; *Stefanetti e altri v. Italia*, 21838/10, 15 de abril de 2014; Corte cost., 20 de junho de 2017, n.º 166.

‘persuasão’ (evidentemente, em casos diferentes daqueles decididos pelo TEDH, em relação aos quais existe uma obrigação expressa de cumprimento) das sentenças da Corte de Estrasburgo”¹⁰⁸⁶.

O juiz Pinto de Albuquerque enaltece esse perfil da sentença do G. I. E. M., destacando que “a mensagem transmitida por essa sentença não é sibilina nem hesitante, mas, ao contrário, é forte e clara: todas as sentenças da Corte têm o mesmo valor jurídico, a mesma natureza vinculativa e a mesma autoridade interpretativa”; e enfatiza o impacto desse princípio no sistema europeu de proteção dos direitos humanos.

O conceito de jurisprudência consolidada, observa o juiz português, apesar da aparente semelhança, difere radicalmente do conceito de “direito consolidado” utilizado pelo Tribunal Constitucional. Primeiro, a função de uma jurisprudência consolidada não é de forma alguma modular a força normativa ou a “densidade persuasiva” das sentenças e decisões do Tribunal segundo o grau de “consolidação”, mas conferir a um comitê a “competência” para decidir sobre um caso, em vez de encaminhá-lo a uma câmara do Tribunal, recorrendo a um procedimento “simplificado” direcionado a casos que não são idênticos. “A Convenção significa o que a Corte considera que a Convenção significa, nem mais nem menos”. Os tribunais dos Estados-membros e o público em geral devem poder esperar que a Corte respeite suas decisões e sentenças anteriores em todos os casos que envolvam circunstâncias factuais semelhantes; as sentenças-piloto, baseadas no regulamento da Corte, são instrumentos clássicos de análise de constitucionalidade para resolver problemas de funcionamento do direito interno ou a falha do legislador em corrigir problemas sistêmicos, mas não têm autoridade interpretativa especial ou um valor jurídico distinto. Para a Corte, cada uma de suas decisões finais torna-se *res judicata* entre as partes da disputa e *res interpretata* em relação a todas as partes em litígio. A Grande Câmara no processo *G. I. E. M.* afirma o princípio da “autoridade interpretativa” (*res interpretata*) de “todas” as sentenças do Tribunal, sem qualquer margem de apreciação – não invocada, além disso, em relação a princípios imperativos como o artigo 7º da CEDH.

Com uma argumentação refinada, o juiz Pinto de Albuquerque contesta as razões do Tribunal Constitucional Italiano, partindo da noção de “criatividade do princípio afirmado acerca da abordagem tradicional da jurisprudência europeia”, ou do critério da “existência de opiniões divergentes” que, ao contrário do que afirma a Consulta italiana, não desvirtua de modo algum a força jurídica das sentenças às quais são anexadas. É evidenciado, assim, que a força jurídica de uma sentença da Grande Câmara é exatamente a mesma que a de uma Câmara.

1086 A. Galluccio, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte Edu, Grande camera, in materia urbanistica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 de julho de 2018, § 8.2.

Mesmo a referência do Tribunal Constitucional Italiano à “prevalência das particularidades do sistema jurídico nacional” acaba por representar uma posição hostil à causa dos direitos humanos universais.

Em suma, o que emerge nesses pareceres é um sincero grito de alarme contra uma dupla ameaça ao papel da Corte que surge: de fora, devido a certo populismo e soberanismo que “zomba da ideia da universalidade dos direitos humanos com o objetivo de questionar o *acquis* cultural da Corte e fazê-la retroceder”, o que é por vezes acompanhado pelas atitudes nacionalistas dos tribunais nacionais, como o Tribunal Constitucional Italiano; e de dentro, onde a própria Corte abdica de suas conquistas em termos de garantia dos direitos humanos por oportunismo político, esquecendo-se de sua “admirável liderança em nível mundial na proteção dos direitos humanos, estimulando a humanidade a progredir, seja ela parte ou não dos Estados-membros”.

Perante tais ameaças, o Juiz Pinto de Albuquerque lembra às autoridades e tribunais nacionais, em primeiro lugar ao prestigioso Tribunal Constitucional Italiano, a necessidade de lembrar que a Convenção é um “tratado internacional” assim como o “papel único e incondicional do Tribunal em determinar seu conteúdo de acordo com o artigo 19 da Convenção e em impor sua interpretação por meio de sentenças com efeito direto e vinculante no sistema jurídico de todas as Partes contratantes”, lembrando, além disso, o valioso legado da Corte na Itália (basta pensar no impacto sobre o processo penal – a obrigação de dar publicidade à audiência judicial, a exclusão de processos *in absentia*, etc. –, sobre o direito penal – o princípio da retroatividade da lei mais favorável ao réu a reabilitação após a condenação –, sobre o direito penitenciário – as condições de detenção em instituições penais superlotadas e as conversas telefônicas dos prisioneiros, bem como, mais recentemente, a prisão perpétua). O próprio Tribunal Constitucional, além disso, reconheceu que as sentenças da CEDH assumem valor vinculativo para todos os Estados e não apenas para aquele a quem são endereçadas¹⁰⁸⁷.

A Corte transformou o conceito doutrinário da “autoridade interpretativa” (*res interpretata*) de suas sentenças em um princípio juridicamente vinculativo de interpretação e aplicação da Convenção, também baseada no compromisso que as Partes contratantes assumiram nas declarações de Interlaken¹⁰⁸⁸ e na declaração de Brighton¹⁰⁸⁹.

1087 Ver Tribunal Constitucional, 22 de outubro de 2007, n.º 348, § 4.6; 22 de outubro de 2007, n.º 349, § 6.1 e 6.2; 30 de novembro de 2009, n.º 317, § 7; Cass. civ., Sec. I, 3 de janeiro de 2008, n.º 14.

1088 Conferência de alto nível sobre o futuro do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Declaração de Interlaken, 19 de fevereiro de 2010.

1089 Conferência de alto nível sobre o futuro do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Declaração de Brighton, 20 de abril de 2012.

A reconstituição do Juiz Pinto de Albuquerque espera um salto da Convenção na hierarquia das fontes, já previsto por parte da doutrina, mas contestado pelo Tribunal Constitucional Italiano¹⁰⁹⁰, com base no qual é atribuída à Convenção a precedência sobre a Constituição, como é o caso do direito da UE, com a consequente obrigação do juiz de não aplicar diretamente a regra doméstica em conflito com o direito da Convenção, conforme interpretado pelo Tribunal, não havendo necessidade de invocar a intervenção do Tribunal Constitucional: todos os juízes comuns são “juízes comuns da Convenção”. Tudo isso no interesse de maximizar as garantias, no sentido de que – na opinião do juiz – à luz do verdadeiro significado do artigo 53 da CEDH, os tribunais nacionais podem ir além do nível de proteção concedido ao requerente pela Convenção, mas não podem ficar abaixo dele, muito menos invocando um exame sistêmico de outros interesses constitucionais em jogo.

Nesse sentido, aliás, parte da doutrina italiana já clama pela aplicação do princípio da não aplicação, também em relação às normas da CEDH, mesmo considerando que as sentenças idênticas nº 348/2007 e nº 349/2007 tenham representado um preocupante retrocesso em relação à jurisprudência anterior¹⁰⁹¹, uma vez que teriam subestimado as peculiaridades da CEDH na definição do seu *status* no sistema jurídico italiano¹⁰⁹². Em especial, contesta-se a não valorização do artigo 2¹⁰⁹³ e 11 da constituição como bases constitucionais da CEDH¹⁰⁹⁴, considerando que ela apresenta limitações à soberania nacional, uma vez que a participação implica a aceitação pelo Estado das obrigações relevantes e, portanto, coloca em questão o tratamento dispensados a seus próprios cidadãos. Implica, assim, implica uma renúncia a certas prerrogativas soberanas e, em particular, a autodeterminar o padrão de proteção dos direitos do indivíduo que o Estado pretende oferecer e observar. Pelo contrário, a renúncia em questão é reforçada pela presença do órgão judicial responsável pela interpretação do acordo, o que torna mais efetiva a obrigação de respeitar o seu conteúdo e de assegurar o seu cumprimento. Evidencia-se também se tratar de “*a constitutional instrument of European public order in the field of human rights*”, identificando, assim, a vocação natural

1090 Tribunal Constitucional, 7 de março de 2011, n.º 80.

1091 Cf. R. Pisillo Mazzeschi, *Sulla applicabilità diretta e il rango delle norme CEDU nell'ordinamento italiano: due recenti sentenze della Corte Costituzionale*, in F. Salerno, R. Sapienza (Eds.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Torino, 2011, p. 57, que cita Cass. civ., Sec. I, 19 de julho de 2002, n.º 10542, *Muscas e altri*; Cass. civ., Sec. Un. civ., 23 de dezembro de 2005, n.º 28507, *Centurione Scotti*; M. Lugato, *Struttura e contenuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte Costituzionale*, *ibid.* p. 62.

1092 Cf. M. Lugato, *op. cit.*, 62.

1093 Cf. D. Tega, *op. cit.*, p. 200 e seguintes. A solução vinculada ao artigo 2º baseou-se na interpretação aberta dessa norma como um caso sumário do catálogo posterior de direitos contidos na Constituição, reconhecendo nessa norma também o fundamento de “novos direitos invioláveis” não escritos, como hoje em parte é reconhecido pela jurisprudência ordinária e constitucional, encontrando, assim, na Convenção Europeia uma ancoragem textual ou escrita (cf. M. Cartabia, *op. cit.*, p. 3569, que receia, no entanto, que estejamos confiando no ativismo de juízes externos, os Tribunais de Estrasburgo e Luxemburgo).

1094 M. Lugato, *op. cit.*, p. 69.

das normas de direitos fundamentais de serem colocadas em um nível constitucional e de serem as normas máximas do sistema jurídico no qual se inserem¹⁰⁹⁵. Note-se que o próprio Tribunal Constitucional, em sua sentença nº 349/2007, refere-se ao Conselho Europeu como uma “realidade jurídica, funcional e institucional” e, portanto, como algo que pode ser comparado aos “ordenamentos” a que se refere o artigo 11 da Constituição¹⁰⁹⁶. Ainda que os órgãos do Conselho Europeu não tenham competência normativa direta, a atividade normativa é produzida por meio das sentenças interpretativas do Tribunal Europeu, que são fontes do ordenamento jurídico internacional, tanto quando têm caráter dispositivo, quanto quando têm caráter investigativo e, desse ponto de vista, essa jurisprudência tem uma vocação expansiva e, portanto, o sistema jurídico baseado na CEDH se torna uma fonte de normas concretas, de normas que representam a concretização das disposições gerais e abstratas contidas na Convenção¹⁰⁹⁷. Em conclusão, considera-se que o artigo 11º da Constituição é uma “norma aberta que pretende garantir a plena participação da Itália nas relações internacionais e, para isso, estabelece um princípio: o da aceitação da autolimitação que essa participação pode acarretar, que parece se prestar a, ou mesmo exigir, uma interpretação adaptativa em relação às características específicas do sistema que, ocasionalmente, entra em questão, além de sua consistência com os objetivos e valores da Constituição italiana” (além da possibilidade de atribuir cobertura constitucional à CEDH por meio do artigo 2 da Constituição)¹⁰⁹⁸.

Enfim, o Juiz Pinto de Albuquerque considera que “a convergência da jurisprudência de Estrasburgo e Luxemburgo, bem como a influência recíproca de suas respectivas normas jurídicas, contribuem para a constitucionalização do ordenamento jurídico europeu. Se for absolutamente necessário determinar uma preponderância, os artigos 52º § 3 e 53º da Carta são muito claros: eles estabelecem a subordinação axiológica da Carta e, conseqüentemente, de toda a legislação europeia, às normas dos direitos humanos definidos pela Convenção, conforme interpretados pela Corte”.

No passado, de fato, o Conselho de Estado temia a possibilidade de uma comunitarização do ordenamento da CEDH, afirmando que os artigos 6º e 13º da CEDH seriam, então, considerados como diretamente aplicáveis na Itália, como resultado do Tratado de Lisboa e do novo texto do art. 6º do TUE¹⁰⁹⁹, mas

1095 M. Lugato, *op. cit.*, p. 71.

1096 *Ibid*; o autor salienta que, de um ponto de vista técnico, nem sequer o ordenamento comunitário pode ser definida como um ordenamento.

1097 M. Lugato, *op. cit.*, p. 72.

1098 M. Lugato, *op. cit.*, p. 73.

1099 Conselho de Estado, 2 de março de 2010, nº 1220, in *Guida al diritto*, 2010, p. 88.

o Tribunal Constitucional não aceitou essa reelaboração¹¹⁰⁰, uma vez que o processo de adesão da UE à CEDH está ainda em curso e, por conseguinte, não há efeitos diretos. Ademais, “os princípios em questão são relevantes apenas em relação a casos aos quais o direito comunitário (...) é aplicável, e não se estende aos casos regidos somente pelo direito nacional”. O artigo 6º §1 do TUE estabelece que “as disposições da Carta não ampliam de modo algum as competências da União definidas nos tratados”, em conformidade com o artigo 51º dessa mesma Carta.

Para além desta questão complexa, não podemos deixar de esperar que seja aceito no futuro o convite do Juiz Pinto à superação da “retórica da ‘identidade nacional’ distorcida por um imaginário anticosmopolita” e de um esforço comum para a construção de um *ius commune* de direitos fundamentais, lembrando que o O Tribunal Europeu tornou-se um verdadeiro arquiteto de um direito constitucional comum de direitos, representando, através das suas decisões, uma espécie de sentimento europeu comum em matéria de direitos¹¹⁰¹; a jurisdição de Estrasburgo, juntamente com os tribunais constitucionais nacionais e o Tribunal de Justiça da União Europeia, participa na atividade pretoriana de europeização das garantias em matéria penal no contexto de uma chamada o constitucionalismo multinível, que se alimenta e nutre as tradições constitucionais comuns dos países membros da União Europeia (art. 6.º TUE)¹¹⁰².

Em particular, espera-se que as autoridades italianas aceitem o reclamo do juiz Pinto de Albuquerque e assumam um papel pró-activo na cultura jurídica europeia, representando a Itália como pai fundador do sistema, com a conseqüente “particular responsabilidade no período difícil que hoje atravessa o sistema da Convenção”.

DIGNIDADE DA PESSOA E SANÇÃO PENAL: CONDIÇÕES E LIMITES DE UM IUS PUNITINDI DE ORIENTAÇÃO CONVENCIONAL

ROSARIA SICURELLA

RESUMO: 1. Introdução. – 2. Confiança no sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais e na sua reconstrução na perspectiva da universalidade dos direitos. – 3. Liderança cultural europeia na componente de identidade

1100 Tribunal Constitucional, 7 de março de 2011, nº 80.

1101 D. Tega, La laicità turca messa alla prova a Strasburgo, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2005, p. 290.

1102 Assim, V. Manes, A longa marcha da Convenção Europeia e as novas “restrições” para o sistema penal interno (e para o juiz), em V. Manes, V. Zagrebelsky (ed.), *A Convenção Europeia dos Direitos Humanos no sistema penal italiano*, cit., p. 8; A. Von Bogdandy, *Grundrechts Gemeinschaft als Integrations Ziel?*, em *Juristen Zeitung* 2001, p. 157 e seguintes; A. M. Maugeri, O conceito de matéria penal na jurisprudência dos Tribunais Europeus. A protecção dos princípios fundamentais c. compromisso político, in *European Criminal Law Review* 2019, p. 37.

comum da protecção dos direitos fundamentais. – 4. A autoridade do sistema CEDH e a estabilidade global do sistema europeu de protecção dos direitos.

1. Introdução

É impossível tentar, no curto espaço desta contribuição introdutória, sequer um comentário sumário sobre as opiniões de Paulo Pinto de Albuquerque recolhidas neste capítulo. Estas questões não são apenas obviamente titânicas. Da prisão perpétua sem liberdade condicional (diversamente chamada nas diversas tradições jurídicas nacionais: peine de perpétuité réelle; prisão perpétua sem liberdade condicional), a “pena de morte oculta”¹¹⁰³, tradução normativa do antigo imperativo retribucionista do “acabar com a pena nunca” (em os casos Hutchinson e Murray), nas condições de legitimidade convencional da detenção na prisão (no caso Muršič); temas com referência aos quais se realiza a leitura mais avançada e madura em particular da arte. 3º A CEDH vem sancionar, com base no princípio fundamental da dignidade da pessoa, um verdadeiro “direito à ressocialização”¹¹⁰⁴, visando concretizar o conceito de pena que respeite os pedidos subjacentes à proibição de tratamentos desumanos e degradantes, o que se num caso nega qualquer legitimidade a uma legislação que carece de predeterminação jurídica precisa de momentos de verificação efectiva da persistência da necessidade de punição¹¹⁰⁵, no outro termina - começando pela arte. 7 CEDH,

1103 Para esta expressão ver A. Pugierto, *Criticidades constitucionais do ergastolo ostativo*, em C. Musumeci – A. Pugierto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e questões constitucionais críticas da prisão perpétua*, Nápoles, 2016, p. 128.

1104 Como se sabe, parte nomeadamente da sentença proferida pela Grande Secção no processo Vinter (TEDH, Vinter e outros c. Reino Unido [GC], 66069, 130/10 e 3896/10, 9 de julho de 2003) que a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, até então bastante cautelosa e, na verdade, de pouca importância, marcou uma mudança de ritmo decisiva. Mais especialmente, na decisão proferida no caso Murray (TEDH, Murray v. Países Baixos. [GC], 10511/10, 26 de abril de 2016), o Tribunal reconhece violação ao art. 3º da CEDH, pela falta no presente caso, apesar da previsão legal abstrata de verificações periódicas quanto à necessidade continuada de detenção continuada, da preparação efetiva de um caminho sério e concreto de reinserção social capaz de permitir também a um preso que sofre de problemas psiquiátricos para satisfazer, após a conclusão desse processo, as condições para beneficiar de medidas de libertação antecipada. Observações críticas à jurisprudência de Estrasburgo que parece colocar os pedidos de garantia subjacentes à ressocialização exclusivamente na fase de execução da pena (e nem mesmo da fase de previsão abstrata) são formuladas por D. Pulitanò, sobre a sentença. Entre teoria, princípios e política, na revista italiana de direito e processo penal 2016, p. 641 e seguintes, em particular pp. 647-649. Uma crescente centralidade e preeminência da função de ressocialização da pena (com a conseqüente marginalização da referência à tradicional teoria “multifuncional” ou “sincrética” da pena), está também registada na jurisprudência do nosso Conselho, com base na a referência conjunta aos princípios da igualdade (art. 3º da Constituição) e da reeducação do condenado (art. 27, n.º 3, da Constituição). Ver, em particular, o Tribunal Constitucional, 21 de junho de 2018, n. 149, em que o Concílio afirma, entre outras coisas, a “indispensabilidade da função reeducativa no altar de qualquer outra, ainda que legítima, função de punição”. Sobre esta evolução, E. Dolcini, *Punishment and Constitution*, na revista italiana de direito e processo penal 2019, p. 20 e segs. Mais geralmente, cf. D. Pulitanò, *A medição das penas, entre a discricionariedade política e as restrições constitucionais*, em *Direito Penal Contemporâneo, Rivista quarterle* 2017, 2, p. 48 e seguintes; ver também G. Fiandaca, *Finalidades de punição entre a comensuração legal e a comensuração judicial*, em G. Vassalli (ed.), *Direito penal e jurisprudência constitucional*, Nápoles, 2006, p. 131 e seguintes.

1105 No que diz respeito particularmente ao sistema italiano, não se pode deixar de referir o TEDH, *Viola c. Itália* (n. 2), 77633/16, 13 de junho de 2019, em que o Tribunal de Estrasburgo, embora não concluindo que a pena de prisão perpétua era absolutamente ilegítima (§ 144) e, no presente caso, reconhecendo também a possibilidade de o Estado ao exigir demonstração de dissociação do contexto penal, porém, afirmou a incompatibilidade da prisão perpétua com o art. 3 da CEDH e mais a montante com o respeito pela dignidade humana, uma vez que impede uma reavaliação pelo juiz dos possíveis progressos alcançados pelo preso (mesmo que não coopere) como parte de um caminho individualizado para a reintegração. Sobre este ponto, para todos, veja E. Dolcini, *Do Tribunal da FFDU uma nova sentença para a Itália: a pena de prisão perpétua contradiz o princípio da humanidade da pena*, em *Rivista italiana di giorno e politica procedura* 2019, p. 925 e seguintes; D. Galiani, A. Pugierto, *A pena de prisão perpétua não passa no exame em Estrasburgo* (Sobre a decisão *Viola v. Itália* (n. 2), em *Observatório Consti-*

em particular no que diz respeito a medidas classificadas como não criminais a nível nacional (nos casos Rola e G.I.ff.M.) 6 - por razões nem sempre inspiradas no imperativo do último recurso mas em avaliações menos nobres de eficiência e consequente afastamento das garantias da pena -; e a que se acrescenta a questão transversal, hoje mais crucial do que nunca, da interlocução entre os Tribunais Europeus e os Tribunais Constitucionais (no caso G.I.ff.M.).

A partir do artigo 7 CEDU, em particular no que diz respeito a medidas classificadas como não criminais a nível nacional (nos casos Rola e G.I.E.M.)¹¹⁰⁶ por razões nem sempre inspiradas no imperativo da *extrema ratio*, mas em avaliações menos nobres de eficiência e consequente afastamento das garantias do criminoso; e a que acrescentamos a questão transversal, hoje mais crucial do que nunca, da interlocução entre os Tribunais Europeus e os Tribunais Constitucionais. Para tornar ainda mais escorregadio qualquer comentário sobre as opiniões aqui coletadas, a profundidade dos temas abordados se alia à profundidade da investigação e ao rigor metodológico com que aborda esses mesmos temas. Cada uma das suas opiniões é o resultado lógico de um argumento convincente que ao mesmo tempo se apresenta como um vademecum erudito sobre alguns pontos cruciais - muitas vezes postos em causa pelos Estados - da actividade do Tribunal. Ele não se limita a expor e argumentar sua dissidência ou a diversidade parcial de avaliações ou argumentos em caso de adesão à solução do Tribunal, mas busca o significado mais profundo da solução proposta e sua relativa ancoragem ao texto convencional e também ao contexto mais amplo e um quadro regulamentar mais diversificado do Conselho da Europa e do direito internacional como um todo.

tucional da Associação Italiana de Constitucionalistas 2019, 4, p 191 ss. Também na sequência das “solicitações” provenientes de Estrasburgo, com a sentença n.º 253, de 23 de outubro de 2019, o Conselho declarou a ilegitimidade constitucional das impedimentos previstos no artigo 4-bis, n.º 1, da lei. 26 de julho de 1975, n.º 354, baseia-se, no entanto, exclusivamente nos parâmetros dos artigos 3.º e 27.º da Constituição (sem dúvida “esclarecidos” pela mais recente jurisprudência do TEDH, mas que não é directamente posta em causa através do parâmetro do art. 117.º da Constituição). frente do direito penal, ver S. Bernardi, Per la Consulta le presunzioni di A pericolosità dos condenados por crimes obstrutivos que não colaboram com a justiça só é legítima se relativa: a exclusão absoluta do acesso às licenças de recompensa nos termos do art. 4º bis parágrafo 1º despacho. pen., no Sistema Penal, 28 de janeiro de 2020; M. Pelissero, Recompensa permite e impede crimes. Condições, limites e potencialidades de desenvolvimento do sentimento, 253/2019 do Tribunal Constitucional, em Legislação Penal, 30 de março de 2020, p. 2ss. De modo geral, sobre as repercussões da decisão do TEDH no caso Viola v. Itália sobre a jurisprudência constitucional italiana, ver para todos M. Brucalè, Spes, deusa Ultima, em G. Brunelli, A. Pugiottio, P. Veronesi (ed.), Para sempre atrás das grades? O impedimento da pena de prisão perpétua no diálogo entre os Tribunais, Forum dei Quaderni costituzionali 2019, p. 49 e seguintes; I. De Cesare, O possível diálogo entre o Tribunal Constitucional e o Tribunal FFHR sobre a (i)ilegitimidade da prisão perpétua, *ibid.*, p. 83 e seguintes; e D. Galliani, Agora é a vez dos juízes constitucionais. A jornada da prisão perpétua dificultando o fim da linha?, *ibid.*, p. 113 e seguintes. Além disso, ao condicionar a legitimidade da prisão perpétua - que continua a garantir uma defesa de princípio - à necessária previsão também para os presos perpétuos de uma série de benefícios, incluindo a redução das penas úteis para o acesso à liberdade condicional, a jurisprudência constitucional parece ter efectivamente privado a prisão perpétua da sua própria ratio essendi (a duração da detenção vitalícia); um “paradoxo” segundo F. Palazzo, A pena de prisão perpétua que impede o incêndio da quaestio legitimitatis, em Para sempre atrás das grades?, *cit.*, p. 6; uma solução “oximórica” segundo L. Riscato, Castigo perpétuo entre a crise da finalidade educativa e a traição do sentido de humanidade, in *Rivista italiana di Diritti e Proceduro* 2015, p. 1244.

1106 Como se sabe, o Tribunal centra a sua avaliação, e não na natureza formal da infração, nas consequências jurídicas da mesma para o indivíduo, uma avaliação que, em particular a partir do TEDH, Oztürk c. A Alemanha, 8544/79, de 21 de fevereiro de 1984, baseia-se, antes de tudo, no exame da função da sanção (reparativa, preventiva, punitiva), deixando em segundo plano o critério da severidade da medida.

A constante dos pareceres de Paulo Pinto de Albuquerque é o compromisso assumido na clarificação do texto convencional e das inter-relações entre os princípios, o esforço de sistematização dos dados regulamentares e da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, tendo como objectivo principal, para outro muitas vezes declarado, contribuir para o reconhecimento mais amplo da autoridade do direito convencional cuja lógica e coerência interna destaca constantemente, a partir da centralidade da pessoa, apesar da evolução natural e poderíamos dizer da modernidade do texto. Este compromisso leva-o a assumir posições extremamente críticas em relação às decisões do Tribunal que, pela sua ambiguidade ou imprecisão, parecem minar tal autoridade. Uma voz apaixonada que não hesita em expressar decepções e decepções, e até tropeja contra decisões que considera não estar à altura deste delicado papel, desenvolvendo opinião após opinião um discurso “político” profundo e articulado no sentido superior, do qual de vez em quando vez que um determinado perfil é destacado, mas em que o motivo leit parece poder ser condensado em três ideias básicas, na sequência das quais serão desenvolvidas as breves considerações que se seguem nesta contribuição: confiança no sistema convencional e na sua relativa adequação, apesar dos exemplos de decisões desviantes ou depreciativas, para garantir a protecção efectiva dos direitos, e a necessidade da sua reconstrução atempada; Liderança cultural europeia na componente de identidade comum da protecção dos direitos fundamentais (e a preocupação face ao risco concreto da sua crise irreversível); a autoridade e, ao mesmo tempo, a responsabilidade do Tribunal de Estrasburgo e, em geral, do “Juiz Europeu dos Direitos Humanos”.

2. Confiança no sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais e na sua reconstrução na perspectiva da universalidade dos direitos

Quer se trate da reconstrução da relação entre o texto convencional e o direito internacional (como no parecer apresentado no caso *Muršić*, em que é conduzida uma investigação cuidadosa e oportuna sobre a relevância do soft law como expressão de cristalização progressiva, na sequência do legado de valores comuns, do consenso dos Estados europeus em sectores em que as normas jurídicas ainda não são vinculativas e, portanto, como um passo prodrómico para tal carácter vinculativo com a progressiva “subtracção do espaço” da exclusividade do Estado), ou do quadro das relações entre Cartas Constitucionais, CEDH e Carta dos Direitos Fundamentais da UE, expressão do processo de constitucionalização da ordem jurídica europeia (no parecer sobre a sentença do processo *G.I.ff.M.*), emerge em todas as opiniões de Paulo Pinto de Albuquerque a tensão constante para dar forma e substância à ideia de um verdadeiro “sistema” europeu de protecção dos direitos fundamentais, ancorando as posições apoiadas nas suas próprias opiniões (conformes ou dissidentes) não apenas a caminhos hermenêu-

ticos bem consolidados ou a interpretações evolutivas lógicas e plausíveis do texto convencional, mas também a um facto normativo que ultrapassa o texto da Convenção, para interceptar e cruzar com outras normas do direito internacional, ou com as regras do soft law, ou direito e jurisprudência da União. Ao fazê-lo expressa uma visão profunda e verdadeiramente europeia, traduz o que ele próprio define com muita eficácia como “uma perspectiva cosmopolita da universalidade dos direitos”, baseada numa “compreensão dialógica do património comum dos valores das sociedades europeias”. “(como na opinião do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, *Muršić v. Croácia*, cit., § 24), na coexistência de uma pluralidade de sistemas que longe de representar um mero contexto, deve ser considerado um verdadeiro sistema jurídico¹¹⁰⁷. Nesta perspectiva de “integração mútua na interpretação” das Cartas de Direitos¹¹⁰⁸, sem abandonar a teoria tradicional das fontes, um certo nível de “desformalização” das mesmas torna-se inevitável (ibid., § 23)¹¹⁰⁹. Uma dinâmica, na esteira do constitucionalismo multinível, que assente na reconhecida multiplicidade de actores (e contextos reguladores) da protecção dos direitos fundamentais (entre os quais não é possível estabelecer hierarquias,

1107 Particularmente eficaz neste ponto, no contexto de uma vasta bibliografia, já J. Habermas – N. Luhmann, *Teoria da sociedade ou tecnologia social*, Milão, 1973, passim. Para o início uma abordagem da discussão sobre a universalidade e circularidade dos direitos em termos de “interconstituição” (entre os diferentes “catálogos” de direitos: nacionais, supranacionais, internacionais), que se apresenta, portanto, como um “sistema” baseado na regra de “máxima protecção de direitos”, ver, entre os muitos escritos do autor sobre este ponto, A. Ruggeri, *CfDU, Direito “Eurounitário” e direito interno: em busca do “sistema de sistemas”*, em Consulta On Line, também como em *Comparative Rights*, 19 de abril de 2013, e Id., “Itinerários” de pesquisa sobre o sistema de fontes. XVII. Estudos do ano 2013, Turim, 2014, p. 95 e seguintes; Id., *Novas metas estabelecidas para a Consulta quanto à importância do CfDU no contexto interno*. Na primeira leitura do Tribunal Constitucional. n. 49 de 2015, em *Direito Penal Contemporâneo*, revista *Quarterly*, 2015, 2, p. 325 e seguintes. Uma voz particularmente crítica sobre este ponto é a de R. Bin, *Crítica da teoria dos direitos*, Milão, 2018, em particular p. 69 e seguintes. Sobre o princípio da “máxima protecção de direitos” consagrado no art. 53 CEDH e art. 53 da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, cf. A. Ruggeri, *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e juízes nacionais*, à luz da jurisprudência constitucional mais recente (tendências e perspectivas), em *Observatório da Associação Italiana de Constitucionalistas 2018*; V. Sciarabba, *Relações entre Tribunais e relações entre Cartas*. As “cláusulas horizontais” da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em N. Zanon (ed.), *Os Tribunais da Integração Europeia e o Tribunal Constitucional Italiano*, Nápoles, 2006, especificação, pág. 438 ss., e Id., *Tra Fonti e Corti. Direitos e princípios fundamentais na Europa: perfis constitucionais e comparativos de desenvolvimentos supranacionais*, Pádua, 2008, p. 169 e seguintes; S. Gambino, *Nível de protecção dos direitos fundamentais (entre o direito da União, as convenções internacionais, as constituições dos Estados-Membros) e o diálogo entre os Tribunais*. efeitos políticos no constitucionalismo nacional e europeu, in *Panóptica 2015*, 1, pp. 92-148. Sobre as dificuldades de implementar concretamente a maximização da protecção, ver A. Randazzo, *O “metaprincípio” de maximizar a protecção dos direitos*, in *Direitos Fundamentais 2020*, 2, p. 689 e seguintes. A abertura ao direito de origem externa (na única condição da sua funcionalidade para a protecção da liberdade e da dignidade da pessoa) consagrada nos artigos. 10 e 11 da Constituição como pilar do sistema constitucional italiano, faz deste último um “sistema plural” por natureza, estruturalmente dedicado a participar na circulação daqueles “valores fundamentais que se sustentam e que, de fato, são feito circularmente eu adio”; assim, A. Ruggeri, *O Tribunal Constitucional “equilibrando”*, entre continuidade e inovação, com base nas relações com o Tribunal fDU, em *Quaderni europea 2011*, p. 3ss. Nesta perspectiva, as os vários estrangulamentos da interpretação conforme (interpretação conforme com as convenções, interpretação conforme com o direito da UE, interpretação conforme com outras obrigações internacionais) surgem como subsidiárias da obrigação de interpretação conforme com a Constituição; assim, V. Sciarabba, *A “interpretação complacente”* entre o sindicato generalizado (sobre “normas”) e a hipótese de “gradação de constitucionalidade”: alimento para reflexão, em E. Bindi, M. Perini, A. Pisaneschi (ed. di), *Os princípios gerais do processo comum e suas adaptações às experiências de justiça constitucional*, Turim, 2008, pp. 481 e seguintes; Id., *A “interpretação compatível”* entre a Constituição e o CfDU: notas reconstrutivas e fáisças para reflexão, no *Forum dei Quaderni costituzionali 2019*.

1108 Assim o nosso Tribunal Constitucional na sentença n. 388, de 13 de outubro de 1999; uma posição que na verdade nunca foi realmente consolidada e até contrariada em alguns acórdãos mais recentes, entre os quais devemos, sem dúvida, incluir o Tribunal Constitucional, 14 de janeiro de 2015, n. 49.

1109 Na lógica da “rede”, a imagem tradicional da pirâmide dá lugar (não ao caos, mas) a “um conjunto de regras de prevalência ou de simples coexistência com as quais se tenta “gerir” uma pluralidade de regras jurídicas. pedidos não ordenados em sistema” (italico original); assim V. Manes, *Método e limites de interpretação compatíveis com fontes supranacionais em matéria penal*, em *Direito Penal Contemporâneo*, 9 de julho de 2012.

excepto na perspectiva interna do indivíduo nacional sistemas), segundo o nosso, impõe a centralidade da substância e da solidez do discurso jurídico (ainda mais quando está em jogo uma norma com conotação axiológica, como no caso do texto convencional), de modo que a inevitável maior complexidade do O sistema não determina, portanto, automaticamente a sua opacidade ou uma perda inevitável em termos de certeza (ibid., § 26).

A criação de um tal sistema de proteção integrado, que tem as suas raízes na circularidade/universalidade dos direitos¹¹¹⁰, não poderia ignorar a plena valorização daquela “herança comum de ideais e tradições jurídicas” referida no preâmbulo da Convenção. , como nos lembra Paulo Pinto de Albuquerque, coloca a Convenção no âmbito do objectivo do Conselho da Europa “criar uma união mais estreita entre os Estados Partes”. Nesta perspectiva, se por um lado a clara diferença de natureza vinculativa tradicionalmente reconhecida respectivamente pelos actos da União e pelo direito da CEDH parece atenuada, pelo menos em alguns aspectos¹¹¹¹ - na esteira daquela doutrina que sublinha a reforço constante do “tom constitucional” da jurisprudência de Estrasburgo, e também as limitações cada vez mais penetrantes da soberania dos Estados-Membros e a maior

1110 Tal perspectiva assenta numa ideia de relações entre Cartas de Direitos (e Tribunais) orientada para o cânone da maximização da protecção que representa a Grundnorm das relações inter-sistémicas; esta é a posição A. Ruggeri, Novas metas foram traçadas para a Consulta quanto à importância do CfDU no âmbito interno. Na primeira leitura do Tribunal Constitucional. n. 49 de 2015, cit., posição diversamente expressa pelo autor em numerosos outros escritos.

1111 Como se sabe, esta suposta diferença de natureza vinculante está ligada à questão crucial da ancoragem textual, e portanto ao quadro constitucional, da CEDH no âmbito do art. 10 da Constituição – ao contrário do direito da UE, cujo fundamento constitucional se encontra no art. 11 da Constituição –, pelo facto de o Tratado de Roma que institui a CEDH, ao contrário dos Tratados comunitários, não ter criado um “sistema” jurídico supranacional (portanto capaz de produzir regras directamente aplicáveis nos Estados contratantes) como exige a letra do art. 11 Constituição Para uma visão geral das diversas posições a este respeito, e sobre a possível ancoragem da CEDH ao art. 11 Constituição, ver, para todos, A. Randazzo, A protecção dos direitos fundamentais entre o CfDU e a Constituição, Milão, 2017, respectivamente na p. 89 e seguintes. e P. 138 e seguintes; V. Sciarabba, O papel da CEDH entre o Tribunal Constitucional, e o poder judiciário, e Tribunal Europeu, Milão, 2019. Embora aparentemente resolvida, de uma vez por todas, nas “sentenças gêmeas” (Tribunal de Custódia, 22 de outubro de 2007, n.ºs 348 e 349), a questão está longe de estar definitivamente encerrada. Ver, em particular, o Tribunal Constitucional, 24 de janeiro de 2018, n. 43, do qual parece emergir uma orientação ainda que tímida do nosso Conselho (já relatada com referência à portaria n.º 150, de 22 de maio de 2012) no sentido de reconhecer um caráter geral às decisões do Tribunal de Estrasburgo (pelo menos onde apoiado e “consolidado” a partir de uma decisão da Grande Câmara). Sobre este ponto, veja A. Ruggeri, Tribunal Constitucional, Tribunais Europeus, juízes comuns: as aporias de uma construção jurisprudencial em curso e com geometria variável, in Consulta OnLine, 24 de outubro de 2018, pp. 548-567, esp. pág. 558; Id. A protecção dos direitos fundamentais e o papel “acordeão” dos juízes, do ponto de vista da jurisprudência constitucional, in Direitos Fundamentais, 18 de novembro de 2018, pp. 24-25. Por outro lado, como salienta C. Padula, O Tribunal ffdU e os juízes comuns na perspectiva da jurisprudência constitucional recente, em Consulta On Line 2016, pág. 330), o Tribunal Constitucional manifestou-se a favor da rastreabilidade ao art. 11 Constituição do Estatuto da ONU, também em referência à restrição de que trata o art. 94 do Estatuto, formulado de forma completamente semelhante ao art. 46 da CEDH, face a um papel do Tribunal Internacional de Justiça que não é comparável em termos de relevância e impacto ao assumido pelo TEDH. Da ancoragem à arte. 11 da Constituição não resultaria, no entanto, numa equiparação do sistema da CEDH ao sistema eurounitário, mas no reconhecimento formal de uma “paridade” substancial entre as regras relativas aos direitos, mesmo que provenham de fontes diferentes; no sentido de uma “equalização a nível interpretativo entre as diversas cartas internacionais de direitos e a própria Constituição”, cf. V. Manes, Método e limites de interpretação compatíveis com fontes supranacionais em matéria penal, cit., p. 5. No entanto, para além de alguns reffrões consolidados, é conhecida a “mobilidade” da posição do nosso Conselho relativamente à relação entre a Constituição e a CEDH; ver para todos (entre os muitos escritos do autor sobre o tema) A. Ruggeri, Aplicações diretas e desaplicações do CfDU (esboços de um “modelo” composto internamente), em Forum di Quaderni Costituzionali, 28 de fevereiro de 2011, e Id., Penelope alla Consultar: tece e desvenda a teia das suas relações com o Tribunal FFHR, com referências significativas aos traços identificadores da estrutura da ordem interna e distintivos face à estrutura da ordem convencional («primeira leitura» do Tribunal Constitucional n.º .230 de 2012), in Consulta On Line, 16 de outubro de 2012.

integração entre sistemas a nível europeu¹¹¹² - por outro lado parecem cada vez mais difíceis de sustentar qualquer possível inconsistências, no que diz respeito à mesma questão da protecção, dos tribunais nacionais (como, segundo o nosso, no caso das posições assumidas pelo Tribunal Constitucional italiano no que diz respeito à substância garantidora da prescrição na portaria n.º 24/2017 e nas sentenças n.º 49/2015 e n.º 115/2018)¹¹¹³.

Daí a necessidade vital do sistema da CEDH (e mais genericamente do sistema europeu de protecção dos direitos humanos), bem como a sua responsabilidade, constantemente recordada por Paulo Pinto de Albuquerque, relativamente à assunção de posições claras e conscientes, capazes de traduzir a vitalidade natural do sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais e que, portanto, sempre que tal se afigure necessário e legítimo em conformidade com o teor literal das disposições convencionais, tenham a coragem de afirmar até interpretações evolutivas, expressão de uma abordagem mais madura e avançada mesmo do que as categorias tradicionais do sistema (como as do “crime” e do “castigo”), e que confirmam, portanto, o papel crucial e protagonista da jurisprudência de Estrasburgo na construção de uma “Europa dos direitos”¹¹¹⁴; ainda que no âmbito de uma responsabilidade partilhada com os juízes internos, que também fazem parte da mesma “comunidade” de juízes europeus, e, de facto, à luz do princípio da subsidiariedade, colocada na vanguarda para garantir a protecção adequada dos direitos fundamentais¹¹¹⁵.

1112 Sobre as características constitucionais do Tribunal de Estrasburgo (e do Tribunal do Luxemburgo) ver para todos V. Sciarabba, O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça na perspectiva da justiça constitucional, em L. Mezzetti (ed.), *Sistemas e modelos de justiça constitucional*, volume II, Pádua, 2011, pp. 1-100; também no Fórum dos Cadernos Constitucionais. O Protocolo nº está destinado a ter grande importância a este respeito. 16, que entrou em vigor a nível internacional em 1 de agosto de 2018 (ainda não em Itália), que estabelece um mecanismo, em certa medida inspirado no pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União, com o objetivo declarado de permitir ao Tribunal de Estrasburgo “interagir mais com as autoridades nacionais, de modo a consolidar a implementação da Convenção de acordo com o princípio da subsidiariedade”; ver E. Lamarque (ed.), *O pedido de pareceres consultivos à Corte de Estrasburgo pelas mais altas jurisdições nacionais. Primeiras reflexões tendo em vista a ratificação do Protocolo 1 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, Turim, 2015. Os outros dois fatores que certamente contribuíram para o que foi definido como “uma espécie de mutação genética” merecem ser mencionados aqui. Sistema CEDH (como G. Ubertis, *A adaptação italiana às sentenças europeias por violação da justiça processual*, em A. Balsamo, R. E. Kostoris (ed.), *Jurisprudência europeia e processos penais italianos. Novos cenários após o “caso Dorigo” e as intervenções do Tribunal Constitucional*, Turim, 2008, p. 99), e isso é, por um lado, a “inversão” da leitura original do art. 41 da Convenção, inicialmente considerada excludente de uma solução para as consequências de uma violação reconhecida da CEDH “de forma específica” (e não meramente pecuniária), chegando mesmo a incluir o pedido de modificação da legislação interna (em termos explícitos, ver TEDH, *Scoppola c. Itália* (n. 2), 10249/03, 17 de setembro de 2009, §§ 151 e 152); por outro, a introdução do “procedimento de decisão piloto” formalmente implementado em 2011 através de uma alteração dos regulamentos internos do TEDH, partindo, no entanto, de uma prática já inaugurada em 2004.

1113 Nenhuma contradição seria rastreável de acordo com M. Bignami, *Da luz verde de Estrasburgo ao confisco urbano sem condenação*, em *Questione Giustizia* 2018; M. Scoletta, *O impacto substancial da CEDH nos princípios fundamentais de matéria penal no direito interno*, cit.

1114 14 Para esta expressão, cf. E. Viganò, *O caso Taricco perante o Tribunal Constitucional: algumas reflexões sobre o mérito das questões e os reais desafios*, em A. Bernardi (ed.), *I contralimiti. Primado das regras europeias e defesa dos princípios constitucionais*, Nápoles, 2017, p. 233 ss., Id., *Palavras e silêncios. Observações sobre a portaria nº. 24/2017 do Tribunal Constitucional sobre o caso Taricco*, in A. Bernardi, C. Cupelli (eds.), *O caso Taricco e o diálogo entre os Tribunais*. Portaria 24/2017 do Tribunal Constitucional, Nápoles, 2017, p. 475.

1115 15 Protocolo nº. 15, adotado em 24 de Junho de 2013 (mas ainda não entrado em vigor), prevê a integração no Preâmbulo da Convenção do princípio da subsidiariedade segundo o qual, de acordo com as palavras que se pretende inserir no Preâmbulo

3. Liderança cultural europeia na componente de identidade comum da protecção dos direitos fundamentais

A preeminência natural do sistema da CEDH exigiria também que o Tribunal de Estrasburgo procurasse as soluções que melhor possam garantir a protecção integral dos direitos e, ao mesmo tempo (*rectius*, por esta mesma razão), contribuir para transmitir e consolidar essa matriz cultural comum para os Estados Europeus que precisamente na protecção dos direitos fundamentais consagrados principalmente na CEDH, que o nosso define como um “instrumento constitucional da ordem pública europeia” (ver o parecer do juiz Pinto de Albuquerque no caso *G.I.ff .M. S.r.l. e outros v. Itália*, cit., § 79), reconhecem (ou deveriam reconhecer) um sentimento de pertença comum, o fulcro da identidade de cada pessoa como uma identidade sintética comum, uma identidade “partilhada” e não oposta a uma (reivindicada) identidade constitucional diferente¹¹¹⁶.

Um papel seriamente ameaçado, na opinião de Paulo Pinto de Albuquerque, no actual panorama político europeu nas duas frentes da crise económica e da afirmação de forças políticas populistas, capazes de minar irremediavelmente aquilo que o Nosso define como “acervo civilizacional” de o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais. Observador atento das dinâmicas políticas, culturais e sociais, Paulo Pinto de Albuquerque levanta um grito de alarme face ao que considera uma “suavização” consciente das posições do Tribunal face às atitudes intransigentes dos representantes de alguns governos, atitudes inspiradas numa abordagem eficiente da intervenção criminal, por si só antinomiana à razão de ser do sistema de protecção convencional, onde o sedutor (e até mesmo “pernicioso”) ao diálogo esconderia na verdade, uma “manobra cínica” destinada a minar os pilares do sistema da CEDH. Estas atitudes, longe de serem endossadas ou toleradas, devem ser rejeitadas com argumentos jurídicos sólidos, a referência constante aos princípios gnósticos da jurisprudência da CEDH e a coerência e clareza das posições assumidas, único viático a confirmar a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo como uma bússola de valores europeus comuns (*ibid.*, §§ 57-61 e 68) Uma denúncia apaixonada (ver, por exemplo, o parecer do juiz Pinto de Albuquerque em *Hutchinson c. Reino Unido*, cit., §§ 35 -37) - como pode ser a daqueles que depositam maior confiança no pedido de Estrasburgo - de uma crise que se alimenta precisamente de concessões comprometedoras, dessas formas conscientes de aquiescência, fruto

bulo, “cabe principalmente às Altas Partes Contratantes”, e portanto, em grande medida, aos órgãos judiciários competentes, “para garantir o respeito pelos direitos e liberdades definidos na [...] Convenção e seus protocolos”.

1116 16 Uma posição que se baseia na ideia de uma substância constitucional “forte” da Convenção, cujo carácter vinculativo vai muito além daquele impresso no corpus de direitos nela inscritos pela sua inclusão num tratado internacional, embora constantemente animado pela ação de uma jurisdição internacional. Apesar das diferenças não marginais entre a Constituição e a CEDH, destaca uma “homogeneidade substancial de valores” que deveria logicamente conduzir a uma ação sinérgica, D. Pulitanò, *Duas abordagens opostas sobre a relação entre a Constituição e a CEDH em matéria penal. Questões deixadas em aberto pelo Tribunal Constitucional*. n. 49/2015, in *Direito penal contemporâneo*, revista *Quarterly*, 2015, 2, p. 317 e seguintes, em particular pág. 323.

envenenado do “diálogo”, que se escondem atrás as cláusulas abertas cada vez mais recorrentes nas decisões do Tribunal (“circunstâncias excepcionais”, “ocasiões raras”), e que, além de abrirem caminho às tentações de um reconhecimento selectivo das decisões do Tribunal de Estrasburgo, e à sobreposição por decisões nacionais autoridades dos seus próprios critérios “internos” de natureza vinculativa das decisões da CEDH (pense na referência à “jurisprudência clara e constante” na decisão acima mencionada do Tribunal Constitucional Italiano no. 49/2015), acabam por endossar uma inaceitável flexibilização de direitos, e a conseqüente erosão daquilo que deveria ser considerado o acervo intangível de protecção dos direitos humanos, componente ineliminável do *modus essendi* ac agendi europeu, e que representa o “mínimo” “O limiar necessário para o respeito pela dignidade humana, a igualdade e a solidariedade deve ser sempre e em qualquer caso garantido, mesmo em situações em que as contracções dos mesmos direitos possam parecer toleráveis e justificáveis.

Contribuindo para a compreensão da liderança cultural do sistema convencional, há também uma avaliação nem sempre adequada do *continuum* entre as normas internacionais e as garantias convencionais e do sistema jurídico da União, o que faz do caso Muršić um exemplo emblemático de uma solução finalmente sancionada por Estrasburgo, que leva à desvalorização dos direitos internacionais consolidados normas (nestas questões de espaço mínimo de vida para quem está preso em instituições penais), limitando-se a afirmar a necessidade de uma “consideração cuidadosa” das mesmas (ver TEDH, Muršić v. Croácia, cit., § 36-40), não Ele mina a sua força e peso político, uma vez que o recebe a um nível superior no Conselho da Europa (o Conselho de Ministros), bem como uma cobertura comunicativa e preceptiva para a clareza e clareza do mesmo, mas precisamente colocada ou sistematizada pelo CEDH em posição de revisão e, portanto, ansiada por permitir a confirmação de um papel de líder de Estrasburgo face a outras instâncias a nível regional, elevando Esta é também a autoridade das decisões do Tribunal Europeu.

6. A autoridade do sistema CffDU e a estabilidade geral do sistema europeu de protecção de direitos

O que une e ilumina os temas e argumentos das opiniões articuladas e densas de Paulo Pinto de Albuquerque é, no entanto, em última instância, a nossa ideia “poderosa” sobre o perfil do juiz europeu dos direitos humanos, um juiz do caso da realidade concreta que, porém, ao avaliar o respeito aos direitos consagrados na Convenção no caso que é chamado a julgar, cabe esclarecer seu sentido e alcance também em termos de princípio¹¹¹⁷, pela força da res interpre-

1117 Sobre a dificuldade de conciliar estas duas perspectivas, com acentos variados, cf. M. Bignami, Os gêmeos crescem saudáveis: confisco urbano entre a Constituição, a CEDH e o direito vivo, em *Direito penal contemporâneo*, revista Quarterly, 2015, 2, p. 288 e seguintes; V. Manes, O juiz no labirinto. Perfis das intersecções entre o direito penal e as fontes supranacionais, Roma,

tata específica de cada sentença do Tribunal de Estrasburgo (e não apenas das chamadas sentenças-piloto ou pronunciadas na formação mais ampla da Grande Secção)¹¹¹⁸, e neste sentido a eficácia relativa erga omnes (além do efeito de res iudicata entre o partes no caso)¹¹¹⁹.

Nesta perspetiva, apesar de estar consciente da inevitável dimensão política das decisões do Tribunal de Estrasburgo (à semelhança do que se verifica para todas as jurisdições internacionais e supranacionais), Paulo Pinto de Albuquerque defende soluções ditadas por avaliações ou estratégias de diplomacia jurídica que, embora sejam capazes de garantir, em certos casos, uma renúncia (temporária) das jurisdições nacionais, desencadeiam o risco de enfraquecimento a longo prazo, devido à sua ambiguidade ou reticência (indiscutivelmente problemática também para as jurisdições nacionais chamadas a adotar, sempre que possível, uma interpretação de direito interno conforme com a Convenção, situação como é bem conhecida na origem da posição assumida pelo Tribunal Constitucional italiano na sentença 49/2015), a autoridade política (no sentido elevado do termo) da principal instância de proteção dos direitos fundamentais na região europeia¹¹²⁰.

Precisamente a consciência da indiscutível relevância do “diálogo” entre os Tribunais¹¹²¹, que deveria caracterizar-se pela seriedade na escuta das posições de cada um e pela genuinidade e honestidade dos argumentos e mesmo das escolhas linguísticas (muitas vezes em verdade carente sobretudo de as decisões dos Tribunais Constitucionais dos Estados Parte, cujo tom definitivos e intransigentes revelam a preocupação, nem sempre infundada na verdade, de um equilíbrio insuficientemente pensado entre direitos), leva-nos a denunciar comportamentos tímidos ou comprometedores, sejam eles de as instituições dos Estados Partes ou do próprio Tribunal de Estrasburgo.

2012, espec. pág. 28 e seguintes. M. Scoletta, O impacto substancial da CEDH nos princípios fundamentais da matéria penal no sistema interno: resistência, desistência, perspectivas, cit.

1118 Tal como claramente reiterado pelo Tribunal de Estrasburgo no acórdão G.I.f.f.M. S.r.l. e outros c. Itália, cit., § 252. Na verdade, este é o culminar de uma evolução lenta mas constante da jurisprudência do TEDH, embora nem sempre linear, de uma abordagem propriamente casuística e individualizante para uma perspectiva “generalizante”. Ver F. Viganò, Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a resistência nacionalista: Tribunal Constitucional Italiano e Tribunal de Estrasburgo entre a guerra e o diálogo, em *Direito Penal Contemporâneo*, 14 de julho de 2014.

1119 Não faltam vozes críticas na doutrina italiana; por último, para todos, cf. A. Tesaurò, Tribunal FFDU e Tribunal Constitucional entre operações de equilíbrio e precedente vinculante. Insights teórico-gerais e implicações criminais. Primeira parte: balanceamento ad hoc (ou caso a caso), in *Contemporary penal law*, revista Quarterly, 2019, 1, p. 1ss.

1120 Neste sentido, a distância entre Paulo Pinto de Albuquerque e a juíza romena Lulia Motoc, nos respetivos pareceres separados sobre a decisão do caso G.I.f.f.M., é intransponível e constrói a sua própria opinião precisamente na necessidade de satisfazer os nossos consulta.tributo; ver também a opinião parcialmente divergente e parcialmente concordante dos juízes Spano e Lemmens no mesmo caso. Entre outros, ele acredita que, apesar do preço das tensões iniciais, mesmo o duro confronto dialético é capaz de levar a um equilíbrio estável e a uma proteção “compartilhada” de direitos, M. Bignami, Os gêmeos crescem saudáveis: confisco do planeamento urbano entre os Constituição, CEDH e direito vivo, cit., p. 290.

1121 Agora formalizado desde a entrada em vigor do Protocolo nº. 16, sobre o qual cf. entre outros, R. Romboli, Tribunal de Justiça e juizes nacionais: decisões prejudiciais como ferramenta de diálogo, in *Journal of the Italian Association of Constitutionalists* 2014, 3, spec. pág. 32 e seguintes; A. Ruggeri, Raciocínio sobre os possíveis desenvolvimentos das relações entre os tribunais europeus e os juizes nacionais (com atenção específica à adesão da União à CEDH e à entrada em vigor do Prot. 11), no *Jornal da Associação Italiana dos Constitucionalistas* 2014, 1.

Paulo Pinto de Albuquerque certamente não usa tons conciliatórios quando, na sua opinião a G.I.ff.M. s.r.l. e outros c. Italia, cit., aponta o dedo ao que considera serem as “incongruências” argumentativas da nossa Consulta, na referência à hipertrofia penal como justificação do regime de confisco urbanístico (e não como uma situação a erradicar), ou à a necessidade de si mesmo como remédio para a inércia administrativa (contradizendo o princípio da subsidiariedade) (ibid., § 26). E a denúncia é ainda mais veemente - chegando a definir a defesa da regulamentação do confisco do planeamento urbano pela Consulta “quase um legado da Idade Média” (ibid., § 34) - mais profundo será o respeito e a consideração da Consulta e da sua autoridade entre os tribunais constitucionais europeus face a um (acredita-se) reviravolta argumentativa consciente que visa “salvar” a regulamentação do confisco urbano (ibid., §§ 23-24). Denuncia também o que considera estratagemas linguísticos do nosso Conselho, quando este faz uso de categorias conceptuais específicas da jurisprudência de Estrasburgo, mas redefine (pelo menos em parte) os seus conteúdos e finalidades, dobrando-os efectivamente às necessidades da sua própria posição. Uma estratégia argumentativa que, pelo menos nos últimos tempos, regressa frequentemente nas diversas posições assumidas pelo Conselho, quer digam respeito à interlocução com o Tribunal de Estrasburgo, quer com o Tribunal do Luxemburgo¹¹²². No que diz respeito a este último, trata-se, na verdade, de um certo alargamento da noção de “identidade constitucional” utilizada no art. 4.2 TEU que na portaria n.º 24/2017 permite ao Conselho concluir reconhecendo-se, em última instância, a competência para avaliar o respeito de tal identidade constitucional nas iniciativas regulatórias da União¹¹²³; além disso, a interpretação da própria Consulta nos segundos casos gêmeos (Tribunal Const., 16 de novembro de 2009, n. 311 e n. 317) da noção de “margem de apreciação” através da qual a mesma se posiciona como árbitro do impacto da jurisprudência da CEDH no sistema jurídico italiano (conclusão, como se sabe, flagrantemente negada pelo Tribunal de Estrasburgo no caso das pensões suíças *Maggio v. Itália* de 2011, seguido pelo Tribunal Constitucional, 9 de Novembro de 2012, n. 264)¹¹²⁴. E uma “manipulação” semelhante é

1122 T. Magri, *Contrato e Convenção*, fala de “estratégias de diálogo”, a expressão de uma “racionalidade estratégica” implementada pelos Estados para preservar a sua identidade/soberania quando estão em jogo entroncamentos cruciais do sistema. *Racionalidade, obrigação e imparcialidade* em Hobbes e Hume, Milão, 1994, p. 26 e segs.

1123 Embora reconheça abstratamente a competência interpretativa do Tribunal de Justiça, a Consulta conclui, no entanto, afirmando que quando a avaliação relativa à “compatibilidade” do ato da União com a identidade nacional “não é imediatamente evidente, o juiz europeu [...] deixa a verificação final às autoridades nacionais [...]”. É permitido encaminhamento para R. Sicurella, *Oltre la vexata questão da natureza da prescrição. A actio finium regundorum da Consulta no decreto Taricco, entre o soberanismo (rastejante) e o apelo (flagrante) ao respeito pelos papéis*, em A. Bernardi, C. Cupelli (eds.), *O caso Taricco e o diálogo entre le Corti*, cit., pág. 405 e seguintes, em particular pág. 411 e seguintes.

1124 A. Ruggeri fala de “patriotismo constitucional ingênuo e infrutífero”. Novas metas estabelecidas pela Consulta sobre a importância da CEDH na esfera interna. Na primeira leitura do Tribunal Constitucional, n. 49 de 2015, cit., p. 325 e seguintes. Na perspectiva da Consulta, tal como manifestado nomeadamente na sentença n. 348/2007, deve ser sempre mantido um “espaço de autonomia” interpretação dos juízes comuns: espaço que, por um lado, seria “a montante” delimitado pelo carácter mais ou menos “rigoroso” da jurisprudência de Estrasburgo sobre o tema em questão (nomeadamente à luz dos critérios indicados pela Consulta na sentença n.º 49/2015); e, por outro lado, orientar-se-ia “a jusante” precisamente pela necessidade de procurar o equilíbrio mais “razoável” entre o constrangimento decorrente das obrigações internacionais impostas pelo art. 117, § 1º, da

por nós denunciada relativamente à referência do recorrente à “substância” da jurisprudência da CEDH (rectius o que o Conselho afirma ser a substância da jurisprudência da CEDH), ou à “substância dos direitos”, um conceito específico da jurisprudência da CEDH Estrasburgo, mas que no discurso do Conselho resulta numa contracção da garantia em causa; ou ainda relativamente à noção de “jurisprudência consolidada” (em oposição à de sentença “criativa”), noção funcional no sistema da CEDH para o eventual recurso a um procedimento simplificado¹¹²⁵, e sobre a qual assenta a nossa Consulta na sequência da afirmação de um carácter vinculativo diferente das sentenças de Estrasburgo¹¹²⁶. Contudo, não é na visão estreita de um jogo de papéis que se baseia a crítica incisiva de Paulo Pinto de Albuquerque, uma defesa total do juiz europeu “integracionista” contra o juiz constitucional “soberanista”. E é de facto com igual severidade que aponta o dedo às soluções de compromisso do Tribunal de Estrasburgo, “exercício de racionalidade mais no que diz respeito aos objectivos do que no que diz respeito aos valores” (assim na opinião do Juiz Pinto de Albuquerque no caso G.I.ff.M. S.r.l. e outros v Italia, cit., § 29), certamente não menos criticáveis pelo fato de refletirem o ‘air du temps’ (ibid., § 64), e cuja ambiguidade ou natureza contraditória em relação às posições tomadas anteriores é considerada capaz minar a autoridade de todo o sistema de proteção convencional. Se no seu poderoso parecer no G.I.ff.M., Paulo Pinto de Albuquerque coloca em destaque o “deslize” do Tribunal ao afrouxar a ancoragem ao art. 7º da CEDH e ao imperativo princípio da legalidade das questões relativas ao nulla poena sine culpa, tal como prefigurado no Sud Fondi e substancialmente confirmado no acórdão Varvara,

Constituição, e a proteção dos interesses constitucionalmente protegidos contidos nos demais artigos da Constituição”; assim, V. Sciarabba, O papel da CEDH, cit., em particular p. 99 e segs.

1125 À luz do Protocolo n. 14, a existência de uma “jurisprudência consolidada” (*well-established case law*) sobre a questão da interpretação ou aplicação da CEDH na origem de um determinado caso, permite que Comissões Seleccionadas de três juízes, que já eram e continuam a ser competentes para adoptar decisões de inadmissibilidade ou cancelamento do cargo, para “preferir contemporaneamente decisão de mérito”. No entanto, parece excessivo deduzir desta disposição repercussões gerais sobre o valor formal das decisões individuais do TEDH. Foi clara, além disso, a reação do Tribunal de Estrasburgo no processo G.Iff.M. ao § 252 em que reitera que “todas as suas sentenças têm o mesmo valor jurídico” e que o seu “carácter vinculativo” e “autoridade interpretativa” não podem, portanto, depender do júri que as pronunciou. Embora a preocupação com a “estabilidade” do princípio extraído das decisões de Estrasburgo a ser colocado como base do controle de constitucionalidade não possa ser considerada infundada (ver ex multis M. Bignami, Da luz verde de Estrasburgo ao confisco do planeamento urbano, cit.), o risco, parece igualmente evidente “de ganhar terreno uma visão segundo a qual, na ausência de uma grande série de acórdãos de Estrasburgo que apliquem (de forma sempre coerente) um princípio ou definição específica, abstratamente das disposições da Convenção, tal princípio ou regra será considerado *tamquam non essent*”; V. Sciarabba A protecção dos direitos fundamentais na Constituição, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Carta dos Direitos Fundamentais do Gabinete, cit., p. 25; mas receios semelhantes também foram expressos por muitos outros comentadores). Contudo, esclarecimentos importantes estão contidos na jurisprudência constitucional subsequente; veja por exemplo sentenças não. 276 e n. 36 de 2016 e n. 68 e n. 109 de 2017. No sentido de que seria “justamente a garantia de que trata o art. 101 da Constituição para evitar que o Tribunal Constitucional predetermine o caminho argumentativo do juiz comum”, justamente porque o mesmo permanece sujeito apenas à lei, vide. R. Conti, O sistema de proteção multinível e a interação entre a legislação interna e as fontes supranacionais, em *Questione Giustizia* 2016, 4, p. 89 e seguintes.

1126 Sobre a ambiguidade dessas referências na jurisprudência constitucional, ver. A. Ruggeri, O Tribunal Constitucional de “equilíbrio”, entre continuidade e inovação, com base nas relações com o Tribunal fDU, cit.; V. Sciarabba, A protecção dos direitos fundamentais na Constituição, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Carta dos Direitos Fundamentais da UE, cit., § 7.2). Destaca também os riscos também em termos de um possível maior “protagonismo” dos juízes em operações de interpretação conforme ou mesmo de aplicação direta, F. Viganò, La Consulta e tela de Penélope. Observações em primeira leitura sobre Tribunal Constitucional. Decisão 26 de março de 2015, n. 49, sobre confisco de terras subdivididas ilegalmente e absolvição por prescrição, em *Direito Penal Contemporâneo, Revisão Trimestral* 2015, 2, pág. 333 e seguintes, em particular p. 339 e seguintes.

pondo em causa a jurisprudência mais confusa e vaga relativa ao princípio da presunção de inocência no art. 6º da CEDH (com resultados, no entanto, pouco convincentes)¹¹²⁷, e assim “abrindo a porta à troca entre garantias substanciais e Processual¹¹²⁸, no parecer Rola c. A Eslovénia, que é alvo de duras críticas, é o raciocínio do Tribunal em termos que obscurecem critérios e argumentos consolidados sobre o alcance das garantias da legalidade europeia referidas no art. 7º da CEDH, também capaz de produzir uma perigosa desorientação quanto ao alcance de um princípio absolutamente central na economia do texto convencional. Crítica, esta, compartilhada por outros juízes do caso, e em particular pelo juiz Kūris, que denuncia o uso até abusivo pelo Tribunal de sua autonomia na definição, para fins de aplicação dos direitos da Convenção, seja ou não as medidas sancionatórias nacionais são de natureza criminosa. Também contribuem para minar o sistema europeu de protecção dos direitos humanos, não apenas a escolha do Tribunal, em certos casos, de se afastar das normas internacionais consolidadas (como no caso Muršić, relativo ao espaço mínimo a ser assegurado a cada prisioneiro); , com a grave consequência de minar a coerência e a linearidade do direito internacional em matéria de direitos humanos, bem como de desencorajar posições mais corajosas por parte dos órgãos políticos da Grande Europa (ver o parecer do Juiz Pinto de Albuquerque no processo Muršić c. Croácia, cit., § 63), mas sobretudo a vulnerabilidade infligida desde dentro pelas “torções” argumentativas que o Tribunal adota para conciliar situações problemáticas “no cheiro” de violação com os padrões de protecção mais avançados estabelecidos pela sua própria jurisprudência (como no caso Hutchinson relativa às formas de prisão perpétua previstas no ordenamento jurídico inglês em evidente tensão com as condições de compatibilidade com o art. 3 CEDH estabelecida a partir da decisão Vinter), muitas vezes com base num contraste artificial entre o argumento da “diversidade de direitos” e dos direitos “abstratos” (ver o parecer do Juiz Pinto de Albuquerque no caso Hutchinson v. Reino Unido, cit. , § 40) que poderia, a longo prazo, levar a uma implosão do sistema.

1127 Reconhecendo a legitimidade convencional do confisco urbanístico, desde que este, mesmo na ausência de condenação, se baseie na apuração da culpa individual, em hipótese viável pode ser concretizado em caso de absolvição após a prescrição do crime (ver Tribunal do TEDH, G.I.f.f.M. S.r.l. e outros v. Itália, cit., §§ 258, 259, 261, 262), afastando-se assim da leitura que “tinha sido atribuída pela grande maioria dos comentadores à decisão do TEDH, Varvara c. Itália, 17475/09, 28 de outubro de 2013, que teria proibido o confisco urbanístico “sem condenação”, na sentença proferida no caso G.I.f.f.M. o Tribunal de Estrasburgo teria tentado “harmonizar o inconciliável”, prefigurando a possibilidade de uma *cognitio semiplena* nos factos em detrimento das garantias de um julgamento justo; assim V. Manes, O “confisco sem condenação” na encruzilhada entre Roma e Estrasburgo: a questão da presunção de inocência, em *Direito Penal Contemporâneo*, 13 de abril de 2015, em particular § 7. Neste sentido, ver também F. Viganò, Confisca urbanística prescrição: em Estrasburgo o rei está nu, em *Direito penal contemporâneo*, revista *Quarterly*, 2014, 3-4, p. 277 e seguintes. Na verdade, o requisito subjacente ao direito a um julgamento justo de que a responsabilidade seja apurada na íntegra do interrogatório (expressamente referido pelo TEDH no G.I.f.f.M. (§ 261 no final) já levou no passado o Tribunal de Estrasburgo para excluir a compatibilidade com a Convenção das medidas finais das fases do julgamento, como a audiência preliminar (ver TEDH, Paraponiaris c. Grécia, 42132/06, 25 de Setembro de 2008).

1128 A opinião parcialmente divergente e parcialmente concordante dos juízes Spano e Lemmens no caso GIFFM move-se numa direção diametralmente oposta. S.r.l. e outros c. Itália, cit., crítica à mistura no âmbito da legalidade penal convencional nos termos do art. 7º da CEDH, a partir de Sud Fondi, do princípio da legalidade com o da culpabilidade.

Para concluir essas poucas notas dispersas, as quais certamente não proporcionam justiça à grande riqueza das opiniões aqui publicadas que só uma leitura atenta nos pode permitir apreciar plenamente, o mais sincero reconhecimento só pode ser expresso a Paulo Pinto de Albuquerque, pela contribuição dada nos últimos anos para o desenvolvimento do direito europeu dos direitos humanos, pela tensão constante no sentido da afirmação e protecção efectiva dos direitos como “supremo valor comum” sobre o qual todos somos chamados, e os juristas em particular, a construir (*rectius* consolidare) a identidade de uma Europa hoje – já mais do que nunca agitada por uma profunda crise de confiança e de valores.

AS OPINIÕES DE PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

1. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS – GRANDE CÂMARA – MURRAY V. PAÍSES BAIXOS – RECURSO N.º 10511/10 – SENTENÇA DE 26 DE ABRIL DE 2016.

II caso: O recorrente, Sr. Murray, um cidadão neerlandês que sofre de doença mental, foi condenado a prisão perpétua nos Países Baixos. Ao longo dos anos apresentou múltiplos pedidos de misericórdia, mas sempre rejeitados. Além disso, apesar de ter sido diagnosticado com vários transtornos mentais, ele não recebeu nenhum tratamento ou cuidado, nem sua pena foi redefinida devido ao seu precário estado de saúde. Por estas razões, o recorrente recorreu para o Tribunal Europeu, criticando a violação do art. 3 CEDH. Com sentença de 10 de dezembro de 2013, a Seção III do Tribunal considerou inexistente a infração denunciada. Em particular, a Câmara constatou a existência, no ordenamento jurídico holandês, de um instrumento que permitia a revisão das penas de prisão perpétua após vinte anos de prisão. Segundo os juízes, as autoridades nacionais recusaram legitimamente os pedidos do Sr. Murray porque ele ainda era considerado perigoso e potencialmente reincidente. A pedido do recorrente, o processo foi remetido à Grande Secção. Com decisão datada de 26 de abril de 2016, este último anulou a sentença anterior e reconheceu a violação do art. 3 CEDH. Segundo os juízes, a sentença imposta ao recorrente era irredutível de facto. Na verdade, o Sr. Murray nunca foi submetido a qualquer cuidado ou tratamento médico adequado às suas condições mentais e, por esta razão, os juízes holandeses continuaram a considerá-lo como um possível reincidente. A Grande Câmara sublinhou que o Estado tem a obrigação de oferecer à pena de prisão perpétua uma possibilidade de libertação futura e, ao mesmo tempo, um processo de ressocialização. No presente caso, os Países Baixos não proporcionaram tais oportunidades ao Sr. Murray, impossibilitando efetivamente a sua libertação antecipada.

Palavras-chave: proibição de penas desumanas e degradantes – prisão perpétua sem possibilidade de libertação antecipada - finalidade reeducativa da pena

- ressocialização do preso - obrigações positivas dos Estados partes - plano personalizado para a execução da pena - requisitos para a revisão periódica da pena
- controle judicial - princípio da legalidade.

Notas de comentário: Antonio Gullo

Parecer parcialmente concordante do Juiz Pinto de Albuquerque

1. Salvo a desagradável decisão do art. 41, apoio sinceramente a decisão da Grande Câmara, que deve ser saudada como um importante passo em frente na protecção dos direitos fundamentais dos prisioneiros. Mas precisamente pela importância deste caso para o esclarecimento das obrigações positivas que incumbem aos Estados no domínio do direito penitenciário considero necessário acrescentar algumas reflexões sobre as duas principais questões abordadas pela Grande Câmara: a obrigação de promover a ressocialização dos presos através de planos personalizados de execução de penas e a obrigação de prever um mecanismo de controle judicial¹¹²⁹, justo e objetivo dos motivos penológicos capazes de justificar a detenção na prisão. Estando estas duas questões intimamente ligadas, a Grande Secção - com razão - aborda ambas na parte da frase dedicada aos “princípios relevantes”. O objetivo deste parecer é sublinhar as consequências explícitas e destacar as consequências implícitas da decisão da Grande Câmara sobre a violação do art. 3 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (a Convenção).

A obrigação do Estado de fornecer um plano personalizado de execução de penas

2. Perfeitamente em linha com o raciocínio seguido no processo Vinter e outros¹¹³⁰, no presente caso a Grande Secção considera que as Partes Contratantes de Convenção têm a obrigação positiva de promover a ressocialização dos presos (§ 109 da sentença), em particular de fornecer e implementar um plano personalizado para a execução da pena (§ 103). É a primeira vez que o Tribunal reconhece a importância crucial que a implementação de planos personalizados de

1129 Por questões de clareza, específico que o termo “ressocialização” é a palavra que deve ser utilizada no direito penal e no direito penitenciário para designar o objetivo principal do encarceramento; refere-se à reintegração social do preso, que deve ser capaz de levar uma vida longe do crime após a sua libertação. O termo “reabilitação” tem conotações moralistas e paternalistas que estão ligadas à teoria infundada segundo a qual o Estado é responsável pela “reforma” do preso ou pela sua “conversão” aos valores sociais da comunidade. Como já expliquei no meu parecer separado anexo ao caso Öcalan c. Turquia (n. 2) (n. 24069/03, 197/04.6201/06 e 10464/07, 18 de março de 2014), esta teoria está obsoleta, pois hoje a ressocialização não é entendida, como na analogia médica clássica, como um “tratamento” ou “cura” que teria como objetivo a reforma da personalidade do prisioneiro, mas sim uma missão menos ambiciosa mas mais realista: a sua preparação para uma vida cumpridora da lei após a prisão. Há três razões a este respeito: em primeiro lugar, é questionável que um Estado tenha legitimidade constitucional para “reformatar” a personalidade de um adulto; em segundo lugar, é duvidoso que tal reforma seja viável; finalmente, é ainda mais incerto que esta reforma possa ser demonstrada por meios objectivos. Por outras palavras, a ideologia da reabilitação colide com problemas de legitimidade constitucional, viabilidade e verificação objectiva. O termo “ressocialização” foi utilizado pela Corte no § 70 do presente acórdão e em outros casos anteriores (ver, por exemplo, Stummer c. Áustria [GC], nº 37452/02, § 93-94, TEDH 2011), mas infelizmente não utiliza terminologia uniforme. Esta palavra também é usada no Artigo 223 do Regulamento Interno e de Prova do Tribunal Penal Internacional.

1130 Vinter e outros v. Reino Unido [GC], nos. 66069/09, 130/10 e 3896/10, CEDH 2013 (extratos).

execução de penas tem na promoção da ressocialização dos reclusos, importância ainda reforçada por uma declaração de princípio da Grande Câmara. A obrigação de promover a ressocialização dos presos decorre do art. 3, que impõe ao Estado a obrigação de agir ou, para usar as palavras da Grande Câmara, “a obrigação de permitir que esses presos se reabilitem” (§ 104)¹¹³¹. Consequentemente, a Grande Câmara entende as obrigações legais do Estado de promover a ressocialização e de fornecer e implementar um plano personalizado de execução de penas como duas faces da mesma moeda.

3. A obrigação de promover a ressocialização é obviamente uma obrigação de meios: o Estado apenas é obrigado a fornecer aos reclusos os meios para trabalharem na sua reintegração na sociedade. Este é o sentido claro da última frase do § 104. Mas a obrigação que decorre do art. 3º e que consiste em oferecer a cada preso “condições de detenção, instalações, medidas ou tratamentos”, ou seja, um plano adequado e personalizado para a execução da pena e as condições para sua implementação, é uma obrigação de resultado, como indica claramente a redação imperativa do § 111. A afirmação da Câmara Plena neste parágrafo é bastante assertiva: o Estado terá cumprido as obrigações decorrentes do art. 3 “onde tenha implementado” condições de detenção, instalações, medidas e tratamentos adequados para permitir a reintegração dos presos perpétuos na sociedade, e esta obrigação é independente da vontade do preso de fazer uso de tais instalações, medidas ou tratamentos. É à luz deste princípio que a referência, no § 103, a um “programa personalizado” deve ser interpretada como exemplo de medida integrante de uma política penitenciária voltada à ressocialização de presos. Em outras palavras, o sentido exemplar do § 103 não pode ser plenamente compreendido se não for à luz da formulação extremamente assertiva do § 111. O plano personalizado de execução da pena é a pedra angular de toda política prisional voltada à ressocialização dos presos, mas deve ser configurado com uma série de outras condições de detenção, instalações, medidas ou tratamentos psiquiátricos, psicológicos e médicos

4. Na perspectiva da Grande Câmara, o âmbito da obrigação do Estado de promover a ressocialização e de fornecer e implementar um plano personalizado de execução de penas é o mais amplo possível. Embora as autoridades de saúde tenham diagnosticado ao Sr. Murray distúrbios patológicos, em particular um desenvolvimento muito limitado das suas faculdades mentais, ninguém o considerou uma pessoa com perturbações mentais. A sua responsabilidade criminal não foi questionada nem pelos poucos psiquiatras consultados nem pelas

1131 Vale ressaltar a insistência com que a Corte utiliza o termo “obrigação” na parte da sentença dedicada aos “princípios relevantes” (sete vezes no § 104, uma vez no § 105, uma vez no § 108, uma vez no § 110 e duas vezes no § 111). Este termo, em seu sentido jurídico, demonstra, sem sombra de dúvida, a determinação da Grande Câmara em impor princípios imperativos aos Estados.

jurisdições internas. Contudo, a Corte não limita o alcance de sua análise à obrigação do Estado de oferecer programas de ressocialização apenas aos infratores que estejam em bom estado de espírito. Pelo contrário, os termos muito gerais utilizados no § 109, que mencionam “terapias ou tratamentos – sejam eles médicos, psicológicos ou psiquiátricos”, indicam claramente a intenção da Grande Câmara de submeter o Estado à mesma obrigação também para com os infratores que sofrem de uma doença mental. Tendo em conta o facto de a saúde mental do Sr. Murray estar à beira do patológico, a Grande Câmara estende propositivamente a sua avaliação à situação de todos os “prisioneiros que sofrem de perturbações mentais” (subtítulo c) dos “princípios relevantes” na “Avaliação do Tribunal” secção), independentemente da gravidade da patologia mental ou perturbação psicológica do recluso, do nível de incapacidade do recluso na tomada de decisões autónomas e da determinação do estatuto jurídico que lhe é aplicável como pessoa sã ou louca em processo penal. Esta abordagem não restritiva é sem dúvida compreensível à luz da Recomendação R (98) 7 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros relativa aos aspectos éticos e organizacionais dos cuidados de saúde nas prisões e às Regras Prisionais Europeias de 2006, que o Tribunal cita abundantemente nos §§ 66 e 73 a 76 da sentença.

5. Consequentemente, onera legalmente os Estados Partes no Estabelecimento de uma obrigação internacional positiva de prever e implementar um plano individualizado de execução de penas, com um sistema de avaliação de riscos e necessidades abrangente e atualizado, pelo menos para todos os infratores são condenados à prisão perpétua ou prisão de longa duração, ou seja, uma ou múltiplas prisões sentenças com duração total de cinco anos ou mais¹¹³². Os infratores insanos que são condenados a uma pena de prisão semelhante ou mais longa devem, *a fortiori*, beneficiarem-se no mesmo plano. Apesar do aparente foco na situação de presidiários que cumprem penas perpétuas, a Grande Câmara relata que o princípio que estabelece relativamente a obrigação de promover a ressocialização de presos se aplica a “todos os presos, inclusive aqueles que cumprem penas perpétuas”¹¹³³. Quando isso acontece, referência específica a um programa

1132 Como declarei nas opiniões separadas anexadas a *Tautkus v. Lituânia*, no. 29474/09, 27 de novembro de 2012 e, posteriormente, junto com o juiz Turkovic, em *Khoroshenko v. Rússia* [GC], não. 41418/04, ECHR 2015, o direito a um plano de execução de pena personalizado aplica-se a infratores são, especialmente aqueles que são condenados a uma pena perpétua ou prisão de longo prazo, ou seja, uma ou mais penas de duração total de cinco anos ou mais. O comentário sobre a Regra 103 do Regulamento Penitenciário Europeu 2006 especifica: “[esta regra] destaca a necessidade de preparar prontamente o tratamento e educação de presos para que possam participar do planeamento da permanência na prisão e, assim, aproveitar ao máximo o programa e os benefícios oferecidos. O planeamento da frase faz parte dela como elemento essencial; no entanto, reconhece-se que tais planos devem ser estabelecidos para prisioneiros cumprindo pena curto prazo”. O prazo de cinco anos vem da definição de custódia penitenciária de longa duração anunciada pelo Conselho da Europa. A versão francesa do comentário admite o planeamento de sentenças, mesmo as de curta duração, e contradiz a versão inglesa. No caso *Murray*, o alcance dos “princípios relevantes” relativos ao planeamento de penalidades não se restringe aos de longo prazo, inclui os de menor duração.

1133 Ver § 101, bem como §§ 102 (“uma pessoa condenada”) e 103 (“pessoas condenadas, em prisão perpétua”).

personalizado, a Grande Câmara cita também, em termos gerais, “condenados”, e não apenas reclusos perpétuos, como beneficiários de tal programa.

6. De fato, tanto o Conselho da Europa como as Nações Unidas têm defendido por muitos anos em várias ocasiões a necessidade absoluta de um plano de execução da sentença que se baseia em uma avaliação constantemente atualizada sobre os riscos e necessidades psiquiátricas e sociais do prisioneiro em questão, independentemente de seu estado mental saudável ou não¹¹³⁴.

Na resolução Ris (73) 5 sobre as Regras Mínimas para Processamento dos detidos, o Comitê de Ministros declarou o seguinte:

“7. Para a colocação de reclusos nas várias instituições, [...] o seu estado mental (normal ou anormal) [...] e, no caso de reclusos, as necessidades específicas do seu tratamento. (...)”

67.4 Programas de tratamento individual precisam ser desenvolvidos após consulta entre as diferentes categorias de pessoal. Os presos devem estar ativamente envolvidos no desenvolvimento de seus programas de tratamento individual. Deve haver uma revisão periódica desses programas” (sublinhado adicionado).

A resolução Res. (76) 2 sobre o tratamento de detidos sob custódia de prisão de longa duração estabelece que as autoridades nacionais devem “conceder licença não como um paliativo à detenção, mas como parte integrante do programa de tratamento”.

A Recomendação R (87) 3 do Comitê de Ministros aos Estados membros sobre as Regras Penitenciárias Europeias afirma o seguinte:

“11.1 Para a distribuição de reclusos nos estabelecimentos ou nos na escolha do regime aplicável, são tidas em consideração as necessidades [...] específicas detalhes de seu tratamento, necessidades de saúde, sexo e idade.

(...)

67.1 Uma vez que a realização desses objetivos requer a individualização do tratamento e, para tanto, um sistema de alocação flexível, os presos devem ser colocados em instituições ou seções separadas, onde todos podem receber tratamento e treinamento adequados.

(...)

1134 Em linha com as suas melhores práticas, o Tribunal Pleno prevê no presente acórdão uma interpretação da Convenção de acordo com a legislação não vinculativa relevante do Conselho da Europa. A Convenção é interpretada levando em consideração não apenas outros tratados relacionados direitos humanos, mas também instrumentos jurídicos vinculativos e não vinculativos relacionados e, especialmente, o sistema de proteção dos direitos humanos do Conselho da Europa em que está inserido, em aplicação do art. 31 § 3 alínea c) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (para um exemplo recente e apreciável, ver por *Hanackiev e Tolunov c. Bulgária*, nos. 15018/11 e 61199/12, § 204 ECHR 2014 (excertos). No entanto, a frase não menciona passagens muito importantes dos instrumentos internacionais relevantes, aos quais me referirei.

68. O mais rápido possível após a admissão e após um estudo sobre personalidade de cada prisioneiro condenado a uma sentença de certa duração, deve ser elaborado um programa de tratamento em instituição adequada, tendo em conta os dados disponíveis sobre as necessidades, aptidões e predisposições pessoais, nomeadamente a proximidade de familiares” (sublinhar adição).

Recomendação R (2003) 23 do Comitê de Ministros para os Estados membros relativos à gestão pelas administrações penitenciárias de penas de prisão perpétua e outros reclusos de longa duração que declarou, entre outras coisas, o seguinte:

“3. Será necessário levar em consideração a diversidade das características individuais das sentenças de prisão perpétua e de longa duração, e levá-los em consideração no estabelecimento de planos individuais para a execução da pena (princípio da personalização da pena).

(...)

8. Planejamento individual da gestão da prisão perpétua ou de uma reclusão de longa duração deve ter como objetivo garantir uma evolução progressiva através do sistema penitenciário (princípio da progressão).

9. Para atingir os objetivos gerais e respeitar os princípios gerais citados acima, planos abrangentes de condenação devem ser desenvolvidos para cada prisioneiro.

10. Os planos de execução de sentenças devem incluir uma avaliação dos riscos e necessidades de cada prisioneiro e serem usados para fornecer uma abordagem sistemática para:

- a distribuição inicial do prisioneiro;

- o desenvolvimento progressivo do preso pelo sistema penitenciário em condições menos restritivas até a fase final, que, idealmente, ocorreria em ambiente aberto, preferencialmente em sociedade;

(...)

11. O planejamento de sentenças deve começar o mais cedo possível depois de entrar na prisão e deve ser revisado regularmente e modificado se necessário” (grifo nosso).

Recomendação R (2006) 2 do Comitê de Ministros para os Estados membros do Regulamento Penitenciário Europeu confirma e desenvolve o que o

As regras penitenciárias de 1987 já previam:

“103.2 Assim que possível após a entrada, relatórios completos devem ser elaborados para todos os presidiários condenados sobre sua situação pessoal, nos

programas de tratamento propostos para cada um deles e na estratégia em preparação para seu lançamento.

(...)

104.2 Procedimentos devem estar em vigor para estabelecer e revisar periodicamente os programas individuais dos detidos após consideração cuidadosa das relações relacionadas e após consultas aprofundadas com o pessoal envolvido e com os presos em causa que devem estar envolvidos na medida do possível” (sublinhado adicionado).

Os padrões da CPT (CPT / Inf / E (2002) 1 - Rev. 2011) sobre detenção de longa duração e prisioneiros de longa duração ilustram uma série de problemas psicológicos a que esses prisioneiros estão expostos. De acordo com CPT, os esquemas oferecidos a presidiários que cumprem penas de longa duração eles devem ter como objetivo compensar essas consequências de uma forma positiva e proativa:

“33. [...] Medidas adicionais devem ser tomadas a fim de dar um significado para seu encarceramento; mais precisamente, a oferta de programas de tratamentos personalizados e apoio psicossocial adequado são importantes para ajudar esses condenados a enfrentar o encarceramento e, quando chegar a hora, prepará-los para a libertação.

(...)

37. O tratamento psiquiátrico deve basear-se em uma abordagem personalizada que envolve a elaboração de um protocolo de tratamento para cada paciente” (grifo nosso).

As regras penais europeias baseiam-se no regime universal há muito aprovado pelas Nações Unidas e correspondem a ele. As regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de prisioneiros, adotadas em 1955, incluem, entre outras coisas:

“8. As várias categorias de presos devem ser colocados em instituições ou seções de institutos distintos, levando em consideração as (...) necessidades de seu processamento (...)

63. (1) A realização destes princípios requer a individualização do tratamento e, para esse efeito, um sistema flexível de classificação dos reclusos em grupos; (...)

69. Assim que possível após a entrada e após um estudo da personalidade de cada prisioneiro condenado a uma certa duração, é necessário prepare um programa de tratamento personalizado com base nos dados coletados sobre suas necessidades, habilidades e predisposições individuais” (grifo nosso).

7. A Grande Câmara acredita que a obrigação positiva de promover a ressocialização dos detidos e a previsão e implementação de um plano personalizado de execução da pena não foi afetada pelas condições materiais e recursos insuficientes e inadequados nas Antilhas Holandesas, conforme demonstrado no § 117. A falta de recursos não poderia e não deveria evitar a necessidade do tratamento recomendado. Em *James, Wells e Lee*, o Tribunal já havia afirmado que “nos casos relativos a penas privativas de liberdade por tempo indeterminado, a existência de uma possibilidade real de reintegração é um elemento necessário em todas as fases da detenção”, destacando que “a insuficiência de recursos no presente caso parecia resultar da introdução de medidas draconianas de detenção por tempo indeterminado, sem o planejamento necessário e sem uma previsão realista seu impacto”¹¹³⁵. Os Estados-Membros são obrigados a fornecer os recursos financeiros necessários à implementação da sua política criminal em conformidade com as normas europeias em matéria de proteção dos direitos humanos. Consequentemente, quanto mais remuneradora for uma política criminal, mais recursos financeiros que precisam ser investidos no sistema penitenciário são importantes para contrabalançar os comprovados efeitos nocivos dessas políticas sobre as mulheres e sobre os homens que estão sujeitos a eles¹¹³⁶. Isso não tinha acontecido no caso de penas privativas de liberdade de duração indefinida no Reino Unido, como a Tribunal concluiu em *James, Wells e Lee*. A mesma crítica é formulada em *Murray* a respeito da política carcerária draconiana em vigor nas Antilhas Holandesas.

8. A crítica da Grande Câmara encontra apoio claro no Primeiro relatório da CPT sobre a situação dentro da prisão de Koraal Specht, onde o recorrente cumpriu dezenove anos - de 1980 a 1999 - da sua dor. O relatório da CPT diz respeito a uma visita realizada em 1994, época em que a penitenciária tinha capacidade máxima de 198 internos, mas na época da visita abrigava quase 500. A CPT não havia tentado conter a severidade de sua sentença:

(...) Antes de mais, é de referir que este estabelecimento se caracteriza da seguinte combinação perniciosa: superlotação, oferta de regime muito poucas atividades e um nível medíocre de limpeza e higiene. Estes três problemas foram agravados pelo estado geral de deterioração da estrutura. **De acordo com a opinião do CPT, sujeitar os presos a condições semelhantes de detenção constitui um tratamento desumano e degradante** (o negrito está no original).

1135 *James, Wells e Lee c. Reino Unido*, nos. 25119/09, 57715/09 e 57877/09, § 200, 18 de setembro de 2012. A Corte reconheceu que a falta de acesso dos detidos a programas de ressocialização os privou de uma possibilidade real de obter progresso objetivo em direção a uma redução efetiva ou eliminação total do risco que eles representaram, tornando sua detenção arbitrária. Isso significa que o estado tem a obrigação de oferecer aos presos uma oportunidade razoável de fazer cursos destinados a ajudá-los para enfrentar sua conduta criminoso e o perigo que representam. Se uma pessoa está em prisão preventiva porque existe o risco de ele cometer mais crimes, e é ao mesmo tempo privado dos meios necessários - como a terapia apropriada - para demonstrar que não representa mais um perigo, haverá uma violação do art. 5 da Convenção (ver *Ostermünchmer c. Alemanha*, no. 36035/04, §§ 73 e 74, 22 de março de 2012).

1136 Ver § 42 das observações do Governo de 1 de setembro de 2014: o Governo reconhece que “a detenção de longo prazo pode ter efeitos desestabilizadores sobre os detidos e que o CPT aconselhou as autoridades de Aruba a estabelecerem regras aplicáveis a prisioneiros” condenados à prisão perpétua.

No que diz respeito, em particular, à situação dos reclusos perpétuos, a CPT foi ainda mais direta:

Dada, em particular, a longa duração e o caráter indefinido de suas sentenças de prisão, as condições de detenção de penas de prisão perpétua, especialmente aqueles que não trabalham, **podem ser consideradas desumanas**; envolvem um risco não desprezível de deterioração do estado mental dos internos e efeitos psicossomáticos”¹¹³⁷ (o negrito está no original).

Três anos depois, em 1997, a situação não mudou. Em ocasião da visita ao mesmo estabelecimento, o CPT encontrou as mesmas condições materiais (“estado geral das unidades de detenção e equipamentos das celas não melhoraram”), mas observou que “as condições de detenção das penas de prisão perpétua na verdade mudaram em comparação com as observadas em 1994 (...). Em particular, eles não estavam mais confinados a permanentemente em suas células, e sua situação era comparável a dos outros presos”¹¹³⁸.

Em sua visita em 1999 à mesma prisão, a CPT encontrou “uma certa melhora na prisão de Koraal Specht em relação a vários aspectos das condições materiais de detenção, em grande parte atribuíveis à redução do número total de presos”. No entanto, é adicionado que a prisão “ainda sofria de uma série de deficiências graves que representavam uma ameaça aos direitos primários dos prisioneiros (incluindo o direito à vida e à integridade física) e colocavam em risco a estabilidade da instituição, para danos aos reclusos e funcionários penitenciários”. Insistiu em a necessidade de “um regime mais amplo de atividades para os presos, que colocava maior atenção àqueles que cumpriram sentenças de longo prazo”, e acrescentou que “era necessário oferecer aos reclusos várias atividades construtivas que os pudessem ocupar durante boa parte do dia”¹¹³⁹.

Em 1 de Dezembro de 1999, o recorrente foi transferido para o Korrektie Instituut Aruba (KIA), ou Correccional Naciolan Institute (ICN), em Aruba. O Tribunal Pleno refere-se, no § 57 da sentença, à opinião realizada por CPT nesta fábrica em 2007¹¹⁴⁰. A próxima passagem do relatório da CPT, embora não seja mencionado pela Grande Câmara, é importante:

A detenção de longo prazo pode ter efeitos desestabilizadores em presidiários. Além de acabarem institucionalizados, esses internos podem ser afetados por uma série de problemas psicológicos (incluindo perda de auto-estima e deterioração das habilidades sociais) e tendem a distanciar-se cada vez mais da sociedade em que a maioria deles acabará por voltar. Na visão da CPT,

1137 Relatório do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e Tratamento desumano ou degradante (CPT) para as autoridades do Reino dos Países Baixos no que se refere à sua visita às Antilhas Neerlandesas de 26 a 30 de junho de 1994, CPT / Inf (96) 1.

1138 Relatório do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e dos Tratamentos Desumanos ou Degradantes (CPT) ao Governo do Reino dos Países Baixos sobre sua visita às Antilhas Holandesas de 7 a 11 de dezembro de 1997, CPT / Inf (96) 17.

1139 Relatório do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e Tratamento desumano ou degradante (CPT) para o Governo do Reino dos Países Baixos em relação à sua visita às Antilhas Holandesas de 25 a 29 de janeiro de 1999, CPT / Inf (2000) 9.

1140 Relatório do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e Tratamento desumano ou degradante (CPT) para as autoridades do Reino dos Países Baixos em relação à sua visita fora do Reino à Europa, Aruba e Antilhas Holandesas em junho 2007, CPT / Inf (2008) 2.

os esquemas propõem aos presidiários que cumprir sentenças longas deve ser suficiente para compensar esses efeitos de forma positiva e pró-ativa. Essas pessoas deveriam ter acesso a uma ampla gama de atividades interessantes e variadas (trabalho, de preferência para fins de formação profissional; educação; esporte; atividades recreativas / associativas). Medidas adicionais devem ser tomadas para dar sentido ao seu tempo de encarceramento; em particular, planos personalizados para a execução de sentenças e apoio psicológico e social adequado são elementos importantes que eles ajudam os detidos a cumprir sua pena e, quando chegar a hora, a se preparar para sua libertação. Além disso, proponha um regime desse tipo para presidiários que cumprem pena perpétua favorece o desenvolvimento de relações construtivas entre presidiários e agentes penitenciários e, conseqüentemente, aumenta a segurança na prisão (grifo nosso).

Por fim, a visita do CPT ao KIA em 2014 decorreu alguns dias após a libertação efetiva do requerente da prisão¹¹⁴¹. Como ele tinha feito isso sete anos antes, a CPT recomendou novamente às “autoridades de Aruba tomar as medidas necessárias para remediar o estado de deterioração da prisão, especialmente para evitar todas as inundações futuras”. Além disso, o número de reclusos por cela não deve exceder dois. É preciso também tomar providências para instalar, em cada célula, a luz artificial, bem como uma parede que isola totalmente as instalações sanitárias em cada célula. Mais especificamente, o CPT recomendou novamente que “atividades para presos são desenvolvidas para garantir que todos os prisioneiros (incluindo aqueles em prisão provisória) [podem] passar uma parte razoável do dia (ou seja, 8 horas ou mais) fora de suas celas, envolvidas em várias atividades interessantes: trabalho, de preferência para fins de formação profissional; instrução; esporte; atividades recreativas/associativas”.

Conhecendo esses cinco relatórios detalhados, o Governo não podia fingir que não havia recebido indicações claras do Conselho da Europa sobre as medidas que foram convenientes tomar para remediar as deficiências de sua política penitenciária nas Antilhas Holandesas e, mais precisamente, na prisão de Koraal Specht e KIA. Só a falta de vontade política pode explicar que os repetidos apelos da CPT não foram ouvidos por mais de trinta anos¹¹⁴².

9. A primeira linha de defesa do Governo é apresentada na forma de pergunta retórica: “É razoável avaliar a conduta adotada pelo Estado desde 1980 com base em um critério introduzido pelo Tribunal pela primeira vez em 2013?”. O Governo afirma que a obrigação de promover a ressocialização dos detidos e de estabelecer um mecanismo para revisão da relevância de sua manutenção em detenção decorre de *Vinter e outros* e, portanto, não pode ser imposto no caso em apreço. A Grande Câmara rejeita firmemente este argumento e declara explicita-

1141 Relatório do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e Tratamento desumano ou degradante (CPT) para o Governo do Reino dos Países Baixos em relação à sua visita à região caribenha do Reino dos Países Baixos de 12 a 22 de maio 2014, CPT / Inf (2015) 27.

1142 Essa vontade política adversa é atestada pelas famosas declarações do secretário da Segurança e Justiça do Estado Holandês de 16 de abril de 2012: “Prisão perpétua é prisão perpétua. Qualquer retorno à sociedade está excluído, exceto em casos excepcionais em que um detido for perdoado. Conseqüentemente, as pessoas que cumprem sentenças perpétuas não podem se beneficiar de atividades que favorecem a reintegração” (ver a nota de defesa do requerente perante o tribunal pleno, p. 10.)

mente que tais obrigações positivas já eram vinculantes para o Estado demandado em 1980. A partir do momento da imposição de sua sentença à prisão perpétua, o requerente tinha o direito de se beneficiar de uma perspectiva de liberação e um mecanismo de revisão compatível com os requisitos decorrentes da Convenção. § 116 do presente julgamento não deixa sombra de dúvida quanto à intenção do Grande Tribunal de avaliar o comportamento do Estado demandado levando em consideração todo o período de detenção do senhor Murray. Portanto, o Tribunal aplica a obrigação de promover a ressocialização de presos e o estabelecimento de um mecanismo de revisão a um período de encarceramento que começou em 1980. Ao fazer isso, você não prossegue com a aplicação retroativa das normas jurídicas internacionais, uma vez que eles têm sido claros em um nível europeu desde 1973 (ver Resolução nº (73) 5 do Comitê de Ministros sobre Regras Mínimas Padrão para tratamento de detidos), e mesmo antes disso globalmente (ver as Regras Padrão Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros adotadas pelas Nações Unidas em 1955). Simplificando, a Grande Câmara acredita que *Vinter e outros* estão apenas reafirmando as regras penais que são obrigatórias para os Estados membros do Conselho da Europa desde pelo menos os anos 1980.

10. O Governo argumentou ainda que o requerente não se queixou especificamente da falta de tratamento psiquiátrico quando ele estava na prisão. A Grande Câmara rejeita este argumento nos dois últimos argumentos do § 124, que se referem ao princípio estabelecido no § 106. Como um dos aspectos práticos mais importantes das obrigações positivas dos Estados Partes de proteger a integridade psicofísica dos prisioneiros nos termos da Convenção, a obrigação de fornecer e implementar um plano personalizado para cada prisioneiro para a execução da pena que inclui tratamentos psiquiátricos e psicológicos de que ele pode precisar é uma obrigação de resultado que é imposta a ele Estados membros da Convenção, independentemente dos desejos dos detidos. O detido certamente deve ser encorajado a aderir e cooperar com o plano de execução da pena, mas o facto de um recluso manifestar uma atitude de recusa ou indiferença a este respeito não é, em caso algum, livre o Estado da obrigação de preparar, implementar e revisar tal plano. O descumprimento desta obrigação envolve a responsabilidade do Estado.

Consequentemente, o fato de que o Sr. Murray não reivindicou tratamento psiquiátrico adequado ou um programa penitenciário adequado é totalmente irrelevante. Em aplicação das normas internacionais acima mencionadas, esta falta de iniciativa por parte do requerente não absolveu o estado de sua responsabilidade em tudo, uma vez que estava sobrecarregando uma obrigação internacional vinculativa que não depende do que o prisioneiro deseja.

11. Por último, o Tribunal Pleno também rejeita o argumento do Governo de que Curaçao e Aruba constituíam um país dentro do Reino dos Países Baixos

e a administração da justiça era da responsabilidade de diferentes entidades do Reino. Esta tese pode ser facilmente rejeitada com base no princípio consagrado no Artigo 4 dos Artigos do projeto sobre a responsabilidade do Estado por um ato internacionalmente ilícito adotado em 2001 pela Comissão das Nações Unidas sobre Direito Internacional, em aplicação dos quais a conduta de qualquer órgão do Estado é considerada um fato específico do Estado sob direito internacional, quer se trate de um órgão do governo central ou de uma unidade territorial do Estado. É o Reino dos Países Baixos, e não Curaçao ou Aruba, a parte responsável, de acordo com a Convenção, por garantir o cumprimento de seus padrões. Pela mesma razão, também é irrelevante argumentar, como faz o Governo, que não existia a obrigação de oferecer ao requerente tratamento psiquiátrico, uma vez que tal exigência não existia pelo *United Court of Justice*, que aplicou a pena. A conformidade com a Convenção da prática do Estado holandês não pode variar de acordo com as decisões dos tribunais internos das partes autônomas do Reino.

12. Além disso, o Tribunal já indicou claramente no passado que não aceitaria tal linha de argumento quando em *Mathew* declarou a obrigação de transferir um detido do KIA para um local mais adequado à sua condição física e necessidades médicas, “Se necessário, em um dos outros dois países do Reino”¹¹⁴³. Segundo o Tribunal Pleno, não existe nenhuma diferença substancial que distinga o presente caso de *Mathew*. Portanto, rejeita a tese do Tribunal de Justiça das Nações Unidas, assumida pelo Governo demandado, segundo a qual “inteligência limitada” e “[a] capacidade insuficiente [do prisioneiro] para se expressar” impediram a colocação do Sr. Murray detenção médica na Holanda¹¹⁴⁴. Na ausência da possibilidade de receber tratamento adequado em Curaçao, o requerente deveria ter sido enviado para a Holanda, onde assistência profissional poderia ter sido fornecida a ele, se necessário com [a assistência de um] tradutor em uma das três línguas que ele falava: papiamento, inglês e, com alguma dificuldade maior, holandês. O argumento, apresentado pelo Governo na audiência na Grande Seção, de que o recorrente nunca pediu a transferência para os Países Baixos é ainda menos aceitável. Novamente, deve-se enfatizar que a obrigação do Estado não era para ser desencadeada por uma solicitação do autor; havia a obrigação de o Estado agir por sua própria iniciativa.

Sobre a obrigação do Estado de prever um mecanismo de liberdade condicional

13. O Tribunal Pleno esclarece a sentença de *Vinter e Outros* em relação ao mecanismo de liberdade condicional, conferindo assim sua autoridade a decisões

1143 *Mathew c. Holanda*, não. 24919/13, § 215, ECHR 2005-IX. Veja também *Claes v. Bélgica*, não. 43418/09, § 99, 10 de janeiro de 2013.

1144 Veja o argumento do Tribunal Conjunto de Justiça das Antilhas Holandesas no §12 deste julgamento.

importantes da Câmara proferidas após *Vinter e outros*¹¹⁴⁵. Embora a Grande Câmara tenha mencionado a liberdade dos Estados contratantes de decidirem as características específicas de seu próprio mecanismo de liberdade condicional, também definiu claramente os limites dessa liberdade. De acordo com os §§ 99 e 100 deste acórdão, o mecanismo de libertação condicional deve respeitar os seguintes cinco “princípios relevantes”, todos vinculativos:

(1) O princípio da legalidade (“regras com um grau suficiente de clareza e certeza”, “Condições definido pelo direito interno”);

(2) O princípio de avaliação das razões penológicas que justificam a continuação da detenção, com base em “critérios objetivos e pré-definidos”, que incluem a ressocialização (prevenção especial), a dissuasão (prevenção geral) e retribuição;

(3) O princípio da avaliação de acordo com um calendário pré-definido e, no caso dos reclusos perpétuos, “o mais tardar vinte e cinco anos após a imposição da pena, e a partir daí em intervalos periódicos”;

(4) O princípio das garantias processuais justas, incluindo, pelo menos, a obrigação de fundamentar as decisões de recusa ou revogação;

(5) O princípio da revisão judicial.

À luz desses requisitos decorrentes da Convenção, que são acordados com a Recomendação (2003) 22 do Comitê de Ministros aos Estados membros sobre liberdade condicional (liberdade condicional), as Partes Contratantes da Convenção devem estabelecer um mecanismo de revisão da justificativa de manutenção na vida ou detenção de longo prazo. A consequência lógica a ser extraída dos princípios convencionais acima é que, se os prisioneiros condenados pelos crimes mais hediondos devem se beneficiar de um mecanismo de libertação condicional, os outros prisioneiros devem, a fortiori, igualmente se beneficiar dele. Seria absolutamente contrário à justiça que os autores de crimes condenados por crimes menores não beneficiassem da liberdade condicional se forem capazes de se reintegrar na sociedade, se essa possibilidade for oferecida a pessoas condenadas por crimes mais graves. Consequentemente, em princípio, a Convenção garante o direito à liberdade condicional a todos os presos¹¹⁴⁶.

1145 Também aqui, por razões de clareza terminológica, específico que utilizo o termo libertação condicional no sentido em que o Conselho da Europa a utiliza na Recomendação R (2003) 22 do Comitê de Ministros, ou seja, no sentido de liberdade precoce dos detidos condenado, sujeito a condições personalizadas após a sua libertação da prisão. Amnistia e perdão não se enquadram nesta definição.

1146 Por último, a Grande Câmara abandonou a infeliz jurisprudência segundo a qual a Convenção não confere o direito à liberdade condicional (*Szabo c. Suécia* (dec.), nº 28578, CEDH 2006-VIII, e *Macedo da Costa c. Luxemburgo* (dec.), No. 26619/07, § 22, 5 de junho de 2012).

14. O Tribunal Pleno afirma que, em princípio, os critérios nos quais qualquer decisão de concessão de liberdade condicional deve se basear devem ser estabelecidos por lei de forma clara e previsível, conforme estabelecido pelo § 10 da Resolução (76) 2 do Comitê de Ministros, § 34 da Recomendação (2003) 23 do Comitê de Ministros e, em todo o mundo, Artigo 110 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional de 1998 (Estatuto de Roma) e a Regra 223 (Critérios para examinar a redução da pena) de suas Regras de Processo e Julgamento. A época em que a lei penitenciária caía sob o arbítrio dos Governos já passou há muito tempo, uma vez que os termos, métodos e condições para a implementação da detenção e libertação pertencem ao cerne do princípio da legalidade, não menos do que a declaração de culpado. E a condenação dos infratores. Consequentemente, segundo o Tribunal Pleno, os critérios de avaliação da liberdade condicional não são deixados ao critério dos Estados-Membros. O mecanismo de controle da liberdade condicional deve basear-se em “critérios objetivos previamente definidos”, em particular os “motivos legítimos de natureza penológica” previstos no § 100 da sentença. Além de *Vinter e outros*¹¹⁴⁷, a Grande Câmara confirma seus precedentes, que são *Trabelsi c. Bélgica*¹¹⁴⁸, *Laszlo Magyar c. Hungria*¹¹⁴⁹ e *Harakchiev e Tolumov c. Bulgária*¹¹⁵⁰. Isso significa que os presos têm o direito adquirido e exequível de se beneficiar da liberdade condicional quando os requisitos legais são atendidos, e não que todos os presos devam necessariamente ter essa liberdade.

Se o Tribunal Pleno considerar que o equilíbrio entre as várias razões penológicas não é “estático”, mas pode evoluir durante a execução da pena, não se abstém de designar aquele entre eles que deve prevalecer na avaliação do desenvolvimento. situação: o princípio da ressocialização. Portanto, podemos logicamente deduzir da motivação da Grande Câmara que em caso de conflito entre várias razões de natureza penológica, como por exemplo no caso em que o objetivo de ressocialização da sentença foi alcançado, mas ainda poderia haver ser uma justificativa puramente remunerativa para a manutenção da detenção, “o progresso do detido no caminho de sua reabilitação” deve prevalecer ao avaliar a necessidade de manter a detenção. Acima de tudo, a Grande Câmara reafirma que as razões de natureza penológica não equivalem e não devem ser confundidas com as razões de humanidade relativas a problemas de saúde, invalidez física ou idade avançada (§ 100). Os critérios de avaliação relevantes não podem limitar-se à invalidez mental ou física do recluso ou à proximidade presumida da morte. Essas “razões humanitárias” são manifestamente restritivas demais.

1147 *Vinter e outros*, cit., §§ 125 e 129.

1148 *Trabelsi c. Bélgica*, não. 140/10, § 137, ECHR 2014 (excertos).

1149 *László Magyar c. Hungria*, não. 73593/10, § 57, 20 de maio de 2014.

1150 *Harakchiev e Tolumov c. Bulgária*, cit., §§ 225, 257 e 262.

15. De acordo com a Grande Câmara, o exame que visa determinar se o detido pode se beneficiar de liberdade condicional deve ocorrer dentro de um prazo razoável e predeterminado, conforme estabelecido pelo § 9 da Resolução do Comitê de Ministros (76) 2 e confirmado pelo § 5º da Recomendação do Comitê de Ministros (2003) 22 e, em escala global, pelo Artigo 110 §§ 3 e 5 do Estatuto de Roma. No caso de a liberdade condicional não ser concedida no resultado do primeiro exame, a situação do prisioneiro deve ser revista periodicamente, em intervalos razoavelmente curtos, conforme indicado tanto pelo § 12 da Resolução (76) 2 do Comitê de Ministros e § 21 da Recomendação R (2003) 22 do Comitê de Ministros. Para chegar a esta conclusão, a Grande Câmara baseia-se no anterior *Bodein c. França*¹¹⁵¹.

16. Finalmente, de acordo com o Plenário, o mecanismo de liberdade condicional deve ser instituído sob a autoridade de uma jurisdição ou, pelo menos, ser acompanhado por uma revisão judicial completa que trate tanto dos aspectos factuais quanto das questões de direito do decisões tomadas., conforme também previsto na norma universal consagrada no Artigo 110 § 2 do Estatuto de Roma¹¹⁵². Levantando as conclusões em *Laszlo Magyar*, § 57, e em *Harakchiev e Tomulov*, §§ 258 e 262, no auge da enunciação dos “princípios relevantes”, os juízes da Grande Câmara rejeitam por unanimidade qualquer mecanismo de liberdade condicional que deixaria a última palavra em matéria de reexame da sentença por uma autoridade governamental ou administrativa e que colocaria a decisão sobre a continuação da detenção do detido nas mãos do poder executivo, destituindo assim o judiciário de sua responsabilidade e atribuição de poderes jurisdicionais ao executivo, em violação do princípio da separação de poderes. Assim, uma revisão efetuada por um governador, ministro ou qualquer representante da administração não oferece garantias de independência suficientes para cumprir as normas europeias de proteção dos direitos humanos¹¹⁵³.

Além disso, as decisões de manter a detenção ou revogar a liberdade condicional devem ser tomadas com observância das regras processuais que garantam a equidade do procedimento, como as que prescrevem a motivação das decisões¹¹⁵⁴. A conclusão implícita que podemos tirar desta forte declaração de princípio do

1151 *Bodein c. França*, n. 40014/10, § 61, 13 novembro 2014.

1152 Ver § 100 da sentença. O uso do verbo “deveria” reflete claramente a intenção da Grande Câmara de impor o princípio do controle judicial de decisões relativas a pedidos de libertação condicional, em virtude das quais o direito de preso para saber o que ele deve fazer para se qualificar para liberdade condicional, e em quais condições em que tal medida pode ser concedida, deve ser protegida pela garantia de um revisão judicial.

1153 O mesmo princípio já foi derivado das *Semanas c. Reino Unido*, 2 de março de 1987, §§ 58 e 69, série A no. 114 e por T. c. Reino Unido [GC], no. 24724/94, § 121, 16 de dezembro de 1999.

1154 Ver § 100 da sentença. O uso de “pode” em relação à motivação do decisões tomadas sobre os pedidos de libertação condicional, necessárias para permitir ao detido saber o que ele deve fazer para se beneficiar da liberdade condicional e em que condições tal medida pode ser concedida, não deve ser mal interpretada. Se por um lado eles têm que ser sistematicamente dadas razões quando a libertação for recusada ou revogada, o mesmo não acontece no caso oposto, ou seja, o que é a libertação condicional concedida ou quando o pedido de revogação é rejeitado.

Tribunal é que o mecanismo de libertação condicional deve também prever a audiência do detido e permitir-lhe o acesso adequado ao seu processo, conforme estipulado no § 32 da Recomendação R (2003) 22 do Comitê de Ministros, Artigo 110 § 2 do Estatuto de Roma e Artigo 224 do Regulamento e Prova do Tribunal Penal Internacional. Caso contrário, o procedimento de revisão seria apenas uma miragem.

Em suma, tendo estabelecido os “princípios relevantes”, obrigatórios, mencionados acima, ela atingiu um ponto sem volta em Murray na sua função reguladora de proteção dos direitos fundamentais dos prisioneiros na Europa. O sistema de indultos nas Antilhas Neerlandesas é semelhante ao sistema cipriota de adaptação das penas perpétuas, ficando ao critério do presidente com o acordo do advogado-geral¹¹⁵⁵. Recorde-se que, no sistema cipriota, não existia a obrigação de informar o recluso sobre a opinião do Procurador-Geral sobre o seu pedido de libertação antecipada, nem a obrigação do Presidente de fundamentar a rejeição de tal pedido. Além disso, não havia política ou procedimento publicado que regulasse a condução do procedimento. Por fim, o indeferimento de um pedido de libertação antecipada não foi objeto de revisão judicial. Na parte de Murray dedicada aos “princípios relevantes”, a Grande Câmara essencialmente assume uma posição muito crítica em relação a um sistema tão opaco e discricionário. A Europa evoluiu desde Kafkaris e o Tribunal evoluiu claramente com ela. *Vinter e outros* encontraram um sucessor digno em Murray.

Aplicação das normas europeias no presente caso

17. O Sr. Murray foi mantido detido por mais de 34 anos sem qualquer tratamento psicológico ou psiquiátrico, apesar de estar claramente estabelecido que ele precisava de tratamento semelhante¹¹⁵⁶. O Tribunal solicitou ao Governo que apresentasse todos os relatórios psiquiátricos relativos à avaliação das necessidades mentais do requerente. O Governo apresentou quatro, respectivamente com datas de 11 de outubro de 1979, 10 de fevereiro de 1994, 21 de julho de 2012 e 17 de agosto de 2012, bem como uma “carta” de um psiquiatra datada de 6 de setembro de 1991. Isto significa que antes do início do procedimento de exame para aplicação do novas disposições do Código Penal de Curaçao, apenas dois laudos psiquiátricos e uma “carta” de um psiquiatra haviam sido redigidos. Dois relatórios psiquiátricos no período entre 1980 e 2012: este foi o âmbito do

1155 *Kafkaris c. Chipre* [GC], no. 21906/04, ECHR 2008.

1156 Em 1979, um relatório psiquiátrico afirmou que o requerente “deveria ser colocado em uma unidade de saúde para psicopatas seguirem um tratamento relativamente longo sob estreita vigilância”. Com base nisso, o Tribunal Unificado de Justiça das Antilhas Holandês, em seu julgamento de 11 de março de 1980, reconheceu que uma ordem para colocar o prisioneiro à disposição do governo (terbeschikkingstelling) para os fins colocação em um estabelecimento prisional de saúde “seria a medida mais apropriada bel caso em questão”.

tratamento psiquiátrico profissional de que o requerente beneficiou em vinte e dois anos de detenção. Como o Tribunal de Justiça das Nações Unidas concluiu no seu acórdão de 21 de setembro de 2012 sobre a avaliação do risco de reincidência que o requerente apresentou no momento da imposição da sua sentença em 1980, e posteriormente durante a sua detenção, “desde então, nenhum tratamento de qualquer tipo [tinha] sido implementado”. Os juízes antilhanos não poderiam ter sido mais explícitos. Compreensivelmente, os juízes da Câmara Plena não poderiam chegar a uma conclusão diferente no § 122 da presente sentença, que reconhece que o Sr. Murray nunca recebeu qualquer tratamento durante o período de sua detenção.

18. Além da falta de um programa penitenciário adequado, capaz de atender às necessidades pessoais do Sr. Murray, permanece o fato de que antes de novembro de 2011 em Curaçao não havia mecanismo de revisão de acordo com os critérios da jurisprudência e dos regulamentos penais do Tribunal Europeu. A maioria decidiu deliberadamente não abordar este aspecto do caso no § 126 da sentença, embora tivesse definido os “princípios relevantes” para este fim nos anteriores §§ 99 e 100. O sistema de liberdade condicional em vigor nos antigos Países Baixos. As Antilhas não estabelecem nem critérios penais legais e objetivos, nem um prazo para a revisão das sentenças, nem uma revisão judicial, nem a obrigação de motivar as decisões do governo de recusa da liberdade condicional, nem a obrigação de ouvir o prisioneiro em questão. Nenhum relatório médico, nenhum relatório psiquiátrico sobre a saúde mental do requerente, nem quaisquer notas de informação da administração da prisão foram recolhidos e disponibilizados ao Procurador-Geral ou ao Tribunal de Justiça das Nações Unidas. Tudo ficou ao critério do governador, que teve total liberdade para não seguir as observações do Ministério Público nem o parecer do Tribunal de Justiça Unificado a favor de sua libertação¹¹⁵⁷.

Na verdade, o Sr. Murray apresentou treze pedidos de liberação, que foram rejeitados sem motivo ou ficaram sem resposta¹¹⁵⁸. No início de 2013, os médicos o diagnosticaram com câncer. Em 2 de setembro de 2013, ele foi levado ao

1157 A mesma conclusão se aplica ao regime de carência previsto no art. 93 da nova Constituição de Curaçao, que entrou em vigor a 10 de outubro de 2010. Neste contexto, importa referir que em 8 de novembro de 2013, o Tribunal Constitucional de Saint-Martin, que pertence ao Reino da Holanda, fez uma sentença relativa, entre outras coisas, à possibilidade de pronunciar penas perpétuas, em consideração ao fato de que deve ser oferecida prisão perpétua a perspectiva de liberação e a possibilidade de solicitar a revisão da sua sentença. Os juízes constitucionais citaram a mesma decisão da Grande Câmara em Vinter para apoiar o parecer desfavorável do mesmo sobre as disposições legais de Saint-Martin, de que eram semelhantes aos que existiam em Curaçao até 2011. Considerando que o novo código penal de Saint-Martin não continha qualquer disposição que preveja o reexame das sentenças e que o governo se recusou a ter um perdão concedido nesse caso, o Tribunal constitucional se sentiu obrigado a abolir certas disposições relativas às penas perpétuas (ver o tempo da pronúncia holandesa no site do Provedor de Justiça de Saint-Martin (Provedor de Justiça de Saint Maarten). Esta importante jurisprudência, remetida ao estado réu não levou em conta, isso mostra não só que os juízes constitucionais de Saint-Martin estavam atentos a Vinter, mas também que eles estavam prontos para tirar qualquer conclusão lógica das conclusões da Grande Câmara neste caso.

1158 Ver § 23 da frase.

presídio de Curaçao para facilitar seu tratamento médico. Após intervenção do tribunal em resposta a um pedido de medida provisória, ele foi colocado em uma casa de repouso, com dois guardas na porta. Era tarde demais para uma operação. Como o tratamento na prisão não era mais possível, ele recebeu o perdão do Governador apenas em 31 de março de 2014, com a consequente redução da pena residual de prisão, permitindo-lhe morrer com dignidade, na presença de sua família, em Aruba. Mesmo assim, o requerente foi deixado para se defender sozinho. Era sua irmã quem, com sua parca pensão de velhice, pagava os cuidados médicos¹¹⁵⁹.

19. A maioria também se abstém conscientemente de avaliar a compatibilidade do novo mecanismo de revisão periódica que entrou em vigor em Curaçao em 15 de novembro de 2011. Mesmo que esse regime tenha sido introduzido somente após o pedido ter sido apresentado ao Tribunal, era evidentemente necessário examiná-la, uma vez que a demandante foi mantida detida até 31 de março de 2014, após o julgamento do Tribunal de Justiça das Nações Unidas de 21 de setembro de 2012, que aplicou os novos dispositivos do Artigo 1:30 do Código Penal de Curaçao. Por conseguinte, as regras aplicáveis à revisão periódica das sentenças perpétuas durante o período entre 15 de novembro de 2011 e 31 de março de 2014 deviam ter sido examinadas pelo Tribunal.

Se as garantias consistem na revisão judicial da pena o mais tardar vinte anos após o início da privação de liberdade e posteriormente a cada cinco anos, na natureza contraditória do procedimento, na audiência do detido, no acesso ao mesmo no seu processo e na obrigação de motivar as decisões, o fato de os critérios aplicáveis à revisão não serem suficientemente precisos no § 1º do Artigo 1:30 (“nenhuma meta razoável”) é problemática do ponto de vista dos padrões europeus de proteção dos direitos humanos. Esta formulação dos critérios de revisão deixa muito espaço para discricão. Um prisioneiro vitalício não tem como saber o que ele ou ela terá que fazer para ser elegível para libertação ou em que condições a mesma medida pode ser concedida. Os esclarecimentos adicionais relativos a estes critérios contidos no § 2, que se refere à opinião das vítimas ou dos seus próximos sobreviventes, bem como ao risco de reincidência, não são suficientes para satisfazer os requisitos do princípio da legalidade. Pelo contrário, levar em consideração a posição das vítimas ou de seus entes queridos para determinar se a continuação da execução da pena perpétua se justifica em qualquer caso, confunde a apreciação das razões penológicas legítimas e a tarefa de matar a sede de vingança das vítimas ou de seus familiares. Focando na necessidade de vingança e ressentimento, esta política atribui um papel preponderante à pior

1159 Ver §§ 13 e 16 das observações do requerente de 10 de agosto de 2014, que o Governo não contestou.

forma de retribuição possível: a manutenção para as vítimas ou seus familiares de cegos e intuição de que o castigo é “merecido”. O agressor terá que “apodrecer na prisão” enquanto as vítimas ou seus entes queridos sentirem que sua sede de vingança diminuiu, mesmo que ele esteja pronto para levar uma vida longe do crime dentro da sociedade.

Pior ainda, essa política vai contra a obrigação do Estado de fornecer às vítimas de crime os meios para se recuperar de suas perdas. Quanto menos o Estado cumpre suas obrigações para com as vítimas ou seus familiares, mais eles se inclinam a indenizar o prejuízo sofrido pela necessidade de prolongar a detenção do agressor. Mesmo que seja “reabilitado”, um detido pode ser mantido na prisão, o que representa um bode expiatório para a incapacidade do Estado de atender às necessidades das vítimas ou de seus parentes. Por outro lado, foi exatamente isso que aconteceu no caso em apreço: no acórdão de 21 de setembro de 2012, o Tribunal de Justiça das Nações Unidas concluiu que, uma vez que os parentes da vítima nunca tinham recebido apoio psicológico adequado, a libertação do recorrente teria constituído para um grande choque para eles. Além disso, considerou que o ato com que a recorrente os ameaçou em 1979, ou seja, vinte e três anos antes, pode ainda alimentar a sua insegurança.

20. Após os reiterados indeferimentos dos treze recursos de libertação apresentados pelo requerente, a decisão do Tribunal de Justiça das Nações Unidas de 21 de setembro de 2012 insistiu no risco de reincidência devido aos seus “transtornos de personalidade”. O Sr. Murray não pôde ser libertado simplesmente porque, como os juízes das Antilhas admitiram, ele nunca tivera a menor chance de se submeter a tratamento psiquiátrico. A única solução para sua reinserção na sociedade teria sido proporcionar-lhe tratamento psiquiátrico adequado, o que nem mesmo foi tentado. A situação é, portanto, a seguinte: o estado recusa a libertação condicional de um prisioneiro até que ele seja capaz de levar uma vida legal dentro da sociedade, o que só pode acontecer se a pessoa em questão receber tratamento psiquiátrico adequado pelo estado, que, entretanto, é recusado. É uma típica situação de impasse: o Estado condiciona a libertação do preso, mas priva o interessado dos meios para satisfazê-la. Nesse contexto, se abordarmos as coisas com realismo, o resultado de qualquer revisão da sentença do Sr. Murray pelo governador ou pelo Tribunal de Justiça das Nações Unidas foi uma conclusão precipitada¹¹⁶⁰.

1160 O presente caso fornece uma demonstração clara da necessidade de uma regra que proíba a prisão perpétua no direito europeu dos direitos humanos. Isso é exigido pelo reconhecimento universal do princípio da ressocialização dos infratores condenados ao crime prisão, e o consentimento emergente em relação à proibição de encarceramento a vida de criminosos mentalmente capazes (ver opinião separada anexada a *Ocalan c. Turquia* (no. 2), citado acima). Pode-se esperar que um dia o Tribunal se atreva a ler os sinais de vezes e dar um passo adiante ao considerar sentenças de prisão perpétua para infratores mentalmente capazes constituem, em si, uma clara violação do art. 3 da Convenção.

Conclusão

21. Qualquer que seja a atrocidade do crime cometido, nenhum prisioneiro merece ser tratado como um “resíduo humano” destinado ao esquecimento, para citar Jean-Paul Costa, ex-Presidente do Tribunal¹¹⁶¹. Ainda assim, foi isso que o recorrente James Murray passou. A ausência de tratamento psiquiátrico de fato tornou sua sentença irreduzível. A violação do Artigo 3 foi agravada pela existência, no momento da aplicação da pena, de um sistema de indulto opaco e discricionário que não cumpria os requisitos da Convenção e que não servia para o requerente. O novo mecanismo de revisão introduzido pelo Artigo 1:30 do Código Penal de Curaçao, que não o ajudou em nada, também coloca problemas no que diz respeito à falta de previsibilidade das razões para o reexame da sentença e ao papel predominante que atribui a um caráter puramente remuneratório política criminal que favorece a vingança.

A justiça chegou tarde demais para o Sr. Murray. Ele não sobreviveu à provação de trinta e quatro anos de prisão em condições desumanas. Embora já não pudesse ter direito à indenização pelo dano imaterial sofrido, teria sido um ato de justiça conceder essa indenização aos seus herdeiros.

* * *

2. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM - GRANDE SEÇÃO - MURŠIĆ c. CROÁCIA - RECURSO NO. 7334/13 - SENTENÇA DE 20 DE OUTUBRO DE 2016.

O processo: O recorrente, Sr. Muršić, foi condenado a dois anos de prisão por roubo à mão armada e cumpriu um ano e cinco meses da sua pena na prisão de Bjelovar. Durante o período de detenção naquele estabelecimento, o requerente denunciou as más condições carcerárias (sobrelotação, falta de higiene, ausência de atividades de reeducação) perante os tribunais internos e a autoridade fiscalizadora da detenção e solicitou a transferência; no entanto, suas reivindicações foram declaradas infundadas. Portanto, o requerente decidiu encaminhar a questão ao Tribunal Europeu, reclamando da violação do Artigo 3 CEDH. Com sentença de 12 de março de 2015, a Câmara declarou a inexistência da violação convencional. Em particular, os juízes reconheceram que o requerente havia sido detido, embora por um curto período de tempo, em um espaço inferior a 3 metros quadrados, mas afirmaram que as condições da prisão, embora inadequadas, não haviam excedido esse nível de severidade, como para integrar uma violação do Artigo 3 CEDH. O requerente solicitou que fosse devolvido à Grande Câmara, insistindo que a sua detenção era incompatível com os padrões convencionais. Com sentença de 20 de

1161 Ver o parecer separado anexado pelo Presidente *Costa a Léger c. França*, não. 19324/02, 11 de abril de 2006.

outubro de 2016, o Plenário revogou a decisão da Câmara e apurou a violação do Artigo 3 CEDH. Em particular, os juízes enfatizaram a necessidade de se adotar uma abordagem abrangente na avaliação das condições carcerárias, não se limitando ao cálculo dos metros quadrados disponíveis para cada recluso. Com efeito, na opinião dos juízes, onde o espaço mínimo não exceda 3 metros quadrados, há forte presunção de violação do Artigo 3 da CEDH, que, no entanto, podem ser compensados por outros fatores, incluindo a duração da detenção, a liberdade de movimento concedida aos prisioneiros, as condições de higiene do estabelecimento prisional. No caso em questão, o Tribunal Pleno reconheceu a violação do Artigo 3 da CEDH pelo período em que o requerente tenha estado detido em cela inferior a 3 metros quadrados, tendo declarado inexistente a violação pelo período de tempo cumprido em cela entre 3 e 4 metros quadrados, e períodos de detenção não consecutivos em celas com menos de 3 metros quadrados.

Palavras-chave: condições de detenção - superlotação carcerária - proibição de tratamento desumano e degradante - espaço mínimo de moradia - padrão CPT Introdução (§§ 1-2).

Notas de comentário: Silvia Buzzelli - Gabriele Della Morte - Mauro Palma

Opinião parcialmente divergente do Juiz Pinto de Albuquerque

ÍNDICE: PARTE UM (§§ 3-33). - II. *Soft law* em direito internacional (§§ 3-9). - A. As fontes do direito internacional de acordo com o Artigo 38 § 1 do Estatuto da CIG (§§ 3-7). - B. *Soft law* quando há uma codificação (§ 8). - C. *Soft law* em caso de ausência ou insuficiência de codificação (§ 9). - III. *Soft law* no direito europeu dos direitos humanos (§§ 10-22). - A. O princípio constitucional da interpretação evolucionária (§§ 10-13). - B. A deformalização das fontes do direito (§§ 14-20). - C. O consenso europeu como quadro conceptual de normatividade (§§ 21-22). - 4. *Soft law* e a regra de reconhecimento do Conselho da Europa (§§ 23-33). - A. A norma de reconhecimento de uma comunidade internacional democrática (§§ 23-26). - B. O firme compromisso com o endurecimento da *soft law* (§§ 27-30). - C. A proibição constitucional de suavizar a *hard law* (§§ 31-33). SEGUNDA PARTE (§§ 34-59). - V. O endurecimento do direito penitenciário (§§ 34-42). - A. No mundo (§§ 34-38). - B. No Conselho da Europa (§§ 39-42). - VI. A luta contra a superlotação carcerária (§§ 43-47). - A. O espaço mínimo para morar nos padrões do CICV (§§ 43-45). - B. O espaço mínimo vital nos padrões do RPE (§§ 46-47). - VII. A aplicação de padrões convencionais ao presente caso (§§ 48-59). - A. A abordagem cumulativa contraditória da maioria (§§ 48-53). - B. Uma abordagem *pro persona* cumulativa coerente (§§ 54-59). - VIII. Conclusão (§§ 60-63).

I. Introdução (§§ 1-2)

1. Diferentemente da maioria, votei a favor da constatação da violação do Artigo 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (“a Convenção”) relativa à colocação do requerente na prisão de Bjelovar durante todo o período em que teve menos de 3 m2 de espaço pessoal disponível.

2. Como a maioria considerou que não estavam vinculados aos princípios estabelecidos pelo Comitê de Ministros, o Comitê para a Prevenção da Tortura (CPT) e o Conselho de Cooperação Penológica (PC-CP) do Comitê Europeu para Problemas Criminais (CDPC) do Conselho da Europa, abordarei na primeira parte do presente parecer a questão fundamental subjacente à natureza jurídica destes princípios¹¹⁶². Após uma nota introdutória sobre o papel da *soft law*¹¹⁶³ no direito internacional geral, passarei a analisar em detalhes sua função específica dentro do direito europeu dos direitos humanos para demonstrar que a interpretação evolucionária, o consenso europeu e o endurecimento da *soft law* constituem os três pilares do sistema regulamentar do Conselho da Europa. Para os fins limitados deste parecer, irei discutir o padrão de reconhecimento do Conselho da Europa, tendo em conta o seu compromisso de longa data e enraizado em endurecer a *soft law* em certos domínios do direito na perspectiva do “desenvolvimento dos direitos das e das liberdades fundamentais” e do “progresso económico e social” na Europa. Posteriormente, na segunda parte deste parecer, mostrarei que existe uma tendência a nível europeu e mundial em favor do endurecimento da *soft law* em matéria penitenciária no que diz respeito ao problema da superlotação carcerária. Em seguida, demonstrarei que as Regras Penitenciárias Europeias (RPE) são o protótipo das normas *soft law* “endurecidas” no sistema jurídico do Conselho da Europa. Com base nos princípios claros estabelecidos por esta lei branda endurecida, ele concluirá que a maioria estava errada quando descobriu que uma área de 3 m2 ou menos em uma cela ocupada por vários internos não constitui uma violação do Artigo 3 da Convenção.

PARTE UM (§§ 3-33)

II. *Soft law* no direito internacional (§§ 3-9)

A. As fontes do direito internacional de acordo com o Artigo 38 § 1 do Estatuto da CIG (§§ 3-7)

3. A *soft law* foi considerada uma *contradictio in terminis*, intrinsecamente supérflua, senão perniciososa. Para alguns, essa expressão cativante, mas vazia,

1162 Ver o parecer separado anexado pelo Presidente Costa a *Léger c. França*, não. 19324/02, 11 de abril de 2006.

1163 Usei a expressão *soft law* na minha opinião associada à sentença proferida em *Herrmann c. Alemanha* [GC], no. 9300/07, 26 de junho de 2012. Não defini o termo então, mas acho que é necessário fazê-lo agora. Este é o objetivo dos §§ 3-9 desta opinião.

esconderia uma concepção inflacionária do direito internacional que faz parte de uma tentativa de impor compromissos políticos aos Estados com os quais eles não consentiram inicialmente¹¹⁶⁴. Para outros, a *soft law* seria uma “folha de figueira do poder” que mascara a extensão de alguns Estados e atores não estatais na arena internacional e constituiria um instrumento para contornar o consenso estatal e, conseqüentemente, o processo de ratificação democrática¹¹⁶⁵. Em ambos os casos, os princípios de igualdade e soberania do Estado seriam perigosamente questionados. que a deformalização das fontes poria em risco a clareza e previsibilidade de uma concepção binária da definição do direito internacional. Simplificando, a *soft law* nada mais seria do que um subproduto da política que causa uma deriva inexorável em direção à anarquia e ao acaso e presta um desserviço à função essencial do direito internacional

4. É verdade que a *soft law* não está incluída entre as fontes clássicas da lei direito internacional listado no Estatuto da Corte Internacional de Justiça (Estatuto do CIG). Qualquer tentativa jurisprudencial ou doutrinária de estender esta lista acarreta um pesado ônus da prova. Muito mais, segundo os críticos, que a deformalização das fontes poria a clareza e previsibilidade de uma concepção binária da definição está em perigo do direito internacional. Simplificando, *soft law* não seria além de um subproduto da política que causa uma deriva inexorável em direção à anarquia e aleatoriedade e presta um desserviço à função essencial do direito internacional¹¹⁶⁶. Das reivindicações de um retorno a tudo ou nada, para preto ou branco, para uma simplicidade binária que por si só poderia enfrentar a complexidade do dia a dia com seu rigor dicotômico simplificado, foram empunhados contra o catastrófico Leviathan da *soft law*. Mas o argumento baseado no Estatuto do CIG não é decisivo na batalha em curso entre os defensores e oponentes da *soft law*.

5. Artigo 38 do Estatuto da CIG, correspondendo ao Artigo 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, não é exaustiva como tal, no que diz respeito, por exemplo, a atos unilaterais¹¹⁶⁷ ou atos de organizações internacionais. À luz da revolução copernicana do direito internacional após a Segunda Guerra Mundial¹¹⁶⁸, seria difícil argumentar que o Artigo 38 é uma

1164 Prosper Weil, “Rumo à normatividade relativa no direito internacional?”, In *American Journal of International Law*, volume 77 (1983), p. 441.

1165 Para uma crítica cáustica, veja Klabbbers, “The Undesirability of Soft Law,” em *nórdico Journal of International Law* 67 (1998), p. 391; e Koskenniemi, “Formalism, Fragmentation, Freedom: Kantian Themes in Today’s International Law”, (2007) 4 *No Foundations*, p. 18

1166 Ver, entre outros escritos críticos, Jean d’Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, 2011, e “The Politics of Deformalization in International Law”, *Goettingen Journal of International Law* 3 (2011) 2, pp. 503-550.

1167 O argumento foi admitido pelo próprio CIG no caso de *Testes Nucleares (Austrália c. França)*, ICJ Reports 1974, § 46.

1168 Sobre esta mudança, veja minha opinião anexada ao *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça* [GC], no. 5809/08, 21 de junho de 2016.

disposição obrigatória imutável que teria petrificado para sempre o desenvolvimento do direito internacional na fase de 1920.

6. Uma vez que a questão não é resolvida pelo Estatuto da CIG, pode ser reformulada de forma útil se a *soft law* for comparada com a *hard law*. verificar as respectivas características essenciais e o possível valor acrescentado da *soft law*. Não existe um único parâmetro jurídico substantivo para distinguir o direito internacional brando do duro. Assim como a *hard law*, a *soft law* visa estabelecer regras gerais de conduta para seus destinatários. Ambos avançam uma reivindicação normativa, com a estrutura de um comando, que pode ser formulado com mais ou menos precisão de terminologia e conteúdo. Apesar das muitas formas que pode assumir, a *soft law* pode parecer qualquer lei convencional ou consuetudinária de aplicação imediata. Uma dificuldade adicional é o fato de que o direito internacional em si não é totalmente difícil do ponto de vista da aplicação e exequibilidade. Em geral, a ausência de instrumentos de execução e controle judicial torna o direito internacional uma *soft law*.

7. No entanto, o direito internacional não vinculativo é diferente e distinguível do direito internacional não vinculativo pelas suas consequências. Apesar de suas reivindicações normativas, a *soft law* pode ser negada, em princípio, sem as consequências clássicas da responsabilidade civil internacional. Mas seu não cumprimento pode ter consequências negativas. Portanto, os destinatários da *soft law* não são inteiramente livres para não segui-la, pois podem sofrer as consequências negativas dessa escolha, que não são apenas morais, políticas ou de reputação.

B. A soft law quando houver codificação (§ 8)

8. Quando houver lei convencional, a *soft law* complementar pode revelar a intenção de seus autores. Ao fortalecer o compromisso regulatório integrado aos aspectos vinculantes da lei de tratados, a *soft law* aumenta a densidade regulatória e a consistência dessa lei. Também facilita a aplicação de instrumentos vinculativos, resolvendo questões técnicas e complexas que não poderiam ter sido imaginadas no momento da adoção ou impedimentos que não poderiam ser previstos. Facilita a adaptação dessas ferramentas às novas necessidades das organizações, instituições e da sociedade.

C. A soft law na ausência ou insuficiência de codificação (§ 9)

9. Na ausência de codificação ou no caso de codificação insuficiente do direito internacional, a *soft law* se manifesta na prática relevante de organizações internacionais, Estados e atores não Estado. Ao subtrair a matéria da esfera reservada aos Estados, a *soft law* reflete o consenso crescente em certos campos do

direito em que os princípios jurídicos ainda não são vinculativos e abre caminho para o acordo estatal necessário para o estabelecimento de um direito internacional vinculativo¹¹⁶⁹. Por fim, pode ser constitutiva de uma *opinio juris* e de uma prática estatal geradora de direito consuetudinário¹¹⁷⁰. É significativo que até à data nenhum esforço foi feito para destacar o uso de *soft law* por parte do Conselho da Europa e, sobretudo, do Tribunal, apesar da proliferação nos seus discursos de todo o tipo de fontes deformalizadas de direito e algumas críticas dirigidas à mistura de direito e política que pode ser encontrada na leitura da Convenção pela Corte¹¹⁷¹. As reflexões a seguir pretendem fornecer essa conceituação.

III. Soft law no direito europeu dos direitos humanos (§§ 10-22)

A. O princípio constitucional da interpretação evolucionária (§§ 10-13)

10. A Convenção não pode ser interpretada no vazio, deve ser interpretada em harmonia com o resto do direito internacional e *soft law*. Após o julgamento *Golder*, todas as normas e princípios relevantes do direito internacional aplicáveis entre as partes devem ser levados em consideração, nos termos do Artigo 31 § 3 c) da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados¹¹⁷². Do ponto de vista da Corte Europeia de Direitos Humanos (a Corte), não há diferença metodológica entre a interpretação de um tratado jurídico internacional de direitos humanos e o do resto do direito internacional, ou entre tratados-direito e tratados-contrato; acredita que o mesmo método de interpretação pode ser aplicado a esses dois campos do direito internacional. Na verdade, não abraça a posição disputada segundo a qual existem “regimes autossuficientes” dentro do direito internacional¹¹⁷³. Como o juiz Rozakis elegantemente expressou, os juízes de Estrasburgo “não operam no esplêndido isolamento de uma torre de marfim

1169 Um dos exemplos mais adequados é a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, adotada em 21 de dezembro de 1965, que se baseia na Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação racial, aprovada com a Resolução 1904 (XVIII) da Assembleia Geral em 20 novembro de 1963.

1170 Ver *Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares*, Opinião Consultiva, Relatórios ICJ 1996, p. 255, § 70, e *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua* (Nicarágua c. Estados Unidos da América), Mérito, julgamento, ICJ Reports 1986, p. 100, §§ 188 e 191.

1171 Com a louvável exceção de Luis Lopez Guerra, “Soft law y sus efectos en el ámbito do europeo derecho de los derechos humanos”, in *Teoría y derechos*, vol. 11 (2012), pp. 151-66; Tulkens et al., “Le soft law and the Cour Européenne des droits de l’homme: Questions de légitimité et de méthode”, na *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 23 (2012), n. 91, pp. 433-89, e Tulkens e van Drooghenbroeck, “Le soft law des droits de l’homme est-il vraiment si soft? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l’homme”, em *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, 2008, pp. 505-26. Outros estudos mais gerais, como o projeto de direito administrativo global da Escola de Direito da Universidade de Nova York, o projeto Heidelberg sobre direito institucional internacional e o exercício da autoridade pública internacional e o projeto de produção legislação internacional informal promovida pelo Instituto de Haia para a Internacionalização de Direito, não abordou explicitamente esta questão.

1172 *Golder c. Reino Unido*, 21 de fevereiro de 1975, § 29, Série A no. 18.

1173 Já estabeleci este assunto em minhas opiniões separadas anexadas aos julgamentos *Al-Dulimi e Montana Management Inc.*, cit., § 71, *Sargsyan c. Azerbaijão* [GC], no. 40167/06, 16 de junho de 2015, nota 23, e *Center for Legal Resources em nome de Valentin Câmpeanu c. Romênia* [GC], no. 47848/08, 17 de julho de 2014, nota 14.

construída com materiais vindos, exclusivamente das invenções interpretativas da CEDH ou dos Estados-Membros da Convenção”¹¹⁷⁴.

11. Esta metodologia é justificada pelo princípio interpretativo fundamental do Tribunal, segundo o qual a Convenção deve ser interpretada à luz das actuais condições de vida¹¹⁷⁵. É está no julgamento essencial de *Tyrer c. Reino Unido* que a Corte afirmou pela primeira vez o que se tornou um leitmotiv de sua jurisprudência: “a Convenção é um instrumento vivo”, cuja interpretação deve levar em conta a evolução da legislação em nível nacional e internacional¹¹⁷⁶. Profundamente enraizado em nos sistemas jurídicos americano¹¹⁷⁷ e canadense¹¹⁷⁸ desde o início do século XX, esta técnica interpretativa foi introduzida no direito europeu dos direitos humanos em 1978.

12. No caso *Tyrer*, o Advogado Geral da Ilha de Man argumentou, nos termos do texto antigo da arte. 63 da Convenção, que “se as circunstâncias locais da ilha forem levadas em consideração”, a persistência do uso de castigos corporais foi justificada por ser dissuasiva. A Corte respondeu:

É digno de nota que, na grande maioria dos Estados membros do Conselho da Europa, os castigos corporais não parecem mais estar em uso e, de fato, em alguns deles, eles nunca existiram nos tempos modernos; ... Se nada mais, isso lança dúvidas sobre se esta punição é necessária para manter a lei e a ordem em um país europeu.

Concluindo que a Ilha de Man deve compartilhar plenamente a “herança comum dos ideais e tradições políticas, do respeito pela liberdade e o primado da lei”, prevista no preâmbulo da Convenção, rejeitou a ideia de que as necessidades locais podem modificar a aplicação do Artigo 3 na Ilha de Man e, conseqüentemente, considerou os castigos corporais sofridos pelo requerente uma violação deste Artigo.

13. Portanto, desde os primeiros tempos da existência da Corte, a interpretação evolutiva da Convenção esteve intimamente ligada à necessidade de dar-lhe

1174 Rozakis, “The European Judge as Comparatist”, em *Tulane Law Review*, 2005, p. 278

1175 *Tyrer c. Reino Unido*, 25 de abril de 1978, § 31, Série A no. 26

1176 *Ibid.*, § 31, e depois em muitos outros julgamentos de princípio, como *Soering c. Reino Unido*, 7 de julho de 1989, § 102, série A no. 161

1177 *Missouri c. Holland* 252 U.S. 416 (1920). Elaborando a opinião da maioria, o juiz Holmes fez esta observação sobre a natureza da Constituição: “A este respeito podemos acrescentar que, diante de palavras que também são um ato constituinte, como a Constituição dos Estados Unidos, devemos perceber que essas palavras deram vida a um ser cujo desenvolvimento não poderia ter sido totalmente antecipado pela maioria dotado de seus pais fundadores. Já é muito que eles entenderam ou esperavam ter criado um organismo; seus sucessores levaram um século e custaram muito suor e sangue prove que você criou uma nação. A causa que temos que decidir deve ser considerado à luz de toda a nossa experiência e não simplesmente do que foi dito um século atrás”. A referência da Suprema Corte à “evolução dos princípios de civilização” também quer ser uma referência clara ao “constitucionalismo vivo” (cf. *Trop ver Dulles*, 356 U.S. 86 (1958): “As palavras da [Oitava] Emenda não são literais e (...) deles taxa de fluxo não é estática. O significado da Emenda deve seguir a evolução dos princípios de civilizações que marcam o progresso de uma sociedade em maturação”).

1178 *Henrietta Muir Edwards e outros c. O Procurador-Geral do Canadá* [1929] UKPC 86, [1930] A.C. 124 (18 de outubro de 1929). A decisão não é apenas memorável porque estabeleceu que as mulheres canadenses poderiam ser nomeadas senadoras, mas também porque ela afirmou a doutrina do direito constitucional canadense conhecida como “árvore viva”, segundo a qual o A constituição é um organismo e deve ser lida de uma forma ampla e liberal para se adaptar às mudanças das vezes.

uma leitura consensual, com base no exame do contexto jurídico nacional da “grande maioria” dos Estados membros do Conselho da Europa e, por último, do património comum de tradições políticas, ideais, liberdade e primazia do direito a que o preâmbulo se refere.

B. A deformalização das fontes do direito (§§ 14-20)

14. Em Estrasburgo, a *soft law* forneceu e ainda fornece a fonte mais importante de cristalização do consenso europeu e do património comum de valores. Com efeito, pouco depois do acórdão Tyrer, o Tribunal deu o passo fundamental para alargar as fontes de direito à luz das quais o consenso europeu pode ser estabelecido. No caso de *Marckx c. Bélgica*¹¹⁷⁹ o Tribunal examinou os valores europeus comuns com base no direito interno da “grande maioria” dos estados membros do Conselho da Europa, a Convenção de 1962 relativa ao reconhecimento da filiação materna de filhos naturais, elaborada pela Internacional Comissão de Estado civil e assinada, mas não ratificada, pelo Estado demandado, a Convenção do Conselho da Europa de 1975 sobre o estatuto jurídico dos filhos nascidos fora do casamento, nem mesmo assinada pelo Estado demandado, e finalmente a Resolução (70) 15 de maio de 1970 do Comitê de Ministros sobre a proteção social das mães solteiras e seus filhos. Ao argumento de que as Convenções de 1962 e 1975 haviam sido ratificadas apenas por um pequeno número de Estados, ele respondeu (*ibid.*, § 41):

as duas convenções estão ambas em vigor e não há razão para atribuir o número ainda pequeno dos Estados Contratantes a uma recusa em reconhecer a igualdade entre filhos ‘naturais’ e ‘legítimos’ no ponto em consideração. Na realidade, a existência desses dois tratados denota que há pontos de vista comuns sobre o assunto entre as sociedades modernas.

Ao adotar as técnicas interpretativas dos tribunais constitucionais, o Tribunal foi ainda mais longe e modulou os efeitos da sentença no que diz respeito ao princípio da segurança jurídica, “que diz respeito necessariamente ao direito da Convenção e também ao direito comunitário”, isentando o Estado demandado de remeter a discussão dos atos ou situações anteriores à prolação da sentença. Para o efeito, recordou o facto de que “uma solução semelhante se encontra em alguns Estados Contratantes que dispõem de um tribunal constitucional: o seu direito público limita os efeitos retroactivos das decisões judiciais que anulam uma lei”¹¹⁸⁰. Como se fosse um Tribunal Constitucional Europeu, o Tribunal utilizou o princípio da segurança jurídica para se atribuir o poder implícito de modular os efeitos temporais das suas decisões.

1179 *Marckx c. Bélgica*, 13 giugno 1979, serie A n. 31.

1180 *Ivi*, § 58.

15. Posteriormente, em *Mazurek c França*¹¹⁸¹, o Tribunal invocou novamente a Convenção sobre o estatuto jurídico dos filhos nascidos fora do casamento, que na altura só tinha sido ratificada por um terço dos Estados membros do Conselho da Europa, mas não pelo Estado demandado, como prova de “grande importância” atribuída pelos Estados-Membros à igualdade jurídica dos filhos nascidos fora do casamento.

16. Nos processos *Christine Goodwin*¹¹⁸², *Vilho Eskelinen*¹¹⁸³ e *Sørensen e Rasmussen*¹¹⁸⁴, o Tribunal fez referência à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, embora este instrumento ainda não fosse vinculativo. Mais uma vez, no acórdão *McElhinney*¹¹⁸⁵, o Tribunal teve em consideração a Convenção Europeia sobre a Imunidade do Estado que, na altura, tinha sido ratificada por oito Estados-Membros, mas não pelo que fora acordado. No acórdão *Glor*¹¹⁸⁶, considerou que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência constituía a base de um “consenso europeu e global sobre a necessidade de proteger as pessoas com deficiência contra a discriminação”, apesar de os eventos relevantes terem ocorrido antes da adoção da Convenção por parte da Assembleia Geral das Nações Unidas e que o Estado demandado não a havia ratificado no momento da decisão do Tribunal.

17. Finalmente, no capítulo fundamental de *Demir e Baykara c. Turquia*, depois de reafirmar o princípio de que: “a Convenção é um instrumento vivo a ser interpretado à luz das condições atuais e de acordo com a evolução do direito internacional de forma a refletir o nível cada vez mais elevado de proteção exigido no domínio humano direitos, o que exige maior rigor na avaliação das violações dos valores fundamentais das sociedades democráticas” e tendo em conta a evolução do direito do trabalho, tanto a nível internacional como nacional, bem como a prática relevante dos Estados Contratantes, o Tribunal concluiu que o direito à negociação coletiva com o empregador tornou-se, em princípio, um aspecto essencial do direito de constituição e filiação a um sindicato para a proteção de seus interesses, consagrado no Artigo 11 da Convenção. Para este fim, ele citou as convenções relevantes da OIT, ratificadas pelo Estado demandado, as interpretações correspondentes fornecidas pelo Comitê de Especialistas da OIT, bem como o Artigo 28 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Artigo 6 § 2 da Carta Social Europeia, que a Turquia não ratificou, a interpretação deste Artigo pelo Comitê Europeu de Direitos Sociais e o Princípio 8 da Recomendação

1181 *Mazurek c. França*, n. 34406/97, § 49, ECHR 2000-II.

1182 *Christine Goodwin c. Reino Unido* [GC], n. 28957/95, ECHR 2002-VI.

1183 *Vilho Eskelinen e altri c. Finlândia* [GC], n. 63235/00, ECHR 2007-II.

1184 *Sørensen e Rasmussen c. Dinamarca* [GC], nn. 52562/99 e 52620/99, ECHR 2006-I.

1185 *McElhinney c. Irlanda* [GC], n. 31253/96, ECHR 2001-XI.

1186 *Glor c. Suíça*, n. 13444/04, § 53, ECHR 2009.

R (2000) 6 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre o status de funcionários públicos na Europa¹¹⁸⁷.

18. Por outras palavras, na interpretação da Convenção, a relevância jurídica dos princípios dos direitos humanos consagrados em outros tratados e convenções não depende do número de ratificações ou do número de Conselhos da Europa Estados membros que vinculam, nem pelo fato de que o Estado demandado os tenha ratificado. Portanto, no direito europeu dos direitos humanos, a *hard law* e a *soft law* estão profundamente interligadas.

19. A evolução da interpretação da Convenção também levou a Corte a apoiar seu raciocínio com referências a normas emanadas de outros órgãos do Conselho da Europa, mesmo que esses órgãos não tenham a função de representar os Estados membros da Convenção, que características de mecanismos de controle ou grupos de especialistas. Para determinar o alcance exato dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção, o Tribunal utilizou, por exemplo, o trabalho da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância (ECRI)¹¹⁸⁸ e a Comissão Europeia para a Democracia através do Direito (a Comissão de Veneza)¹¹⁸⁹.

C. O consenso europeu como um quadro conceitual de normatividade (§§ 21-22)

20. Da primeira formulação do consenso europeu no julgamento de Tyrer emana a visão de uma democracia internacional deliberativa em que uma maioria ou um representante do partido Aos Estados partes na Convenção, é conferido o direito de falar em nome de todos e, portanto, de impor sua vontade às outras partes. Enquanto princípio orientador constitucional do Conselho da Europa, o consenso é independente da unanimidade. O consenso como uma vontade geral pode existir mesmo que nem todas as partes contratantes concordem com a mesma leitura da Convenção¹¹⁹⁰.

Como mostrado acima, hoje não se pode argumentar que os pais fundadores não queriam que isso acontecesse e que os Estados estavam presos a compromissos

1187 *Demir e Baykara c. Turquia* [GC], no. 34503/97, §§ 146-54, ECHR 2008-VI. Em § 78 o Tribunal recordou, com notável clareza, que “na busca de denominadores comuns entre as normas do direito internacional, nunca distinguiu as fontes do direito de acordo com o que quer tenham ou não sido assinados e ratificados pelo Governo inquirido”. Outro recurso notável deste julgamento é que o Tribunal às vezes se refere ao estado do direito nacional na “grande maioria” dos Estados (§§ 76, 79) e, em outras ocasiões, ao Estado de Direito em “Maioria” dos Estados (§§ 82, 85, 106, 165). No parágrafo 151, ele se refere a ambos! Isso mostra claramente que o Tribunal não atribui grande importância ao peso numérico da maioria relevante para construir um consenso europeu, mas admite que tal a maioria pode ser fraca se for articulada com outras fontes de direito internacional.

1188 A primeira decisão em que o Tribunal citou uma recomendação de política geral da ECRI foi *Beard v. Reino Unido* [GC], no. 24882/94, § 70, 18 de janeiro de 2001. A fonte citada foi a Recomendação n. 3: A luta contra o racismo e a intolerância para com de Roma / Ciganos.

1189 A primeira decisão em que o Tribunal citou um documento da Comissão de Veneza foi *Hirst c. Reino Unido* (No. 2), no. 74025/01, § 24, 30 de março de 2004. A fonte citada foi o Código de boas práticas em matéria eleitoral, adotado pela Comissão de Veneza em ocasião da 51ª sessão plenária (5-6 de julho de 2002).

1190 O recurso do Tribunal a esta expressão assim conotada tem um grande valor simbólico, histórica e filosoficamente (volunté générale) na versão francesa da frase *Demir e Baykara*, cit., § 84.

com com os quais não consentiram¹¹⁹¹. O agora desgastado argumento da falta de consentimento do Estado é por vezes acompanhado, do outro lado da moeda, pela crítica igualmente antiquada à falta de legitimidade política do Tribunal para interpretar a Convenção de uma forma inovadora, muito menos criar a lei¹¹⁹², utilizando a *soft law* para atrair os órgãos legislativos competentes em detrimento dos princípios da democracia, do primado do direito e da subsidiariedade¹¹⁹³. Por trás desses discursos há quase sempre o leitmotiv *in dubio pro mitius* soberano.

21. O preâmbulo coloca a Convenção no contexto dos objetivos gerais do Conselho da Europa com o objetivo de criar uma “maior unidade” entre os Estados membros com base em “um entendimento e observância comuns dos direitos humanos dos quais dependem”. A linguagem do Estatuto do Conselho da Europa refere-se não só a uma “união mais estreita entre todos os países europeus com a mesma visão”, mas também a uma “organização que une os Estados europeus numa associação mais estreita”. O primeiro Artigo do Estatuto afirma que o objetivo do Conselho é “alcançar uma maior unidade entre seus membros, a fim de salvaguardar e promover os ideais e princípios que são seu patrimônio comum e para facilitar seu progresso econômico e social”. O Estatuto afirma expressamente que a realização desses ideais e princípios justifica “acordos e ações comuns” em todos os aspectos relevantes da vida social (econômico, social, cultural, científico, jurídico e administrativo) e “a salvaguarda e o desenvolvimento dos direitos do ‘homem e liberdades fundamentais’”. A primazia dos direitos humanos em todos os campos do governo não poderia ter sido mais bem proclamada. O princípio *in dubio pro persona* não poderia ter encontrado melhor formulação. O progresso econômico e social está, portanto, intimamente ligado ao dos direitos humanos: são as duas faces da mesma moeda.

22. Se for este o caso, a interpretação evolucionista, o consenso europeu e o endurecimento da *soft law* representam os três pilares da ordem jurídica europeia em que o consentimento do Estado é relevante. Fundado desde o início sobre estes pilares e animado pela procura comum do “progresso econômico e social”, o ordenamento jurídico do Conselho da Europa já não pode ser equiparado ao tradicional acordo internacional de oposição ao egoísmo. A soberania já não é um dado absoluto, como na era de Westfalen, mas parte integrante de uma comunidade ao serviço dos direitos humanos¹¹⁹⁴.

1191 Cfr. supra, nota 13.

1192 Veja minha opinião anexada ao julgamento do Center for Legal Resources sobre esta crítica em nome de Valentin Câmpeanu, cit.

1193 É interessante notar que uma crítica semelhante foi feita pelo Parlamento Europeu o uso de *soft law* pela Comissão, que acusou de atuar *ultra vires* e de estender os poderes do sindicato em detrimento do princípio da competência de atribuição (Resolução do Parlamento Europeu de 4 de setembro de 2007 sobre as implicações jurídicas e utilização institucional de instrumentos jurídicos não vinculativos (*soft law*) (2007/2028 (INI)).

1194 Sobre este ponto, veja minha opinião anexada ao julgamento Sargsyan, cit.

Neste contexto, só se pode interpretar a Convenção à luz de “acordos” formalmente vinculativos (tratados)¹¹⁹⁵ e a imensa quantidade de “ações comuns” formalmente não vinculativas implementadas pelos órgãos políticos e técnicos do Conselho da Europa¹¹⁹⁶, como as recomendações, orientações e declarações do Comité de Ministros¹¹⁹⁷. Além disso, a Convenção em si exige a adoção de uma abordagem aberta ao direito internacional e *soft law*, porque se inspira na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como lembra o preâmbulo, e permanece aberta a outros instrumentos jurídicos, nacionais e internacionais, quando oferecem melhor proteção ao ser humano direitos (Artigo 53 da Convenção). Em suma, essa latitude interpretativa é ditada pela letra, pela natureza e pelos objetivos da própria Convenção.

IV. *Soft law* e a norma de reconhecimento do Conselho da Europa (§§ 23-33)

A. *A norma de reconhecimento de uma comunidade internacional democrática (§§ 23-26)*

23. No direito europeu dos direitos humanos, uma teoria ainda prevalece nas fontes formais de lei. Com base na doutrina enunciada pela Corte Internacional de Justiça na Plataforma Continental do Mar do Norte e nas Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua x Estados Unidos da América)¹¹⁹⁸, a Corte aceita que uma disposição do tratado pode se tornar lei consuetudinária se a as seguintes condições de aplicação: a disposição em questão é de natureza fundamentalmente normativa, pelo que pode ser considerada a base de uma norma jurídica geral; existe uma prática estatal correspondente estabelecida e evidência de uma opinião de que essa prática é prescrita por uma regra geral em vigor (*opinio juris sive necessitatis*)¹¹⁹⁹. O Tribunal também se pro-

1195 Existem dois tipos de tratados celebrados sob a égide do Conselho da Europa: os tratados de harmonização, que visa harmonizar as leis nacionais e os tratados de cooperação, que visam facilitar e desenvolver a cooperação entre os órgãos nacionais de aplicação da lei (ver Bartsch, “A Implementação dos Tratados Concluídos no Conselho da Europa”, em Jacobs e Roberts (eds), *The Effect of Treaties in Domestic Law*, 1987, p. 197; “A especificidade e o valor acrescentado do acervo da lei dos tratados do Conselho da Europa”, documento do trabalho preparado por Jeremy McBride, *AS / Jur* (2009) 40, 17 de setembro de 2009).

1196 Como a própria Corte relembra no *Soltysiyak c. Rússia*, não. 4663/05, § 51, 10 fevereiro de 2011: “sua abordagem constante é considerar ferramentas e eu relações internacionais relevantes, em particular as dos outros órgãos do Conselho da Europa, para interpretar as garantias da Convenção e determinar se há um padrão europeu comum neste domínio”.

1197 Sobre a lei do Conselho da Europa, ver Kleijssen, “Definição de padrões do Conselho da Europa no campo dos direitos humanos”, in *NJCM-Bulletin*: jaarg. 35, n. 7 (novembro-dezembro de 2010), pp. 897-904; Benoit-Rohmer e Klebes, *Council of Europe Law - Rumo a um espaço jurídico pan-europeu*, Estrasburgo, Conselho da Europa, 2005; Polakiewicz, *Elaboração de tratados no Conselho da Europa*.

Estrasburgo, Conselho da Europa, 1999. Como escreve Kleijssen, os instrumentos de *soft law* do Conselho da Europa “são geralmente adotados por todos os estados membros e, portanto, representam uma posição europeia comum referindo-se a princípios juridicamente vinculativos (como a jurisprudência do Tribunal)”. Portanto, “a relação entre a jurisprudência do tribunal e os outros princípios do Conselho da Europa não são circulares, mas podem ser descritos como uma espiral, senão uma simbiose”.

1198 Plataforma Continental do Mar do Norte, julgamento, ICJ Reports 1969, pp. 41-44, §§ 71-78 e Militar e Atividades Paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua x Estados Unidos da América), Mérito, julgamento, ICJ Reports 1986, p. 98, § 186.

1199 Sobre a teoria formal das fontes do direito utilizada pelo Tribunal, cf. *Vasiliasuskas c. Lituânia* [GC], não. 35343/05, §§ 165-75, ECHR 2015; *Perinçek c. Suíça* [GC], no. 27510/08, §§ 266-68, ECHR 2015; Jones e outros c. Reino Unido, nos. 34356/06

nunciou sobre a existência de regras obrigatórias de direito internacional, como a proibição de tortura¹²⁰⁰ ou genocídio¹²⁰¹.

No entanto, como foi demonstrado, não há distinção binária impermeável entre *hard law* e *soft law*, porque o direito europeu dos direitos humanos evoluiu por meio de uma rica panóplia de fontes que nem todas têm necessariamente as características formais clássicas de *hard law* internacional¹²⁰². O “desenvolvimento dos direitos humanos” requer um certo grau de deformalização, o que não significa abandonar a teoria formal das fontes do direito. Na realidade, em Estrasburgo, nunca houve o monopólio do formalismo na avaliação do direito internacional.

24. No entanto, a deformalização inerente do direito europeu dos direitos humanos não é sinónimo de dissolução niilista da legalidade, e por uma razão muito fundamental. No ordenamento jurídico do Conselho da Europa, o consenso do Estado enquadra-se no contexto de uma perspectiva cosmopolita da universalidade dos direitos humanos e de uma compreensão dialógica do património comum de valores das sociedades europeias.

25. No Conselho da Europa, a regra de reconhecimento não é mais um centrado no estado, estritamente centrado no estado, mecanismo de criação normativo do tipo *Lotus*¹²⁰³ bilateral, exclusivamente voluntário, de cima para baixo, mas de democrático, centrado no indivíduo, amplamente multilateral, deliberadamente consensual, ascendente, envolvendo estados europeus e outros atores europeu não estatal e não europeu. Afastando-se de um antigo *jus intergentes*, a

e 40528/06, §§ 88-94 e 202-215, ECHR 2014; Hirsi Jamaa e outros c. Itália [GC], no. 27765/09, § 75, ECHR 2012; Van Anraat c. Holanda (dez.), No. 65389/09, §§ 90-92, 6 de julho de 2010; Kononov c. Letônia [GC], não. 36376/04, §§ 203, 211, 215 e 221, ECHR 2010, e a opinião divergente do juiz Costa se juntou aos juízes Kalaydjieva e Poalelungi; Medvedev e outros c. França [GC], não. 3394/03, §§ 65, 85 e 92, ECHR 2010; Cudak c. Lituânia [GC], no. 15869/02, § 66, ECHR 2010; Stoll c. Suíça [GC], no. 69698/01, § 59, ECHR 2007-V; Al - Adsani c. Reino Unido [GC], no. 35763/97, §§ 61-66, ECHR 2001-XI; e Banković e outros c. Bélgica e outros (dez.) [GC], não. 52207/99, § 66, ECHR 2001-XII. Em Jones et al., Cit., § 198, o Tribunal considerou que jurisprudência do IGC “uma autoridade em relação ao conteúdo do direito internacional Costumeyro”. Alguns autores acreditam que a jurisprudência do IGC implica uma aceleração do processo de formação do hábito que poderia tornar *soft law* é inútil, mas a jurisprudência do Tribunal não confirma este ponto de vista.

1200 Al-Adsani, cit., § 61.

1201 *Jorgić c. Alemanha*, n. 74613/01, § 68, ECHR 2007-III.

1202 A tipologia dessas fontes é imensamente rica. Eles incluem acordos internacionais não convencionais, como a Ata Final de Helsinque (ver, por exemplo, *Liberdade e Democracia Parte (ÖZDEP) c. Trúchia*, não. 23885/94, § 40, 8 de dezembro de 1999); tratados não ratificados pelo Estado respondente (ver por exemplo *Marckx*, cit.); as declarações das organizações internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e outras declarações da Assembleia Geral das Nações Unidas (ver, por exemplo, *K.-H. W. C. Germany [GC]*, n. 37201/97, § 95, ECHR 2001-II); resoluções e recomendações de organizações internacionais, como os da Assembleia Parlamentar e do Comitê de Ministros do Conselho da Europa (ver por exemplo *Mosley c. Reino Unido*, no. 48009/08, §§ 87, 119 e 124, 10 de maio de 2011); observações gerais de organizações internacionais, como aquelas adotado por órgãos de tratados das Nações Unidas (ver, por exemplo, *Bayatyan c. Armênia [GC]*, não. 23459/03, § 105, ECHR 2011); os códigos de conduta e diretrizes das organizações internacionais, como os da Organização Mundial de Saúde (ver por exemplo *Oluic c. Croácia*, não. 61260/08, § 60, 20 de maio de 2010); os comentários e estudos preparados por ONGs como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Estudo sobre Direito Consuetudinário ajuda humanitária e seus comentários sobre as Convenções de Genebra (ver por exemplo *Korbely c. Hungria*, não. 9174/02, §§ 50, 51 e 90, ECHR 2008); e as relações de indivíduos assim pelo Secretário-Geral das Nações Unidas (Korbely, cit., § 90). Esta última frase é notável também pela importância atribuída à doutrina nos parágrafos 82 e 87.

1203 “*Lotus*”, julgamento, 1927, PCIJ, série A, no. 10, pág. 18: “As normas jurídicas que vinculam Os Estados procedem, portanto, do livre arbítrio destes últimos”.

ordem jurídica do Conselho da Europa tornou-se *real jus gentium* fundado em um sistema de criação de direito internacional participativo e responsável em muitos níveis, o que não é reservado aos estados¹²⁰⁴.

O cosmopolitismo obriga a ordem do Conselho da Europa no mundo, bem como o diálogo com os sistemas jurídicos nacionais europeus, em particular com os principais tribunais nacionais, vincula-o aos valores da sociedade europeia. Uma vez que o ordenamento jurídico do Conselho da Europa já cumpre os critérios democráticos, a sua norma de reconhecimento não está ligada a processos democráticos de tomada de decisão a nível nacional. A *soft law*, que não necessita de ratificação nacional formal, não escapa de forma alguma ao controle democrático dentro do Conselho da Europa, exercido pelo Comitê de Ministros, pela Assembleia Parlamentar e, em última instância, pelo Tribunal como fiador político legitimado pela Convenção (Artigos 19 e 22 da Convenção). Além disso, o envolvimento de Estados e de atores não-estatais básicos no exercício do poder de legislar não só atesta o valor do princípio da subsidiariedade, mas fortalece a natureza democrática do processo e a correspondência com o povo europeu do sistema internacional de formulação de políticas públicas.

Por outras palavras, a ordem jurídica europeia existe para além da soberania dos Estados, do bilateralismo e da oponibilidade. Numa época em que o Estado não é o único sujeito possível capaz de criar o direito internacional, uma teoria do Estado voluntarista das fontes do direito dá lugar a uma teoria da normatividade democrática internacional e baseada na comunidade.

26. A evidentemente maior complexidade desta regra de reconhecimento não deve ser confundida com um fator de maior insegurança jurídica com a consequência de diminuir ou eliminar totalmente o valor do primado do direito. Não há correlação necessária entre complexidade e incerteza jurídica. O grau de segurança jurídica depende mais da substância do discurso jurídico¹²⁰⁵. No mundo do direito internacional descentralizado e deformalizado, a segurança jurídica é mais uma questão de substância do que de forma e procedimento, e certamente não é mais uma questão de intenção ou não os titulares dos dados são transparentes. A pedra angular da segurança jurídica não é nem a forma que contém a regra, nem o procedimento pelo qual ela é criada, mas, sem dúvida, o conteúdo da regra. Ainda mais numa ordem constitucional como a do Conselho

1204 Esta tese não é nova (ver, sobre o papel de outros sujeitos de direito internacional, Reparação de lesões sofridas a serviço das Nações Unidas, Opinião Consultiva, CIJ Relatórios 1949, p. 178, bem como Lauterpacht, “Os Assuntos de Direito Internacional”, em Lauterpacht (editado por), Direito Internacional, The Collected Papers of Hersch Lauterpacht, Volume I: The General Works, Cambridge, CUP, 1970, § 48).

1205 Sobre este ponto, veja meu parecer anexado ao julgamento do Center for Legal Resources em nome de Valentin Câmpeanu, cit., e sua mensagem principal: o discurso jurídico, e em particular o discurso judicial, não é uma ferramenta funcional da Realpolitik a interesse. Esta opinião sobre as fontes do direito deve ser lida à luz do reflexões que fiz no acórdão Câmpeanu sobre a argumentação jurídica.

da Europa, em que a norma de reconhecimento não é neutra e não avaliativa, mas substantiva e de valores.

B. O firme compromisso de endurecer a soft law (§§ 27-30)

27. No continuum entre a *hard law* e a *soft law*, vários fatores podem endurecer o texto. Como um *dégradé* normativo¹²⁰⁶, a normatividade gradual do texto aumenta em proporção à presença desses fatores e diminui em sua ausência¹²⁰⁷. Nessa lógica gradualista, em última análise, cabe ao Tribunal decidir “quanto peso” atribuir a eles. Fatores de endurecimento da *soft law*¹²⁰⁸.

28. A *soft law* europeia dos direitos humanos pode ser endurecida por certos fatores relacionados ao processo ou à criação ou aplicação de normas. Eles são “tijolos da parede da normatividade”¹²⁰⁹.

Em primeiro lugar, a linguagem prescritiva adotada em um texto ou a rubrica do instrumento é indicativa de sua natureza normativa. Um texto com linguagem ou rubrica prescritiva deve ser lido, em geral, como um texto que estabelece princípios e vai além de um simples enunciado ou um enunciado puramente programático.

Em segundo lugar, o grau de exatidão linguística e precisão do conteúdo do texto é uma indicação clara de sua natureza normativa. Quanto mais exata a terminologia do texto e mais preciso seu conteúdo, mais forte é sua pretensão normativa¹²¹⁰. Uma descrição extensa e detalhada da matéria regulamentada fala a favor de uma lei rígida que não deixa espaço para áreas cinzentas.

Terceiro, a existência de trabalhos preparatórios, relatórios e comentários explicativos, com uma ampla discussão das razões e consequências das escolhas políticas, aumenta a densidade normativa do texto.

Em quarto lugar, a complexidade do procedimento deliberativo, incluindo o tipo de voto, é outro fator de endurecimento¹²¹¹. A aceitação generalizada do texto tende a legitimar sua reivindicação normativa.

1206 Pellet, “Le ‘bon droit’ et l’ivraie - plaidoyer pour l’ivraie”, em *Mélanges offerts à Charles Chaumont, Le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes. Méthodes d’analyse du droit international* (1984), p. 488.

1207 A ideia de uma normatividade gradual no direito internacional foi reconhecida tanto no direito internacional geral (ver as disposições sobre *jus cogens* da Convenção de Viena sobre a lei dos tratados, artigos 53 e 64) e na mesma Convenção, art. 15

1208 *Tanase c. Moldova* [GC], n. 7/08, § 176, ECHR 2010.

1209 A expressão é da Klabbbers, “Reflexões sobre o Soft International Law em um Privatizado World”, no *Anuário Finlandês de Direito Internacional*, volume XVI (2005), p. 322.

1210 Isso é verdadeiro para algumas disposições de leis pesadas, como disposições de tratados de natureza programática relativa à obrigação de agir “com o máximo de recursos disponíveis” para a plena realização dos direitos econômicos e sociais (ver minha opinião separada anexo ao acórdão *Konstantin Markin c. Rússia* [GC], no. 30078/06, ECHR 2012), ou a obrigação de cooperar de boa-fé ou de se consultar (*Interpretação do Acordo de 25 março de 1951 entre a OMS e o Egito*, parecer consultivo, ICJ Reports 1980, p. 95, § 48).

1211 *Plataforma Continental do Mar Egeu*, julgamento, ICJ Reports 1978, p. 39, § 96, e *Delimitação Marítima e Questões Territoriais entre Qatar e Bahrein*, Jurisdição e Admissibilidade, julgamento, ICJ Reports 1994, p. 121, § 23: para estabelecer

Em quinto lugar, a ampla publicidade do texto regulamentar visa garantir a sua conscientização geral e o efetivo cumprimento por parte dos destinatários.

Em sexto lugar, a delegação da autoridade para resolver conflitos e interpretar a um terceiro órgão e a existência de mecanismos de monitoramento reforçam a obrigação de cumprir¹²¹². O não cumprimento pode ter não apenas um custo político e de reputação, mas outras consequências negativas, como a obrigação de justificar ou mesmo alterar o comportamento desviante e fornecer soluções¹²¹³. Os mecanismos de notificação aumentam a força contrafactual do texto legal.

Sétimo e último, a prática subsequente que confirma ou desenvolve os princípios estabelecidos no texto fortalece a função normativa do texto¹²¹⁴. Antes mesmo de atingir o ponto de cristalização do direito consuetudinário, a repetição do *soft law* pelo mesmo ou por diferentes autoridades públicas endurece sua pretensão normativa¹²¹⁵. Mesmo que a mera acumulação de instrumentos não jurídicos não possa criar o direito internacional em si, o surgimento de uma *opinio juris*, se acompanhada de outros fatores de endurecimento, pode transformá-la em lei, fazendo-a subir na escala de normatividade internacional, integrando-a assim na ordem regulamentar vinculativa do Conselho da Europa.

29. O Tribunal examina estes fatores de endurecimento *ex officio*, mesmo quando as partes não os deduziram ou quando ocorreram depois dos factos impugnados¹²¹⁶. É também significativo que, aos olhos do Tribunal, não sejam um

se um acordo internacional foi concluído “o Tribunal deve levar em consideração, em primeiro lugar, os termos usados e as circunstâncias detalhadas em que foi processado”.

1212 Kleijssen, cit., p. 899: “essas ferramentas devem fornecer um mecanismo de acompanhamento em que o Comitê de Ministros pode solicitar aos Estados membros que informem sobre as medidas tomadas para implementar esta recomendação. Este mecanismo foi usado em todos eles as recomendações mais recentes do Conselho da Europa no domínio dos direitos humanos, a fim de garantir que essas ferramentas se tornem uma fonte de referência concreta para a ação em Estados membros”. Na realidade, continua ele, “o primeiro ponto a sublinhar é que o Conselho da Europa já gasta muito mais recursos no monitoramento dos direitos humanos do que em o de estabelecer os princípios, que reflete a alta prioridade dada ao monitoramento e para a implementação dos princípios”. Sobre o impacto desses mecanismos de supervisão, incluindo o CPT, sobre os Estados-Membros cf. “Impacto prático dos mecanismos de monitoramento do Conselho da Europa na melhoria do respeito pelos direitos humanos e pelo Estado de Direito nos Estados-Membros”, Direção Geral de Direitos Humanos e Assuntos Jurídicos do Conselho da Europa, 2014, pp. 16-56, e em particular pp. 32-35; Benoît-Rohmer, “Mécanismes de supervisão des engagements des États membres et autorité du Conseil de l’Europe”, em Haller et al., *Law in Grande Europa*, 2000; de Vel e Markert, “Importância e fraquezas do Conselho da Europa Convenções e das Recomendações dirigidas pelo Comitê de Ministros aos estados membros”, in Haller et al., cit. Mecanismos de supervisão que não são estabelecidos por um tratado são baseados, pelo menos em parte, em princípios convencionais, como os da Convenção a obrigação mais geral decorrente do art. 3 do Estatuto do Conselho da Europa (McBride, cit., § 54).

1213 Essas obrigações também foram reconhecidas por compromissos puramente políticos. Na resolução de 29 de agosto de 1983 sobre os textos internacionais com relevância jurídica nas relações recíproco entre seus autores e os textos que não o possuem, o Instituto de Direito Internacional concluiu que “[a] violação de um compromisso puramente político legítima o partido a ele é a vítima que recorre a todos os meios ao seu alcance para rescindir ou ser indenizada qualquer consequência prejudicial ou inconveniente, visto que esses meios não são proibidos pelo lei internacional”. *A fortiori*, pode-se buscar indenização pelos danos causados pela violação de *soft law*.

1214 Isso não significa que a lei existe apenas na medida em que é respeitada. Uma abordagem apurar a lei com base em seu impacto é muito rígido: coloca o vagão na frente para os bois.

1215 Cfr. Demir e Baykara, cit., §§ 48-52, e Bayatyan c. Armenia, cit., §§ 46-49, e contra Stummer c. Austria [GC], n. 37452/02, §§ 105-106, ECHR 2011.

1216 Tanto o juiz Zagrebelsky no parecer anexado ao julgamento de Demir e Baykara, cit., E O juiz Gyulumyan, no parecer anexado ao julgamento Bayatyan, cit., enfatizou que os instrumentos de *soft law* usados pela maioria foram produzidos após os fatos.

factum para ser considerado uma simples realidade sociológica, mas uma fonte de jura sujeita ao princípio *jura novit curia*.

30. Uma vez reforçada por um ou mais dos fatores anteriores, a *soft law* produz os mesmos efeitos jurídicos que a *hard law*, mesmo na ausência de seus requisitos formais e procedimentais. A *soft law* endurecida está de acordo com a lei internacional vinculativa. Em primeiro lugar, tem um efeito que permite que um Estado agindo de acordo com ele não cometa um crime internacional e possa invocá-lo perante um tribunal ou árbitro. Em segundo lugar, impõe um constrangimento imperativo cuja violação constitui um crime internacional. Em terceiro lugar, tem o efeito de revogar as normas jurídicas contrárias. Quarto, não pode ser suavizado novamente. Depois de passar o limiar da *hard law*, não é mais possível voltar atrás. O abrandamento da *soft law* encontra um limite na força constitucional da Convenção e de seus protocolos. Vou agora desenvolver este último argumento.

C. A proibição constitucional de suavizar a hard law (§§ 31-33)

31. Há uma restrição importante ao reconhecimento do papel da *soft law* no direito europeu dos direitos humanos. Para evitar dúvidas: todo o direito europeu dos direitos humanos, tal como estabelecido pela Convenção e pelos protocolos adicionais, é uma lei rígida e a autoridade para a interpretar é delegada a um terceiro órgão independente, o Tribunal. Esta é uma verdadeira lei dura, que não cede graciosamente a demandas políticas mais elevadas, independentemente do tamanho da maioria que o exige, e até prevalece sobre a lei constitucional contrária dos estados membros do Conselho da Europa¹²¹⁷.

32. Sem dúvida, a constitucionalização da ordem jurídica europeia coloca uma proibição absoluta de suavizar a lei. A legislação europeia em matéria de direitos humanos não pode ser atenuada. Suavizar a legislação internacional existente seria equivalente a contornar as obrigações internacionais vinculativas. Isso constituiria obviamente uma violação fraudulenta do direito internacional, contrária aos objetivos da Convenção e aos objetivos do Conselho da Europa. Na implementação da Convenção e dos acórdãos do Tribunal, como qualquer outro acordo ou ação conjunta, os Estados Membros têm a obrigação vinculativa de “colaborar sincera e laboriosamente na prossecução do objetivo” do Conselho, conforme estabelecido no Artigo 3 do Estatuto do Conselho da Europa. Caso não cumpra com as obrigações do Artigo 3 um Estado membro pode ser suspenso dos seus direitos de representação e o Comité de Ministros pode pedir-lhe que

1217 Veja a opinião separada minha e do juiz Dedov anexada ao *Baka c. Hungria* [GC], não. 20261/12, 23 de junho de 2016, e minha opinião separada anexada ao acórdão *Fabris c. França* [GC], no. 16574/08, ECHR 2013.

se retire do Conselho nos termos do Artigo 7º do Estatuto; se o Estado não acatar esse pedido, o Comitê poderá decidir que deixou de ser membro do Conselho a partir da data por ele fixada.

33. Portanto, a *soft law* não deve ser o veículo para considerações políticas destinadas a diluir ou minar a força judicial dos deveres existentes. Na prática, a distinção conceitual entre lei obrigatória e lei não obrigatória ainda se mantém. No direito europeu dos direitos humanos, a fronteira entre a lei e a não-lei é cristalina ao evitar que uma norma vinculativa seja transferida de *hard law* para *soft law*. O limite é incerto apenas no que diz respeito à promoção de uma *soft law* em *hard law*. Resumindo, a relação entre *hard law* e *soft law* no direito europeu dos direitos humanos é uma rua de mão única: onde existe *hard law*, *soft law* pode enriquecê-la, mas não enfraquecê-la. Se a *soft law* enfraquecesse a *hard law* existente, ela seria fraudulenta, uma violação do limite regulatório europeu dos direitos humanos e, portanto, um fenômeno patológico da normatividade internacional. A *soft law* é uma forma de desenvolver e não de regredir o direito europeu. Onde não há *hard law*, evidentemente não há relação entre os dois polos e *soft law* por si só pode promover sua reivindicação normativa de acordo com os fatores de endurecimento relevantes que propõe.

SEGUNDA PARTE (§§ 34-59)

V. O endurecimento do direito penitenciário (§§ 34-42)

A. No mundo (§§ 34-38)

34. Nenhum organismo e nenhuma organização internacional fez tanto pelo desenvolvimento do direito penitenciário, bem como do Conselho da Europa e, em particular, seu Comitê de Ministros e seu Comitê para a Prevenção da Tortura. Composto por especialistas independentes altamente qualificados, o Comitê tem a tarefa de implementar os princípios do direito penitenciário em todos os locais de detenção na Europa e em outros lugares sob a jurisdição de um estado membro do Conselho da Europa¹²¹⁸. As resoluções e recomendações do Comitê de Os Ministros, Relatórios Gerais e Normas do CPT¹²¹⁹ são fontes notáveis da *soft law* do Conselho da Europa neste campo. Sua linguagem é, sem dúvida, prescritiva (“padrão”, “regras”) e tecnicamente rigorosa. Seu conteúdo é

1218 O CPT foi estabelecido no âmbito da Convenção Europeia para a Prevenção de tortura e penas ou tratamentos desumanos ou degradantes (a Convenção CPT), celebrados vigor em 1989. Esta convenção foi ratificada pelos 47 estados membros do Conselho da Europa.

1219 O CPT elabora um relatório geral de atividades, publicado uma vez por ano. Em vários relatórios, ele descreveu algumas das questões substantivas que examina durante visitas a locais de privação de liberdade. Desta forma, fornece antecipadamente às autoridades nacionais uma indicação clara de sua opinião sobre como deveriam ser tratar as pessoas privadas de liberdade. As seções desses relatórios elaborados até o momento dizem respeito custódia policial, detenção, treinamento de pessoal policial, cuidados de saúde na prisão, estrangeiros restritos pelas leis de imigração, internamento forçado em instituições psiquiátricas, mulheres e menores privados de liberdade. eu sou foram reunidos em um documento intitulado “Regras do CPT”.

excelente em precisão. Normalmente, os relatórios ou comentários explicativos enriquecem o conteúdo normativo das regras estabelecidas no texto. O trabalho preparatório dos especialistas fornece uma visão multidisciplinar das questões relevantes e fornece uma base sólida para as escolhas políticas feitas por unanimidade por todos os envolvidos. A ampla disseminação dessas normas promove seu cumprimento efetivo pelos estados membros do Conselho da Europa. Não se trata de normas virtuais, de *lege ferenda* ou *in fieri*, mas de verdadeiros instrumentos normativos que “orientam os enfoques a seguir na interpretação” da Convenção¹²²⁰.

35. A própria Corte afirmou reiteradamente que, apesar de sua natureza estrita, não são vinculantes, atribui “considerável importância” ou “grande peso” a esses instrumentos regulatórios “que o tribunal regularmente leva em consideração no exame de casos de maus-tratos”¹²²¹. Fê-lo com referência, entre muitos outros, à Resolução (73) 5 do Comitê de Ministros¹²²², Resolução 76 (2) do Comitê de Ministros sobre o tratamento de prisioneiros condenados a penas longas, Recomendação no. R (87) 3 sobre RPE (revisado e atualizado pela Recomendação Rec (2006) 2)¹²²³, a Recomendação no. R (98) 7 do Comitê de Ministros aos Estados membros sobre os aspectos éticos e organizacionais dos cuidados médicos na prisão, Recomendação Rec (99) 4 sobre os princípios de proteção legal de adultos incapacitados, Recomendação 2003 (23) sobre a gestão pela administração penitenciária de reclusos condenados à prisão perpétua ou longas penas de prisão e à Resolução 2010 (2014) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre “Justiça penal juvenil adequada para crianças: da retórica à realidade”¹²²⁴.

36. No § § § 113 e 141 da frase, a maioria parte dessa perspectiva. Ele não acredita mais que as normas do CPT tenham “considerável importância”

1220 Ver, *mutatis mutandis*, Manole e outros c. Moldávia, não. 13936/02, §§ 102, 107, ECHR 2009.

1221 Veja Meier c. Suíça, não. 10109/14 § 78, 9 de fevereiro de 2016: “importância considerável”; *Harakchiev e Tolumov c. Bulgária*, nos. 15018/11 e 61199/12, §§ 204 e 264, ECHR 2014 (trechos): “considerável importância”, que também se refere ao décimo primeiro e vigésimo primeiro relatório geral do CPT; *Slawomir Musiał c. Polónia*, não. 28300/06, § 96, 20 de janeiro 2009: “a importância dessas recomendações”; *Dybeku c. Albânia*, não. 41153/06, § 48, 18 dezembro de 2007: “importância desta recomendação”; *Rivière c. França*, não. 33834/03, § 72, 11 de julho de 2006: “grande peso”; *Shtukaturov c. Rússia*, não. 44009/05, § 95, 27 de março de 2008: “Mesmo que esses princípios não tenham força de lei para o Tribunal, eles podem nos permitir definir uma norma europeia comum nesta área”; *Volkan Özdemir c. Turquia*, não. 29105/03, § 39, de 20 de outubro de 2009: “que o Tribunal regularmente leva em conta”.

1222 Na frase fundamental *S. c. Suíça*, não. 12629/87, § 48, 28 de novembro de 1991, o tribunal decidiu que o direito do acusado de se comunicar com seu advogado sem ser ouvido de um terceiro faz parte dos pré-requisitos básicos para um julgamento justo em uma empresa democrático e deriva do art. 6 § 3 c) da Convenção. Para chegar a esta conclusão o Tribunal se baseia no art. 93 das Regras Mínimas para o tratamento de prisioneiros em anexo à Resolução (73) 5 do Comitê de Ministros, que afirma este direito.

1223 Veja Aeneas c. Itália [GC], no. 74912/01, § 101, TEDH 2009: “Embora esta recomendação não é juridicamente vinculativo para os Estados-Membros, a grande maioria deles reconhece aos presos a maioria dos direitos a que se refere e prevê meios de recurso contra medidas restritivas”.

1224 Além disso, o Tribunal usa os relatórios nacionais do CPT como fontes confiáveis e imparciais de informações factuais sobre a situação nas prisões e centros de detenção a partir de sentenças *Amuur c. França* (1977/692, § 28, 25 de junho de 1996) e *Aerts c. Bélgica* (30 de julho de 1998, § 42, Relatórios de Julgamentos e Decisões 1998 - V). Embora o CPT não seja um órgão de investigação, seus relatórios são elementos importantes para descrever a situação *in loco* nos estados Europeus.

ou “grande peso”, mas apenas afirma que o Tribunal “permanece atento” a essas normas. Na verdade, a maioria diminui a importância do trabalho do CPT. Este é um passo para tráslamentável na protecção de detidos e outras pessoas detidas na Europa. Mas isso não é tudo.

37. A escolha legislativa do Comité de Ministros deve ser vista no contexto do endurecimento da *soft law* penitenciária na Europa e no mundo, ponto que a maioria não teve em consideração.

Globalmente, tem havido um esforço contínuo das Nações Unidas e de outros órgãos e organizações internacionais para estender o escopo e fortalecer a exatidão das Regras Mínimas sobre Tratamento de Prisioneiros de 1957, especialmente com a aprovação das Regras Mínimas sobre Tratamento de Prisioneiros. ‘Administração da Justiça Juvenil (Regras de Pequim) de 1985¹²²⁵, o Corpo de Princípios de 1988 para a Protecção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Restrição¹²²⁶, as Regras das Nações Unidas para a Protecção de Crianças Privadas de Liberdade (Regras de Havana) de 1990¹²²⁷, as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riade) de 1990¹²²⁸, a Declaração de Istambul sobre o Uso e os Efeitos do Isolamento da Prisão de 2007¹²²⁹, as Regras das Nações Unidas Relativas ao Tratamento das Mulheres em Detenção e medidas não privativas de liberdade para infratores do sexo feminino (Regras de Bangkok) de 2010¹²³⁰, e mais do que recente a nova versão muito mais detalhada das Regras Mínimas (Regras de Mandela de 2015)¹²³¹.

Em 10 de dezembro de 1984, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desu-

1225 Aprovado pela Assembleia Geral com a Resolução 40/33 de 29 de novembro de 1985. Tribunal os menciona pela primeira vez na sentença V. c. Reino Unido, no. 24888/94, § 73, 16 de dezembro 1999: “Art. 4 das Regras de Pequim que, embora não sejam juridicamente vinculativas, pode dar uma indicação da existência de um consenso internacional, não específico a idade da responsabilidade criminal, mas simplesmente convida os estados a não irem muito longe baixo”. Aprovado pela Assembleia Geral com a Resolução 40/33 de 29 de novembro de 1985. Tribunal os menciona pela primeira vez na sentença V. c. Reino Unido, no. 24888/94, § 73, 16 de dezembro 1999: “Art. 4 das Regras de Pequim que, embora não sejam juridicamente vinculativas, pode dar uma indicação da existência de um consenso internacional, não específico a idade da responsabilidade criminal, mas simplesmente convida os estados a não irem muito longe baixo”.

1226 Adotada pela Assembleia Geral com a Resolução 43/173 de 9 de dezembro de 1988. Tribunal citou esses princípios pela primeira vez em *Brannigan e McBride c. Reino Unido*, não. 14553/89, § 61, 26 de maio de 1993.

1227 Adotado pela Assembleia Geral com a Resolução 45/113 de 14 de dezembro de 1990. Citado pela primeira vez pelo Tribunal no processo *Blokhin c. Rússia* [GC], no. 47152/06, § 87, de 23 de março de 2016. A primeira referência a essas regras foi feita em parecer separado anexo ao acórdão *Ertuş c. Turquia*, não. 37871/08, 5 de novembro de 2013.

1228 Aprovado com a Resolução 45/112 de 14 de dezembro de 1990 e citado pelo Tribunal em Julgamento de *Blokhin*, cit., § 88. A primeira referência a esses princípios foi feita em uma opinião separada anexada ao acórdão *Ertuş*, cit.

1229 Adotado por um grupo de trabalho de 24 especialistas internacionais em 9 de dezembro de 2007 e anexado ao Relatório de Atividades de 28 de julho de 2008 do Relator Especial do Conselho de Direitos do homem sob tortura e outros tratamentos ou penas desumanos ou degradantes, Manfred Nowak. O Relator Especial considera que é “uma ferramenta útil para promover o respeito e a proteção dos direitos dos reclusos”. Esta afirmação foi recentemente citada pelo Tribunal em *Babar Ahmad e outros c. Reino Unido*, nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 e 67354/09, § 120, 10 de abril de 2012.

1230 Aprovado pela Assembleia Geral com a Resolução 65/229 de 21 de dezembro de 2010. Eles foram recentemente citados em *Korneykova e Korneykov c. Ucrânia*, não. 56660/12, § 91, de 24 de março de 2016. A primeira referência a essas regras foi feita em parecer autónomo anexo ao acórdão *Khoroshenko c. Rússia* [GC], no. 41418/04, ECHR 2015.

1231 Aprovado por unanimidade pela Assembleia Geral com a Resolução 70/175 de 17 de dezembro 2015.

manos ou Degradantes. O Comitê contra a Tortura, composto por dez membros independentes a quem são atribuídos amplos poderes de exame e investigação, foi estabelecido de acordo com o Artigo 17 dessa Convenção e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1988.

38. Esse esforço foi imitado em nível regional com a Declaração de Kampala de 1996 sobre as condições de detenção em prisões africanas¹²³², a Declaração de Arusha de 1999 sobre boas práticas em matéria penitenciária¹²³³, a Declaração e Plano de Ação de Ouagadougou de 2002 para Acelerar a Reforma Criminal e Penitenciária na África¹²³⁴, a Revisão de 2006 do RPE e os Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas¹²³⁵.

B. No Conselho da Europa (§§ 39-42)

39. O endurecimento da *soft law* penitenciária é particularmente visível na Europa. A maioria não leva em consideração que a revisão de 1987 do RPE e o relatório explicativo não abordaram a questão do espaço pessoal apropriado em uma cela individual ou coletiva¹²³⁶, mas a revisão de 2006 preencheu essa lacuna fornecendo um comentário sobre a Regra 18 com uma indicação clara do critério normativo para as prisões europeias na linha dos trabalhos anteriores do CPT. O objetivo deste exercício, não nos esqueçamos, foi “fortalecer” as regras relativas à habitação, como afirma o mesmo comentário¹²³⁷.

40. Pior ainda, a maioria não parece se importar com o fato de a posição do CPT ter sido politicamente confirmada no mais alto nível do Conselho da Europa por seu próprio órgão de governo, o Comitê de Ministros¹²³⁸. A maioria

1232 Adotado por consenso em setembro de 1996 por 144 delegados de 47 países, incluindo 40 países Africanos reunidos em Kampala, Uganda. A reunião contou com a presença do Presidente da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Ministros de Estados, delegados às prisões, juízes e organizações não governamentais internacionais, regionais e nacionais relevantes as condições de detenção.

1233 Aprovado pela Conferência dos Chefes das Administrações Penitenciárias da África do Sul, centro e leste (CESCA) realizada em Arusha, Tanzânia, de 23 a 27 de fevereiro 1999.

1234 Aprovado pela Segunda Conferência Pan-Africana sobre Reforma Criminal e Penitenciária na África, realizada em Ouagadougou, Burkina Faso, de 18 a 20 de setembro de 2002.

1235 Resolução 1/08 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Princípios e boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas, 13 de março 2008, n. 1/08 (OEA / Ser / L / V / II.131 doc. 26).

1236 Recomendação No. R (87) 3 adotado pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 12 de fevereiro de 1987 e exposição de motivos. Na versão de 1987 a única referência a atribuição de um espaço mínimo percorível para os reclusos foi encontrada na Regra 15 (“As instalações de detenção e, em particular, as instalações ocupadas à noite devem atender aos requisitos de saúde e higiene, tendo em conta as condições climáticas, nomeadamente no que se refere ao volume de ar, uma superfície razoável, iluminação, aquecimento e ventilação”), o que foi explicado assim: “é desejável que a nível nacional algumas especificações padrão sejam elaboradas para responder os requisitos desta regra de acordo com as circunstâncias e práticas locais”.

1237 De forma bastante eloquente, o comentário sobre a Regra 18 começa: “Esta Regra é sobre as condições de moradia dos presos. A evolução da legislação europeia nesta matéria dos direitos humanos requer um fortalecimento das regras a este respeito”. O comentário Em seguida, continua: “Na nova versão do Regimento, a necessidade de garantir aos presos condições de habitação adequadas é sublinhado pelo fato de que este ponto é tratado juntamente com a designação de prisioneiros”.

1238 Comentário sobre a Recomendação Rec (2006) 2 do Comitê de Ministros para os Estados membros no Regulamento Penitenciário Europeu, p. 6.

ignora o fato de que o comentário sobre a Regra 18 RPE ecoa os padrões do CPT sobre espaço mínimo em células coletivas ao pé da letra. Vale a pena lembrar o teor deste comentário¹²³⁹:

A regra 18 contém alguns elementos novos. O primeiro (Regra 18.3) visa obrigar os governos a incluir regras específicas neste setor na legislação nacional. Essas regras devem levar em conta os requisitos gerais de respeito pela dignidade humana e as considerações práticas no campo da saúde e higiene. A CPT, na sua análise das condições de habitação e da superfície disponível nas prisões dos vários países, começa a indicar valores mínimos. São 4 metros quadrados por recluso em um dormitório e 6 metros quadrados em uma cela. No entanto, esses valores devem ser modulados de acordo com uma análise mais aprofundada do sistema penitenciário; em particular, é necessário ter em conta o tempo que os reclusos realmente passam na sua cela. Esses valores mínimos não devem ser considerados como a norma. Embora o CPT nunca tenha estabelecido esse padrão diretamente, há indicações de que ele considera desejável um único tamanho de célula de 9 a 10 m². Esta é uma área onde o CPT pode continuar a trazer elementos úteis com base no trabalho já realizado nesta área. É necessário fazer um exame detalhado do tamanho das celas que podem ser consideradas aceitáveis para o alojamento de um determinado número de reclusos. O número de horas que os presidiários passam em suas celas deve ser levado em consideração na definição das medidas cabíveis. Mesmo nos casos em que os presidiários passam muitas horas fora da cela, um espaço mínimo deve ser claramente definido em conformidade com o respeito à dignidade humana.

41. O RPE e seus comentários levam o selo do mais alto órgão político do Conselho da Europa, o Comitê de Ministros, que recomendou que os governos dos Estados membros “sigam as regras contidas no ‘apêndice a esta recomendação’ e “Assegurar que esta recomendação e seus comentários sejam traduzidos e disseminados tão amplamente quanto possível e mais especificamente entre as autoridades judiciais, funcionários da prisão e presidiários individuais”. Uma expressão tão clara e unânime de concepção jurídica e vontade política de que “os Estados membros do Conselho da Europa continuem a atualizar e a observar princípios comuns no domínio da política penitenciária” não deve ser tão facilmente rejeitada pela maioria¹²⁴⁰. A maioria não pode ao mesmo tempo referir-se aos princípios da RPE em matéria de habitação e ignorar a finalidade que lhes dá o mesmo comentário. Essa interpretação superficial nada mais seria do que um suporte de fachada para o RPE. De acordo com as mesmas palavras claras do comentário, o RPE visa “obrigar os governos a incluir regras específicas na legislação nacional” e essas regras incluem alguns “valores mínimos” europeus em termos de habitação: em primeiro lugar, “é apropriado claramente definir um espaço mínimo”.

42. Além disso, ignorando a norma mínima “reforçada” e “obrigatória” de habitação prevista na RPE e nos seus comentários, a maioria também afastou o

1239 Como o próprio Tribunal reconhece, o Comitê de Ministros é o melhor intermediário de Consentimento europeu (M.C. c. Bulgária, n. 39272/98, § 162, 4 de dezembro de 2003).

1240 A única voz dissonante era a do representante da Dinamarca, em um ponto muito específico. O representante reservou-se o direito de observar ao Governo da Dinamarca ou não Regra 43, parágrafo 2, do anexo à recomendação quanto à necessidade que os presidiários colocados em confinamento solitário são examinados pela equipe médica todos os dias.

trabalho penal realizado pelo PC-CP do CDPC que está na origem do RPE¹²⁴¹. Sem nenhum respaldo científico para contrariar a opinião dos especialistas do PC-CP, a maioria se limita a afirmar seus diferentes pontos de vista ex cathedra. Na realidade, a maioria não cita qualquer opinião de especialista ou análise científica capaz de contradizer a posição unânime de especialistas internacionais expressa em instrumentos de *soft law*¹²⁴². Não dá peso à correlação científica bem estabelecida entre superlotação das prisões, condições precárias das prisões e efeitos psicossociais negativos sobre os presos, incluindo instabilidade emocional, agressão e automutilação¹²⁴³. Em umbris est potestas.

VI. A luta contra a superlotação das prisões (§§ 43-47)

A. Espaço mínimo de vida nos padrões do CICV (§§ 43-45)

43. A superlotação das prisões, um problema sistêmico dos sistemas criminais europeus, está na agenda do Tribunal desde 2009¹²⁴⁴. A natureza estrutural do problema e a conseqüente necessidade de enfrentá-lo em termos gerais foram reconhecidos pela primeira vez no que diz respeito às prisões polonesas¹²⁴⁵ e, pos-

1241 Além da Convenção Europeia sobre a Vigilância de Pessoas Sentenciadas ou Libertadas condicional (1964, ETS No. 51), à Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas (1983, ETS No. 112), e o Protocolo Adicional à Convenção sobre a Transferência de pessoas condenadas (1997, ETS nº 167), o Conselho da Europa desempenhou um papel muito rico desde o seu início atividades de criação de princípios de direito penitenciário, conforme evidenciado, entre outras coisas as recomendações CM / Rec (2014) 4 sobre vigilância eletrônica, CM / Rec (2014) 3 sobre infratores perigoso, CM / Rec (2012) 12 sobre prisioneiros estrangeiros, CM / Rec (2012) 5 sobre o Código Ética europeia do pessoal prisional, CM / Rec (2010) 1 sobre as Regras do Conselho of Europe on Probation, Rec (2008) 11 sobre as regras europeias para autores menores de delito e sujeito a sanções ou medidas, Rec (2006) 13 sobre o uso de prisão preventiva, as condições em que ocorre e a prestação de garantias contra abusos, Rec (2003) 23 sobre gestão de prisão perpétua e outros prisioneiros de longa duração, Rec (2003) 22 sobre Liberação condicional (liberdade condicional), Rec (2000) 22 sobre como alcançar um uso mais eficaz sanções e medidas comunitárias, R (99) 22 sobre superlotação das prisões e sobre inflação da população carcerária, R (99) 19 sobre mediação em matéria penal, R (98) 7 sobre os aspectos éticos e organizacionais da saúde na prisão, R (97) 12 sobre o pessoal responsável da execução de sanções e medidas, R (93) 6 sobre aspectos criminológicos e penitenciários de controle de doenças transmissíveis, incluindo AIDS e problemas de saúde relacionados na prisão, R (92) 18 sobre a aplicação prática da Convenção sobre a transferência de pessoas condenadas, R (92) 16 sobre as regras europeias sobre sanções e medidas aplicadas na comunidade, R (89) 12 sobre educação na prisão, R (88) 13 sobre a aplicação prática da Convenção de Transferência de pessoas condenadas, R (84) 11 sobre informações relacionadas à Convenção de Transferência de pessoas condenadas, R (82) 17 sobre a detenção e tratamento de prisioneiros perigoso, R (82) 16 na licença da prisão, R (79) 14 na aplicação da Convenção Comissão Europeia sobre a vigilância de pessoas condenadas ou libertadas em condições, a Resolução (70) 1 sobre a organização prática das medidas de vigilância, assistência e ajuda pós-penitenciária para pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente, Resolução (67) 5 relativos à pesquisa sobre presidiários considerados de um ponto de vista individual e comunitário penitenciária e Resolução (62) 2 sobre os direitos sociais, civis e eleitorais dos reclusos.

1242 Este argumento foi utilizado pelo próprio Tribunal no acórdão Kiyutinc. Rússia, não. 2700/10, § 67, 10 de março de 2011.

1243 Ver, por exemplo, o Livro Branco sobre a superlotação das prisões recentemente adotado pelo CDPC, PC-CP (2015) 6 rev. 7, 30 de junho de 2016, §§ 33-39; Criminal Justice Alliance, "Lotado? O impacto da sobrelotação das prisões na reabilitação", 2012; e CICV, Água, Orientação Complementar sobre Saneamento, Higiene e Habitat nas Prisões, 2012, p. 35, que menciona os "graves efeitos negativos sobre a saúde física e psicológica dos prisioneiros", bem como o aumento da agitação na prisão. A superlotação é um forte elemento perturbador do cotidiano dos presidiários, suas atividades e seu tratamento. Por exemplo, a junta O Comitê de Direitos Humanos do Parlamento inglês expressou isso em um relatório de 2004 preocupações sobre a ligação entre a superlotação carcerária e o suicídio na prisão.

1244 Nesta opinião, a expressão "superlotação carcerária" é usada no sentido o maior possível, o que inclui não apenas as instalações prisionais, mas todas as outras instalações centros de detenção públicos, como delegacias de polícia e hospitais judiciais. Eu também uso o termo "detidos" para também indicar pessoas em prisão preventiva, sentenciadas ou internadas em um hospital judicial.

1245 *Orchowski c. Polónia*, n. 17885/04, 22 de outubro de 2009, e *Norbert Sikorski c. Polónia*, n. 17599/05, 22 de outubro de 2009.

teriormente, também às prisões russas¹²⁴⁶, italianas¹²⁴⁷, belgas¹²⁴⁸ e búlgaras¹²⁴⁹, às prisões húngara¹²⁵⁰ e lituana¹²⁵¹.

44. A reintegração social é o objetivo principal do encarceramento¹²⁵². A superlotação carcerária, com suas consequências físicas, psicológicas e sociais, é o primeiro obstáculo à implementação de qualquer programa de reintegração. Um espaço pessoal adequado é condição sine qua non para a reintegração de reclusos¹²⁵³. Essa necessidade absoluta de um espaço mínimo de vida não é essencialmente diferente para presidiários sãos ou não, para aqueles em prisão preventiva, para réus primários ou para reincidentes, porque do ponto de vista do Artigo 3 não há razão objetiva para aplicar às pessoas sãs um critério de proteção diferente do aplicável às insalubres, muito menos para distinguir entre presos sãos de acordo com a severidade da pena ou o título da detenção.

45. Na ausência de critérios universais, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) recomendou 5,4 m² por pessoa em uma única cela (excluindo instalações sanitárias) e 3,4 m² por pessoa em cela coletiva ou dormitório (incluindo louças sanitárias)¹²⁵⁴. O CICV calculou o espaço para dormir na cama em 1,6 m² e o espaço para banheiro e chuveiro em 1,2 m². Em emergências¹²⁵⁵, o CICV inicialmente considerou que a área ocupada nas celas e dormitórios nunca deveria ser inferior a 2 m² por pessoa, mas mais recentemente mudou esta recomendação e agora recomenda apenas um retorno às condições normais (incluindo especificações mínimas de liberação) “O mais breve possível”. B. O espaço vital mínimo nos padrões do EPR (§§ 46-47)

1246 *Ananyev e outros c. Rússia*, nos. 42525/07 e 60800/08, § 239, 10 de janeiro de 2012.

1247 *Torreggiani e outros c. Itália*, nos. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, de 8 de janeiro de 2013. Os novos recursos internos foram avaliados na sentença *Stella e outros c. Itália* (dezembro), nos. 49169/09, 54908/09, 55156/09, 61443/09, 61446/09, 61457/09, 7206/10, 15313/10, 37047/10, 56614/10, 58616/10, 16 de setembro de 2014.

1248 *Vasilescu c. Bélgica*, n. 64682/12, § 128, 25 de novembro de 2014.

1249 *Neshkov e outros c. Bulgária*, nos. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 e 9717/13, §§ 281 e 292, 27 de janeiro de 2015.

1250 *Varga e outros c. Hungria*, nos. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 e 64586/13, 10 de março de 2015.

1251 *Mironovas e outros c. Lituânia*, nos. 40828/12, 29292/12, 69598/12, 40163/13, 66281/13, 70048/13 e 70065/13, 8 de dezembro de 2015.

1252 Ver minha opinião separada em *Oçalan vs. Turquia* (no. 2), nos. 24069/03, 197/04, 6201/06 e 10464/07, 18 de março de 2014.

1253 Conforme indicado pelo Manual do UNODC sobre Estratégias de Redução da Superlotação prisão (2010), a superlotação é “a causa final de uma série de problemas e violações dos direitos humanos nos sistemas penitenciários em todo o mundo e, na melhor das hipóteses, ameaça dos casos as perspectivas de reinserção social, no pior dos casos a vida dos reclusos”.

1254 Ver CICV, *Água...*, cit. O CICV acrescenta que o espaço necessário não pode ser avaliado com apenas a medição da superfície, mas outros fatores como o estado devem ser levados em consideração do prédio, o tempo que os presidiários passam fora da área de descanso, o número de pessoas em esta área, as outras atividades que acontecem neste espaço, a ventilação e iluminação, as estruturas e os serviços disponíveis na prisão, e a extensão da vigilância disponível.

1255 Para o CICV, “[1] e as emergências correspondem a eventos repentinos e de curta duração. Muitos tipos de fenômenos podem ter um grande impacto sobre prisões: crises políticas, desastres naturais, incêndios, motins, crises sanitárias que o tornam necessário o isolamento de um grande número de detidos ou outros eventos envolvendo a transferência de presidiários que sofreram danos a outra instituição”.

46. No contexto penológico europeu, os padrões “reforçados” do EPR de 2006 sobre habitação são mais generosos. Conforme estabelecido pelo Comitê de Ministros e pela CPT¹²⁵⁶, o espaço mínimo de moradia de cada preso não deve ser inferior a 6 m² por pessoa em uma cela individual, líquido de instalações sanitárias, e 4 m² por pessoa em espaço compartilhado, líquido de um lavabo totalmente separado, com pelo menos 2 m entre as paredes da cela e pelo menos 2,5 m entre o piso e o teto da cela. Para celas coletivas com até quatro vagas, 4 m² devem ser adicionados para cada recluso adicional ao espaço mínimo vital de 6 m². Portanto, esse mínimo de espaço de vida pessoal nas prisões é uma condição absoluta cujo não cumprimento implica em si mesmo uma violação da arte. 3 da Convenção.

47. Além disso, o RPE exige que a legislação nacional estabeleça critérios mínimos específicos com respeito à acomodação de prisioneiros, com particular atenção ao espaço físico, volume de ar, iluminação, aquecimento e ventilação (Regras 18.1-18.3). É, portanto, adequado estabelecer a capacidade máxima (*numerus clausus*) de cada prisão, definindo o espaço por prisioneiro como um mínimo medido em metros quadrados e cúbicos. Portanto, não se deve presumir que a capacidade de uma prisão é um conceito escorregadio cuja elasticidade pode ser usada para manipular a realidade da prisão e tornar a superlotação mais ou menos aparente. Recursos preventivos devem estar prontamente disponíveis se e quando a capacidade máxima de uma prisão for ignorada.

VII. A aplicação de padrões convencionais ao presente caso (§§ 48-59)

A. A abordagem cumulativa contraditória da maioria (§§ 48-53)

48. De uma forma bastante contraditória, a maioria contorna a natureza “absoluta” da proibição do ‘Artigo 3º e o “critério mínimo relevante” para a ocupação coletiva das celas (§§ 110 e 113 do acórdão), argumentando que a avaliação do grau de severidade necessária para que um tratamento se enquadre neste Artigo é “relativa” e depende de “todas as condições de detenção” (§§ 122 e 123 da sentença).

49. Na realidade, a maioria usa a abordagem do “efeito cumulativo” em dois sentidos muito diferentes: por um lado, o efeito cumulativo dos “fatores de compensação” serve para mitigar as obrigações do Artigo 3º para isentar o Governo demandado de toda responsabilidade contratual (§§ 137 e 138 da sentença); por outro lado, o efeito cumulativo de “circunstâncias agravantes”, como más

1256 Ver o comentário sobre RPE 18, o documento “Espaço de convivência para prisioneiros nas prisões: regras do CPT”, adotado em dezembro de 2015, e o Livro Branco do Comitê de Ministros sobre Superlotação das Prisões (23 de agosto de 2016, § 37).

condições e a falta de atividade fora da célula, pode levar às condições desumanas ou degradantes de detenção, mesmo no caso de espaço suficiente na cela (§ 140 de julgamento).

50. Concordo com a segunda afirmação, mas não com a primeira. Se um detento tiver espaço suficiente para morar, outros aspectos negativos das condições materiais de detenção podem levar à conclusão de uma violação do Artigo 3. Quando o tamanho adequado do espaço de convivência pessoal for acompanhado de condições inadequadas de sono, iluminação, ventilação, aquecimento, higiene e cuidados de saúde, os maus-tratos ao detido devem ser inequivocamente censurados.

No caso de detenção pós-julgamento de pessoas com doenças mentais, bem como prisioneiros são condenados a uma pena de cinco anos ou mais, a inexistência de um plano de execução de pena ou qualquer falha grave em sua implementação são fatores. O espaço de vida pessoal na prisão deve ser examinado no contexto do regime de reintegração aplicável¹²⁵⁷. A falta ou falta de programas de saúde, exercícios, educação e trabalho agrava a situação do detido. Estando intimamente ligado a este aspecto, a violação das regras sobre a separação de detidos também é um fator a ser considerado.

51. No entanto, não posso concordar com a tese de que a falta de espaço de vida pessoal pode ser compensada pela presença de outras condições materiais, como espaço de dormir pessoal, acesso à luz natural do dia e iluminação elétrica. Noite, ventilação, aquecimento, saneamento adequado e nutrição adequada. Do contrário, o efeito cumulativo dos fatores “compensatórios” diluiria o princípio absoluto do Artigo 3 instando as autoridades penitenciárias a tomarem uma la-deira perigosa sem limites objetivos¹²⁵⁸.

52. Esta é exatamente a tentação à qual a maioria sucumbe. Refere-se a uma presunção “forte”, mas não absoluta, de violação do Artigo 3 quando não estão garantidos 3 m² de espaço pessoal na cela, o que o Governo pode refutar se se provar que os períodos de privação desse espaço foram “curtos, ocasionais e menores”. Mas a maioria não fornece a menor definição desses limites. Em tempos de crise econômica, o dever de proteger a dignidade dos detidos é mais relevante do que nunca, e regras claras são necessárias para serem cumpridas, conforme recentemente declarado pelos órgãos europeus e das Nações Unidas contra a tortura¹²⁵⁹. Além disso, a maioria inclui o espaço ocupado pelo móvel na

1257 Varga e altri, cit., §§ 15, 16 e 51.

1258 Já neste sentido, ver minha opinião anexada ao julgamento *Miranovas et al*, cit.

1259 Veja a declaração conjunta de Malcolm Evans, presidente do subcomitê para a prevenção da tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (SPT) e Mykola Gnatovskyy, presidente da CPT, 24 de junho de 2016.

superfície disponível (§ 114), mesmo que isso possa reduzir consideravelmente a possibilidade de movimentação livre dentro da cela.

53. Além disso, os fatores compensatórios referidos pela maioria já deveriam fazer parte das condições normais dentro de uma prisão, tais como “suficiente liberdade de movimento fora da cela” e “atividades adequadas fora da cela” e, de forma bastante ampla sentido, a existência de “condições dignas de detenção”. Há um sério erro lógico nesse raciocínio. Aqui, o critério da maioria não pode resistir à navalha de Ockham. *Pluralitas non est ponenda sine necessitate*. De forma absolutamente redundante, a maioria usa o que deveriam ser características comuns de uma prisão para justificar um nível extraordinariamente baixo de espaço pessoal na prisão. Para a maioria das condições normais de vida, eles justificam condições anormais de espaço. A lógica gostaria que as circunstâncias negativas extraordinárias fossem equilibradas apenas por contra-circunstâncias positivas extraordinárias. Não é o caso do raciocínio da maioria. Não requer nenhum aspecto extraordinariamente positivo da vida na prisão para compensar a privação do direito de todos os presidiários a uma moradia adequada na prisão.

B. Uma abordagem pro persona cumulativa coerente (§§ 54-59)

54. No presente caso, o requerente passou 240 dias na prisão. De acordo com os mapas da prisão de Bjelovar, que o Governo forneceu ao Tribunal e que não são contestados pela recorrente, esta última teve 4 m² ou mais de espaço pessoal na cela por um período não consecutivo de 70 dias no total.

TABELA

55. Ainda de acordo com estes mesmos dados, o requerente passou 170 dias não consecutivos em celas onde tinha menos de 4 m² de espaço pessoal.

TABELA

56. Do total de 170 dias de detenção com menos de 4 m² disponíveis, o requerente passou cinquenta dias com menos de 3 m² disponíveis.

TABELA

57. Por outras palavras, uma simples avaliação estatística dos dados disponíveis mostra que o requerente passou mais de dois terços da sua detenção em celas sobrelotadas de acordo com os critérios do Comité de Ministros, do CPT e do PC-CP do CDPC . Os dados anteriores mostram que ele passou 29,1% da internação em celas onde tinha 4 m² ou mais de espaço pessoal e 70,9% em celas onde tinha menos de 4 m². Do total de dias de detenção, 20,8% foram passados em celas onde possuíam menos de 3 m² de espaço pessoal. Não consigo entender como a maioria pode argumentar que 20,8%, ou um quinto da detenção do requerente, é uma redução “curta, ocasional e pequena” no mínimo obrigatório de

espaço pessoal. Com uma avaliação tão estranha das estatísticas, a maioria diluiu totalmente o senso comum desses adjetivos. Isto é particularmente grave no que diz respeito à flagrante violação adicional do direito interno que foi alinhado com a norma do Conselho da Europa de 4 m². Na verdade, o mesmo branqueamento já havia sido feito pelo Tribunal Constitucional, que usou parte da jurisprudência do Tribunal para ignorar abertamente a legislação nacional.

58. Por último, a maioria ignorou duas acusações principais que a recorrente tinha feito constantemente às autoridades nacionais. Em primeiro lugar, ele queria trabalhar e não recebeu nenhuma oferta de emprego nas prisões onde estava detido. A maioria confunde a ocupação produtiva do tempo do preso com assistir TV na maior parte do dia e, ocasionalmente, jogar basquete ou tênis de mesa por algumas horas. A falta de empregos produtivos para quem quer trabalhar não é menos degradante do que o trabalho mal pago ou não pago.

59. Em segundo lugar, não foi dada ao requerente uma oportunidade real de se encontrar com membros da família ou de se manter em contacto com eles. Levando em consideração que sua família não possuía meios para ir à prisão, o que não foi contestado pelo Governo, as autoridades penitenciárias deveriam ter garantido que o requerente pudesse telefonar por mais de vinte minutos semanais com dez minutos adicionais nos feriados. Além disso, os argumentos do Governo não deixam claro porque é que o pedido do requerente para ser transferido para um estabelecimento prisional mais próximo do local de residência da família foi primeiro ignorado e, em seguida, repetidamente rejeitado.

Situadas no contexto das celas superlotadas em que teve que viver, essas deficiências apenas agravaram a violação da arte. 3 da Convenção.

VIII. Conclusão (§§ 60-63)

60. A Convenção e seus protocolos têm força jurídica plena e inalterada. No entanto, não existe uma resposta simples “ou... ou” para o problema do limiar regulamentar no direito europeu dos direitos humanos. Uma vez removida da competência interna dos Estados, a *soft law* pode subir na escada da normatividade internacional em função da presença de certos fatores de endurecimento. À luz de uma interpretação evolutiva da Convenção e dos outros instrumentos de “acordo” e “ação comum” do Conselho da Europa, o limiar da normatividade será colocado onde se encontram as necessidades sociais de “desenvolvimento dos direitos humanos”. “E progresso econômico e social”.

61. O *hard law* endurecido é uma fonte de direito de “considerável importância” ou “grande peso” no direito europeu dos direitos humanos. O RPE e seus comentários são o protótipo da *soft law* do Conselho da Europa. Parece-me que a decisão da maioria está em desacordo com os esforços de reforma de longa

data feitos pelo Conselho da Europa e em todo o mundo no campo do direito penitenciário. O RPE tem como objetivo “obrigar os governos a incluir regras específicas neste setor na legislação nacional”, e essas regras incluem um certo “padrão mínimo” europeu: “um espaço mínimo deve ser claramente definido”. A circularidade do argumento redundante da maioria é evidente: quando a falta de espaço pessoal é justificada por uma imagem impressionista da situação geral da prisão, o exercício de compensação torna-se um mascaramento que serve apenas para ocultar o rebaixamento do nível geral da prisão. proteção dos direitos humanos dos detidos.

62. O presente acórdão não dá atenção ao que os quarenta e sete governos democraticamente eleitos do Conselho da Europa aceitaram unanimemente por intermédio do Comitê de Ministros do Conselho da Europa e menos ainda ao notável trabalho realizado por profissionais jurídicos, médicos, especialistas em psicologia, de renome sociológico e penológico, como os que têm assento no CPT e no Conselho de Cooperação Penológica do Conselho da Europa.

63. Ao não dar a atenção que merecem às próprias fontes da legislação do Conselho da Europa e ignorar o endurecimento dos padrões penitenciários de *soft law* na Europa e em todo o mundo, a maioria estabeleceu um padrão que levará a uma aplicação estrita da Convenção casuística e dependente dos factos, abrindo as portas a um risco de retrocesso do nível de proteção dos direitos humanos alcançado pelo Conselho da Europa. Com julgamentos deste tipo, que enfraquecem o sistema de proteção dos direitos humanos do Conselho da Europa a partir de dentro, o Tribunal não só desencoraja os outros órgãos do Conselho da Europa de fazer o seu trabalho, mas, pior ainda, reforça a impressão de um europeu incoerente sistema de proteção dos direitos humanos.

* * *

3. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM - GRANDE SECÇÃO - HUTCHINSON C. REINO UNIDO - RECURSO NO. 57592/08 - SENTENÇA DE 17 DE JANEIRO DE 2017

Processo: O demandante, senhor Arthur Hutchinson, foi condenado em 1984 por furto qualificado, agressão sexual e triplo homicídio. Em 1998, o Secretário de Estado decidiu ordenar a sua prisão perpétua, dada a gravidade dos crimes que cometeu. Na sequência da entrada em vigor da Lei da Justiça Criminal de 2003, o requerente solicitou a revisão da sua sentença. No entanto, o pedido foi rejeitado pelo Tribunal de Recurso, que em vez disso confirmou a pena de prisão perpétua. O Sr. Hutchinson apelou ao Tribunal Europeu para reclamar de uma violação do Artigo 3 da CEDH, uma vez que sua sentença de prisão perpé-

tua teria resultado em tratamento desumano e degradante. Entre outras coisas, o recorrente sublinhou que a legislação inglesa sobre a matéria já tinha sido objeto de avaliação e censura pelo TEDH no caso de Vinter e outros V. c. Reino Unido, durante o qual os juízes afirmaram que a possibilidade de rescisão antecipada da pena apenas em “circunstâncias excepcionais” e “por motivos de compaixão” negava aos condenados à prisão perpétua uma “perspectiva de libertação” com base em suposições suficientemente claras e tão certas quanto a “possibilidade de revisão” de seu caso. Com sentença de 17 de janeiro de 2017, o Tribunal Pleno declarou a violação do Artigo 3 CEDH, reconhecendo que o Reino Unido adaptou o procedimento de revisão das sentenças de prisão perpétua à ordem do Tribunal. Em particular, de acordo com os juízes, o Tribunal de Recurso da Inglaterra e do País de Gales esclareceu adequadamente os critérios de acesso ao mecanismo de libertação antecipada e, portanto, a legislação era compatível com a Convenção.

Palavras-chave: proibição de penas desumanas e degradantes - prisão perpétua sem possibilidade de libertação antecipada - finalidade reeducativa da pena - revisão judicial - princípio da legalidade - obrigação de cumprir as sentenças do Tribunal Europeu

Notas: Antonio Gullo - Tania Groppi - Valerio Onida - Francesco Carlo Palazzo

Voto divergente do juiz Pinto de Albuquerque

RESUMO: I. Introdução (§ 1). PARTE UM (§§ 2-25). - II. A lei da Convenção de Libertação Antecipada (§§ 2-10). - A. O reconhecimento do direito à libertação antecipada em Vinter (§§ 2-6). - B. A exposição dos “princípios relevantes” sobre a libertação antecipada em Murray (§§ 7-10). - III. O quadro jurídico do Reino Unido sobre a libertação antecipada em caso de prisão perpétua (§§ 11-26). - A. A reação do Tribunal de Recurso ao caso Vinter (§§ 11-18). - B. O dever de levar em consideração a Convenção (§§ 19-25). SEGUNDA PARTE (§§ 26-47). - 4. A obrigação do Estado no presente caso (§§ 26-34). - A. A posição do Governo inquirido (§§ 26-29). - B. A posição da Grande Câmara (§§ 30-34). - V. Qual o futuro do sistema de convenções? (§§ 35-47). - A. As consequências sísmicas do presente acórdão para a Europa (§§ 35-40). - B. *Argentorum locutum, iudicium finitum* (§§ 41-47). - VI. Conclusões (§§ 48-50).

I. Introdução (§ 1)

1. Discordo desta frase. Acredito que a decisão McLoughlin¹²⁶⁰ não atende aos requisitos estabelecidos pelo Artigo 3 da Convenção Europeia dos Direitos do

1260 R ver McLoughlin, R ver Newell, Tribunal de Recurso, Divisão Criminal, 18 de fevereiro de 2014 [2014] EWCA Crim 188.

Homem («a Convenção»), conforme estabelecido no acórdão *Vinter e outros*¹²⁶¹. A engenhosa tentativa da maioria de reconciliar a letra e o espírito de *Vinter e outros* com McLoughlin levanta não apenas questões de precisão linguística, consistência lógica e segurança jurídica, que ficaram sem resposta nesta decisão, mas também o problema fundamental de compatibilidade. seção 2 da Lei de Direitos Humanos (“Lei”), conforme aplicada no presente caso pelo Tribunal de Apelação da Inglaterra e País de Gales (“Tribunal de Apelações”), com a Convenção. O objetivo desta opinião divergente é fornecer uma resposta a essas perguntas.

PARTE UM (§§ 2-25)

II. A lei da Convenção sobre a libertação antecipada (§§ 2-10)

A. O reconhecimento do direito à libertação antecipada em *Vinter* (§§ 2-6)

2. Em 9 de julho de 2013, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (“o Tribunal”) decidiu, em *Vinter e outros*, que as penas de prisão perpétua sem possibilidade de libertação antecipada violam o Artigo 3 da Convenção. A crítica do Tribunal incidiu sobre dois aspectos inter-relacionados: a falta de clareza, devido à discrepância entre as várias fontes¹²⁶², da legislação sobre a possibilidade de libertação de condenados à prisão perpétua e a ausência de um mecanismo específico de libertação antecipada para medidas penitenciárias para a vida¹²⁶³. À luz dessas duas lacunas de direito interno, a Corte considerou que a pena de prisão perpétua imposta ao requerente não poderia ser considerada redutível para os fins do Artigo 3 da Convenção.

3. Para o Tribunal, a discrepância entre a orientação jurisprudencial interna, consagrada em *Bieber*¹²⁶⁴, e a disposição em vigor no Manual de Sentença Indeterminada (o chamado “Manual Ergastolano”)¹²⁶⁵ dificultava a previsão “no momento considerado “se” o Secretário de Estado teria aplicado a disposição restritiva contida na Ordem de Serviço Prisional em questão ou se tivesse excedido a letra, aparentemente obrigatória, por meio da utilização do teste de conformidade com o Artigo 3 exibidos em *Bieber*”¹²⁶⁶. O Tribunal também criticou a falta de revisão judicial sobre a recusa do Ministério em conceder a libertação antecipada da pena de prisão perpétua, procedimento durante o qual o enquadramento legal

1261 *Vinter e outros c. Reino Unido* [GC], nos. 66069/09, 130/10 e 3896/10, ECHR 2013 (extrair).

1262 *Ibid.*, §§ 124, 129 e 130.

1263 *Ibid.*, §§ 122, 129 e 130. Por uma questão de clareza terminológica, uso a palavra “libertação antecipado” no mesmo significado em que o Conselho da Europa o utiliza, em sensação de libertação condicional ou libertação antecipada de prisioneiros, sujeito a condições customizado no comportamento a ser seguido após o lançamento; anistias e perdão judiciais não estão incluídos nesta definição, conforme reconhecido pela Recomendação Rec (2003) 22 do Comitê de Ministros.

1264 *R.v. Bieber* (2009), 1 WLR 223, §§ 48 e 49.

1265 O Manual Ergastolano foi emitido com a Ordem de Serviço Prisional 4700, no Capítulo 12. A disposição atual permaneceu inalterada, apesar da decisão no caso *Bieber*.

1266 *Vinter e altri*, cit., § 129.

poderia ter sido esclarecido, de forma a remediar a falta de clareza então existente. (aquele “considerado”) no direito interno aplicável¹²⁶⁷.

4. A Corte também acrescentou que, para ser uma pena de prisão perpétua compatível com o Artigo 3, um dispositivo de libertação antecipada já deve estar em vigor no momento em que a sentença é pronunciada. Os Estados são obrigados a estabelecer um mecanismo de revisão da motivação da condenação por prazo indeterminado à luz dos requisitos penais que, somente quando presentes, podem justificá-la. A revisão sobre a libertação antecipada deve ocorrer dentro de um prazo razoável e predeterminado, mas isso não pode impedir que essa revisão seja solicitada pelo próprio prisioneiro em qualquer momento após a sentença¹²⁶⁸.

5. Os requisitos e parâmetros, incluindo os temporais, a serem utilizados para avaliar a oportunidade de libertação antecipada devem ser estabelecidos por lei de forma clara e previsível e baseados principalmente em considerações reabilitadoras (da chamada prevenção especial) e, secundariamente, em considerações de dissuasão (da chamada prevenção geral). Os requisitos não devem coincidir apenas com a enfermidade física ou mental do detido ou sua proximidade da morte. Esses tipos de “motivos para compaixão” claramente acabam sendo muito restritivos. De acordo com o Tribunal, este raciocínio foi totalmente relevante no que diz respeito à secção 30 da Lei do Crime (Sentenças) de 1997 e ao Manual Ergastolano.

6. A conclusão lógica que decorre do que precede é que, se um mecanismo de libertação antecipada deve ser acessível aos condenados pelos crimes mais hediondos, deve, a fortiori, também ser acessível a outros reclusos. Seria totalmente contrário a um sentimento de justiça impedir que os condenados por crimes menos graves sejam libertados em liberdade condicional, quando têm direito à reintegração na sociedade, quando esta oportunidade é, em vez disso, garantida aos reclusos para crimes mais graves. mas apenas em uma modificação da forma de interferência do Estado na liberdade da pessoa condenada, um controle que agora é realizado por meio de uma vigilância da pessoa em liberdade que também pode ser muito rigorosa quando condições restritivas estão relacionadas com o objetivo de respeitando, especificamente, as necessidades vinculadas a cada indivíduo libertado condicionalmente.

B. A exposição dos “princípios relevantes” sobre a libertação antecipada em Murray (§§ 7-10)

7. Em Murray, o Tribunal foi ainda mais explícito¹²⁶⁹. De acordo com os §§ 99 e 100 desse acórdão, o mecanismo de libertação antecipada deve cumprir

1267 Ibid., § 129.

1268 Vinter e outros, cit., § 122: “quando o reexame de sua sentença ... puder ser requerido”.

1269 *Murray c. Holanda* [GC], no. 10511/10, 26 de abril de 2016.

os seguintes cinco e vinculativos “princípios relevantes”: (1) o princípio da legalidade (“regras que têm um grau suficiente de clareza e certeza”, “condições expressamente previstas na legislação nacional”); (2) o princípio de apuração das razões criminais da prisão por tempo indeterminado, com base em “requisitos objetivos e pré-estabelecidos”, que levem em conta a reinserção na sociedade (a chamada prevenção especial), a dissuasão (a chamada prevenção geral) e a chamada justiça retributiva; (3) o princípio do reexame dentro de um intervalo de tempo predeterminado e, no caso de prisão perpétua, “no mais tardar 25 anos a partir da imposição da pena e subseqüentemente um reexame periódico”; (4) o princípio das garantias do devido processo, que inclui, pelo menos, a obrigação de fundamentar as decisões de não libertação de um preso ou de revogação após a concessão do benefício; (5) o princípio da revisão judicial.

8. No processo Murray, o Tribunal reafirmou que, em princípio, os requisitos para avaliar a adequação da libertação antecipada devem ser fixados por lei de forma clara e previsível. Além de Vinter e outros, os precedentes confirmados pela Grande Câmara foram *Trabelsi*¹²⁷⁰, *László Magyar*¹²⁷¹ e *Harakchiev e Tolumov*¹²⁷². Esta orientação também é endossada pelo § 10 da Resolução (76) 2 do Comitê de Ministros, pelos §§ 3, 4 e 20 da Recomendação Rec (2003) 22 do próprio Comitê, e pelo § 34 da Recomendação Rec (2003) 23, sempre do Comitê, e, no contexto mundial, pelo Artigo 110 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional de 1998 (“Estatuto de Roma”) e a Regra 223 (Requisitos de revisão para a redução de penas) de suas Regras de Procedimento e Prova. Por conseguinte, de acordo com o Tribunal Pleno, as condições para a decisão sobre a libertação antecipada não devem ser deixadas ao critério do Estado-Membro. “O mecanismo de revisão da libertação antecipada deve ser baseado em requisitos objetivos e pré-estabelecidos”, ou seja, naquelas “razões criminais legítimas” explicitamente estabelecidas no § 100 da sentença Murray. Mais importante que tudo, o Tribunal reiterou que estes motivos não são equivalentes e não devem ser confundidos com os “motivos de compaixão relacionados com problemas de saúde ou integridade física e velhice”¹²⁷³.

9. De acordo com Murray, a revisão da libertação antecipada deve ocorrer dentro de um prazo razoável e predeterminado. O precedente invocado pelo Tribunal foi *Bodein c. França*¹²⁷⁴. Esta posição está em linha com o § 9 da Resolução (76) 2 do Comitê de Ministros e o § 5 da Recomendação Rec (2003) 22 do mes-

1270 *Trabelsi c. Bélgica*, n. 140/10, § 137, ECHR 2014 (extrato).

1271 *László Magyar c. Hungria*, n. 73593/10, § 57, 20 de maio de 2014.

1272 *Harakchiev e Tolumov*, nos. 15018/11 e 61199/12, §§ 255, 257 e 262, ECHR 2014 (extraír).

1273 Murray, cit., § 100.

1274 *Bodein c. França*, n. 40014/10, § 61, 13 novembro 2014.

mo Comitê e também, em nível global, com o Artigo 110 §§ 3 e 5 do Estatuto de Roma. No caso de a liberação antecipada não ser concedida no momento da primeira revisão, a situação do detido deve ser verificada novamente em intervalos de tempo razoáveis, e não muito amplos, igualmente espaçados, como também indicado pelo § 12 da Resolução (76) 2 do Comitê de Ministros e pelo § 21 da Recomendação Rec (2003) 22 do mesmo Comitê.

10. Finalmente, mais uma vez à luz dos “princípios relevantes” de Murray, a decisão sobre a liberação antecipada deve ser tomada, no cumprimento do inquérito cruzado, no final de um processo justo e ser motivada e sujeita a revisão judicial¹²⁷⁵. O mesmo princípio está previsto no § 32 da Recomendação Rec (2003) 22 do Comitê de Ministros, pelo Artigo 110 § 2 do Estatuto de Roma e Artigo 224 do Regulamento e Prova do Tribunal Penal Internacional¹²⁷⁶.

Para resumir, tendo estabelecido os mencionados “princípios relevantes”, seria de se esperar que o Tribunal tivesse chegado a um ponto crítico em Murray em sua função de determinar os padrões de proteção dos direitos humanos dos detidos na Europa. Infelizmente, essa expectativa foi frustrada no caso presente.

III. O quadro jurídico do Reino Unido sobre a liberação antecipada em caso de prisão perpétua (§§ 11-26)

A. A reação do Tribunal de Recurso ao caso Vinter (§§ 11-18)

11. Em McLoughlin, o Tribunal de Recurso foi feito especificamente para examinar a compatibilidade da pena de prisão perpétua sem a possibilidade de liberação antecipada com a Convenção. Considerou que a sentença de Vinter e outros não impediu a imposição *tout court* dessas sentenças à prisão perpétua por “crimes hediondos”, visto que a lei da Inglaterra e do País de Gales permitia sua redutibilidade conforme as condições estabelecidas no Manual do Ergastolano, embora “excepcionais”, não eram muito restritivas e possuíam um “amplo escopo que pode ser esclarecido caso a caso como normalmente acontece no desenvolvimento do *common law*”. Por outras palavras, o Tribunal de Recurso considerou que a Grande Secção cometeu um erro na sua interpretação da secção 30 da Lei do Crime (Sentenças) de 1997 e do Manual Ergastolano¹²⁷⁷.

12. O Tribunal de Recurso abordou a crítica do Tribunal em *Vinter e outros* nos seguintes termos: “Como entendemos o ponto de vista da Grande Câmara, parece que ela está convencida de que a omissão de alteração da política referida

1275 É curioso que o § 45 faça este acórdão se refira ao § 120 de Vinter e outros, mas ignore ou § 100 de Murray.

1276 Murray, cit., § 100.

1277 McLoughlin, cit., § 29.

no Manual dell 'Ergastolano produziu conseqüências concretas. No entanto, do ponto de vista jurídico, a nosso ver, isso não produz quaisquer conseqüências"¹²⁷⁸. Portanto, está implícito no raciocínio, em minha opinião trivial, do Tribunal de Recurso que seria ilegítimo para o Secretário de Estado a cumprir a sua própria política publicada, que o Tribunal de Recurso também considera "altamente restritiva"¹²⁷⁹. Na interpretação do Tribunal de Recurso, se uma pessoa condenada à prisão perpétua conseguir demonstrar que "as circunstâncias excepcionais" subjacentes ao seu pedido de libertação antecipada surgiram após a imposição da sentença, o Secretário de Estado é obrigado a considerar todas as circunstâncias relevantes De acordo com o Artigo 3. Qualquer decisão do Secretário de Estado deve ser motivada por referência às circunstâncias específicas de cada caso e ser objeto de revisão judicial, o que serviria para esclarecer o significado das expressões "circunstâncias excepcionais" e "motivos de compaixão", como é normalmente o caso na *common law*¹²⁸⁰.

13. O facto de o tribunal interno ter respondido especificamente à primeira crítica formulada pelo Tribunal Pleno no processo *Vinter e outros*, nomeadamente a relativa à falta de clareza e certeza do direito interno, não encerra, no entanto, a questão. A interpretação do direito interno pelo Tribunal de Recurso levanta questões linguísticas, lógicas e jurídicas bastante graves, como correctamente argumentado pela recorrente. No que diz respeito à exatidão linguística, a espinhosa questão deve ser colocada da seguinte forma: o que a "compaixão" tem a ver com as "razões criminais legítimas"¹²⁸¹ que devem estar na base da prisão por tempo indeterminado? É claro que a interpretação pelo Tribunal de Recursos da carta da seção 30 do Crime (Sentences) Act 1997 e da lista exaustiva, e não apenas a título de exemplo, das circunstâncias referidas na Ordem de Serviço Prisional 4700, capítulo 12, simplesmente não está de acordo com o significado do conceito de "compaixão" na cultura ocidental¹²⁸². O "amplo escopo" das razões para a compaixão, por acaso, é tão extenso que perde qualquer conexão com o significado do dicionário de "compaixão"? A este respeito, a opinião de Lord Atkin em *Liversidge c. Anderson*:

Observo, com apreensão, a atitude de juizes que, ao examinarem queixas relativas à liberdade de uma pessoa, a partir de meras questões de interpretação, mostram-se mais predispostos mentalmente até do que o Governo ao exercício do poder executivo. Sua função é dar às expressões seu significado natural, possivelmente não se inclinando para o que é mais conveniente, mas seguindo o lema de Pollock CB no *Bowditch c. Balchin* (1850, 5 Ex. 378), citado com aprova-

1278 Ibid., § 30.

1279 Ibid., § 11.

1280 Ver § 23 do julgamento da Câmara em conexão com §§ 25-36 de McLoughlin.

1281 Esta é a expressão usada em McLoughlin, cit., § 37.

1282 Veja a definição do dicionário Oxford de "compaixão" como "piedade simpática e compassiva preocupação com os sofrimentos ou infortúnios dos outros", da palavra latina *compassio*, ou sofrer com.

ção por meu nobre e culto amigo Lord *Wright em Barnard c. Gorman* (1941, 3 All ER, na p. 55), ‘em um caso em que a liberdade de uma pessoa está em causa, não podemos’ ir além da interpretação natural da Lei¹²⁸³.

14. No nível da coerência lógica, a questão inevitável é a seguinte: como pode ser argumentado logicamente que uma cláusula “altamente restritiva”¹²⁸⁴, como a da Ordem de Serviço Prisional 4700, Capítulo 12, pode ser interpretada como tendo “escopo amplo”? Como pode uma regra “altamente restritiva” sobre “condições excepcionais”¹²⁸⁵, suscetível de levar ao exercício pelo Secretário de Estado dos poderes previstos no Artigo 30, ser interpretada de forma ampla? A regra fundamental de interpretação é que as normas restritivas, com indicações obrigatórias, devem ser interpretadas de forma rigorosa¹²⁸⁶. E isso por uma razão elementar, que já apareceu na história de Humpty-Dumpty: “Quando eu uso uma palavra, ela significa exatamente o que eu queria dizer, nem mais nem menos”. “Mas”, disse Alice, “a questão é se você pode fazer uma palavra significar coisas diferentes.” “Na verdade, não”, Humpty-Dumpty respondeu, “a questão é quem está no comando. Isso é tudo”. Metaforicamente, o comandante, que é o Secretário de Estado, pode saber quais são as “circunstâncias excepcionais” ao encontrá-los, mas presidiários, advogados e até juízes terão dificuldade em prever seu julgamento.

15. A fragilidade linguística e lógica do argumento do Tribunal de Recurso afeta necessariamente o seu valor jurídico. Em termos puramente legais, a questão crucial é esta: O que poderia ser mais obscuro, incerto e, portanto, imprevisível do que um poder discricionário de emitir em “circunstâncias excepcionais” que é sub-repticiamente convertido em uma obrigação de liberação de “amplo escopo” em suposto cumprimento de os princípios consagrados na jurisprudência do Tribunal sobre o Artigo 3 da Convenção? O que poderia ser mais obscuro, incerto e, portanto, imprevisível do que “circunstâncias excepcionais” com “amplo escopo”? Como podem juízes e advogados, mesmo experientes, aplicar um mecanismo tão imprevisível e como os presidiários podem confiar nele? Não há resposta a estas questões na decisão da maioria dos juízes do Tribunal no presente caso.

16. À primeira vista, é evidente que o mecanismo de revisão, contemplado pela seção 30 do Crime (Sentences) Act 1997 e pelas Diretrizes Ergastolano, mesmo quando lido à luz da interpretação do Tribunal de Recurso, não se resolve. in

1283 *Liversidge v Anderson* [1941] UKHL 1.

1284 *Vinter e altri*, cit., § 126.

1285 *Vinter e altri*, cit., § 128.

1286 Entre muitos outros precedentes, *Engel e outros c. Holanda*, 8 de junho de 1976, § 58, Série A n 22; *Amuur c. França*, acórdão de 25 de junho de 1996, Relatórios 1996-III, p. 848, § 42; e *Assanidze c. Geórgia* [GC], no. 71503/01, § 139, ECHR 2004-II.

“Uma revisão que permite às autoridades internas considerarem se as mudanças ocorridas na vida da pessoa condenada à prisão perpétua são tão significativas, bem como os progressos no caminho da reabilitação feito durante a sentença, que não podem considerem que a detenção por tempo indeterminado se justifica com base em razões criminais legítimas”¹²⁸⁷. Conforme observado acima, a violação em *Vinter* se baseou em dois motivos: o primeiro é a falta de certeza e o segundo é a ausência de um mecanismo de revisão ad hoc. Essas considerações foram completamente ignoradas¹²⁸⁸.

17. Em primeiro lugar, as dúvidas relativas à falta de clareza e certeza do quadro regulamentar não foram dissipadas pela McLoughlin. O Tribunal de Recurso não indicou claramente quais eram as “circunstâncias excepcionais” susceptíveis de desencadear o mecanismo de revisão ou quais as razões com base nas quais o benefício era requerido. Pelo contrário, afirmou que “a expressão ‘circunstâncias excepcionais’ é, em si mesma, suficientemente clara”¹²⁸⁹. Embora a regra atual das Diretrizes de Ergastolano ainda fosse intitulada “Liberação Compassiva por Razões Médicas”, que ilustra totalmente o propósito para o qual a seção 30 foi concebida, o Tribunal de Apelação objetou que o “amplo escopo” dos “Motivos de compaixão” terminou incluindo também as “razões criminais legítimas”. A tese não é nova. Já foi formulado pelo Governo e rejeitado explicitamente pela Grande Câmara no § 129 da decisão *Vinter*¹²⁹⁰. Desta forma, o diálogo entre os tribunais corre o risco de ser resolvido em dois monólogos paralelos que se prolongam até que um dos dois desista.

18. Em segundo lugar, o Tribunal de Recurso não deu a menor sugestão do mecanismo específico pelo qual o detido poderia ser autorizado a solicitar a revisão da sua sentença de prisão perpétua, não oferecendo explicações sobre o intervalo de tempo, sobre o assunto competente para conduzir a revisão e na disponibilidade periódica ou não de novos pedidos subsequentes ao primeiro¹²⁹¹.

B. O dever de levar em consideração a Convenção (§§ 19-25)

19. O Tribunal de Recurso considerou que, ao abrigo das secções 3 e 6 da Lei dos Direitos Humanos, a secção 30 da Lei de 1997 deve ser interpretada e aplicada de forma suficientemente ampla, para ser compatível, em qualquer caso,

1287 *Vinter e altri*, cit., § 119.

1288 Na prática, nada mudou após a decisão de *Vinter*. Esta afirmação é fundamentada nos seguintes fatos (ver van Zyl Smit e Appleton, “The Paradox of Reform: Life Imprisonment in England and Wales”, em van Zyl Smit e Appleton (eds.), *Life Imprisonment and Human Rights*, Oxford, 2016, p. 228).

1289 *McLoughlin*, cit., § 31.

1290 As condições obrigatórias consagradas na Ordem de Serviço Prisional não são suficientes por si mesmas para torná-lo compatível com o art. 3 (ver *Vinter* e outros, cit., §§ 126, 127, 129).

1291 Como expressamente reconhecido sobre este ponto na proposta da Comissão Conjunta sobre os direitos humanos do Parlamento do Reino Unido, §§ 1.21-1.26.

com o Artigo 3 da Convenção. As Diretrizes do Ergastolano não restringiriam, nem poderiam restringir, ou de qualquer forma limitar, este dever. Estamos confrontados com o ponto crucial deste caso. Esta tese levanta um problema fundamental e mais geral: o da compatibilidade da secção 2 da Lei dos Direitos do Homem, tal como aplicada no presente caso pelo Tribunal de Recurso, com as obrigações impostas ao Reino Unido pela Convenção¹²⁹².

20. A lei em questão impõe a todas as autoridades públicas a obrigação geral de respeitar os direitos consagrados na Convenção (Artigo 6º), acrescentando a esse dever o de agir de acordo com os princípios do direito administrativo¹²⁹³. Estes são os princípios do direito interno, cuja fonte formal se encontra na Lei em questão¹²⁹⁴. Sendo “autoridades públicas”, a obrigação aplica-se tanto aos tribunais internos como ao Secretário de Estado. O desrespeito aos direitos e liberdades convencionais resulta em conduta ilegítima, que deve levar a uma intervenção judicial apropriada (seções 6 e 8). A lei impõe aos tribunais internos a necessidade de “levar em consideração” a jurisprudência deste Tribunal (seção 2). O Artigo 3º do ato é fundamental, pois estabelece a obrigação de interpretar e implementar a legislação interna, primária e secundária, de forma compatível, na medida do possível, com os direitos convencionais. No entanto, a disposição da Seção 3 não afeta a validade da disposição primária ou secundária em conflito com a Convenção se, neste último caso, a fonte primária impedir sua remoção (sem prejuízo da possibilidade de revogação). A razão inerente à lei é delegar principalmente aos tribunais a finalidade de assegurar o cumprimento da aplicação do direito interno com as disposições da Convenção. Em suma, alegações de incompatibilidade seriam o último recurso.

21. Assim, a Convenção obteve efeitos jurídicos no direito interno pela Lei dos Direitos do Homem e o estatuto constitucional pela legislação que previa a devolução do poder legislativo na Escócia, Irlanda do Norte e País de Gales¹²⁹⁵. Não substituiu a proteção dos direitos humanos garantidos pelo direito consuetudinário ou pelo direito nacional, nem resultou num corpo legislativo distinto com base nas decisões do Tribunal Europeu¹²⁹⁶. Apesar das críticas para as quais a Lei representaria “Uma oportunidade de ouro para os mitomaniacos, um espi-

1292 *McLoughlin*, cit., §§ 23 to 25.

1293 *Ibid.*, § 29.

1294 Lord Hoffmann em *R v Lyons* [2002] UKHL 44, § 27; Lord Nicholls e Lord Hoffmann em *In re McKerr* [2004] UKHL 12, §§ 25 e 62-65; Lord Bingham em *R (Al-Skeini e outros) v. Secretário de Estado da Defesa* (2007) UKHL 26, § 10; Lord Hoffman em *Re G (Adoção: Casal solteiro)* (2008) UKHL 38, §§ 33-35; e Lord Neuberger em *R (no aplicativo de Nicklinson e outro) v. Ministério da Justiça* (2014) UKSC 38, § 74.

1295 Foi expressamente admitido que a Lei dos Direitos Humanos não alterou o equilíbrio constitucional entre o Parlamento, o poder executivo e o judiciário (c. Lord Dyson, “O que há de errado com os direitos humanos?”, Palestra na Universidade de Hertfordshire, 3 de novembro 2011, que cita a revisão de 2006 do Ministério dos Assuntos Constitucionais).

1296 Lord Reed em *R (Osborn) v. Parole Board* (2013) UKSC 61, § 57; Lord Toulson em *Kennedy v. Comissão de Caridade (Secretário de Estado da Justiça e Outros Intervenientes)* (2014) UKSC 20, § 133.

nho no lado dos juízes e uma mina de ouro para os advogados”¹²⁹⁷, os tribunais internos têm procurado, na sua interpretação e aplicação da Convenção, obter maior responsabilidade pela implementação dos direitos e liberdades nela consagrados. Fizeram-no na convicção de que não poderia ter sido a intenção do Parlamento talhar na pedra, exactamente como o eram na altura da promulgação da Lei, os direitos e liberdades convencionais consagrados na Lei dos Direitos do Homem¹²⁹⁸.

22. Em Ullah, Lord Bingham enunciou o “princípio do espelho”, afirmando que os tribunais nacionais devem “acompanhar a jurisprudência do tribunal de Estrasburgo à medida que esta evolui ao longo do tempo: nem mais, mas certamente não menos”¹²⁹⁹. Em McCaughey, Lady Hale compartilhou a mesma opinião, argumentando que

Se a interpretação evolucionária dos direitos convencionais nos leva a reconhecer que agora eles têm um significado diferente do que tinham quando a Lei de 1998 foi promulgada, então é nosso dever implementá-los em seu significado. atual, ao invés do que eles tinham antes¹³⁰⁰.

Além disso, quando não havia jurisprudência sobre o ponto relativo ao Estado demandado, os tribunais internos deveriam, nos termos da Lei de Direitos Humanos, levar em consideração as decisões do Tribunal relativas a problemas jurídicos semelhantes e “tentar extrair princípios específicos daqueles as decisões e depois aplicá-las aos fatos do caso que lhes sejam apresentados”¹³⁰¹, ou seja, procurar respeitar o efeito reinterpretado da decisão do Tribunal para todas as Partes Contratantes.

23. Deve-se enfatizar que os tribunais nacionais têm se mostrado dispostos a tudo, até mesmo a adotar interpretações mais amplas da linguagem legislativa para que o mandamento normativo seja compatível com a Convenção. No caso principal, dirigido pela Câmara dos Lordes, *Ghaidan c. Godin-Mendoza*¹³⁰², a Câmara considerou, revogando a jurisprudência anterior, que a frase “uma pessoa que vivia com o inquilino original como se fosse sua esposa ou marido deve ser tratada como sua esposa” também deve ser lida como incluindo parceiros do mesmo sexo. Lord Nicholls escreveu:

O mero fato de a formulação linguística em análise ser considerada inconsistente com o significado compatível com a Convenção não torna por si só uma interpretação que esteja em

1297 Lord McCluskey, Escócia no domingo, 6 de fevereiro de 2000.

1298 Lord Dyson, “Os juízes são muito poderosos?”, Discurso presidencial da Bentham Association 2014, 13 de março de 2014: “É completamente irrealista presumir que o Parlamento acreditava que o Convenção teria permanecido inalterada de 1998 em diante”.

1299 *R (Ullah) v Special Adjudicator* (2004) UKHL 26, § 20.

1300 McCaughey and Another [2011] UKSC 20, § 91. ver também Lady Hale, “Beanstalk ou Instrumento Vivo? Até que altura a Convenção Europeia dos Direitos do Homem pode crescer?“, Gray’s Inn Reading 2011, 16 de junho de 2011.

1301 Lord Neuberger in *P and Q c Surrey County Council* (2014) UKSC 19, § 62.

1302 *Ghaidan ver Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30.

conformidade com ela, nos termos da Seção 3, impossível. disposição é interpretada de forma restritiva ou extensiva. Vai além disso. Também é provável que exija que um tribunal interprete em palavras que alterem o significado de uma lei promulgada, de modo que ela esteja em conformidade com a Convenção. Por outras palavras, a intenção do Parlamento, quando concebeu a secção 3, era permitir que um tribunal alterasse, até certo ponto apenas 'na medida do possível', o significado e, conseqüentemente, o efeito de uma legislação primária ou secundária¹³⁰³.

Portanto, o papel dos tribunais no Reino Unido não é aquele, típico da interpretação tradicional da lei, de buscar o real significado da lei, mas de encontrar, se possível, o significado dela que melhor se harmoniza com direitos e liberdades convencionais. Conseqüentemente, mesmo quando as palavras de um ato do Parlamento são, de um ponto de vista literal, claras e inequívocas, elas ainda podem ser desconsideradas, adicionadas ou ignoradas, nos termos da Seção 3 da Lei dos Direitos Humanos, se necessário para alcançar compatibilidade com uma lei de convenção¹³⁰⁴.

24. No entanto, surgiram alguns problemas em que os tribunais nacionais preferiram alegar que outros, e não eles próprios, foram cegados pelos raios do sol¹³⁰⁵. Apontando o dedo para a alegada inconstância e falta de clareza da jurisprudência do Tribunal, Lord Slynn lançou as bases para esta atitude já em *R (Alconbury Developments Ltd) v. Secretário de Estado do Ambiente, dos Transportes e das Regiões*:

Na ausência de circunstâncias especiais, parece-me que o tribunal deve respeitar a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que é clara e consistente¹³⁰⁶.

In *R v Horncastle*, Lord Philips deu um passo além:

Haverá, no entanto, raras ocasiões em que os tribunais nacionais terão dúvidas sobre a capacidade de uma decisão do tribunal de Estrasburgo de avaliar adequadamente ou aprimorar aspectos específicos de nosso sistema interno. Nessas circunstâncias, é possível que o tribunal nacional se recuse a cumprir a decisão de Estrasburgo, apresentando as razões pelas quais seguiu esse caminho¹³⁰⁷.

No ano seguinte, Lord Neuberger restabeleceu sua posição aparentemente estável em *Manchester City Council v Pinnock* nos seguintes termos:

Este tribunal não é obrigado a seguir todas as decisões do Tribunal Europeu. Isso não apenas seria impraticável: às vezes seria até inadequado, uma vez que anularia a possibilidade de o

1303 Lord Nicholls in *Ghaidan*, cit., § 32.

1304 Lady Hale, "What's the point of human rights?", Warwick Law Lecture 2013, 28 de novembro de 2013: "Mas as opiniões de Lord Nicholls, Lord Steyn e Lord Roger deram também um significado muito amplo para a expressão "na medida do possível" - na medida em que uma interpretação não era contrária ao esquema ou aos princípios essenciais da hermenêutica, as palavras podem ser lidas de uma forma ou de outra, ou seu significado retrabalhado, de modo que poderia estar de acordo com os direitos da Convenção e respeitar o significado da lei, mesmo que não corresponda à do momento em que foi emitida".

1305 Lord Kerr, "The UK Supreme Court: The Modest Underworker of Strasbourg?", Clifford Chance Lecture 2012, 25 de janeiro de 2012: "mesmo que se possa argumentar que estávamos no passado excessivamente deferentes em relação a Estrasburgo, ultimamente há sinais claros e vigorosos que não somos mais".

1306 Lord Slynn em *R (Alconbury Developments Ltd) v. Secretário de Estado do Meio Ambiente, Transporte e as regiões UKHL 23*, § 26. Esta passagem foi relatada por Lord Bingham no famoso § 20 de *Ulhah*.

1307 Lord Philips in *R v Horncastle and Others (Appellants) (on appeal from the Court of Appeal Criminal Division)* [2009] UKSC 14, § 11.

tribunal se engajar em um diálogo construtivo, e útil para o desenvolvimento do direito convencional, com o Tribunal Europeu: v. por exemplo *R v Horncastle* [2010] 2 AC 373. Claro, devemos geralmente cumprir um conjunto constante e claro de decisões judiciais: *R (Ullah) v Special Adjudicator* [2004] 2 AC 323. Mas não somos realmente obrigados a fazê-lo ou (pelo menos em teoria) para seguir uma decisão da Grande Câmara. Conforme evidenciado por Lord Mance em *Doherty v Birmingham City Council* [2009] AC 367, § 126, seção 2 da Lei de 1998 exige que nossos tribunais “mantenham em consideração as decisões do Tribunal Europeu, mas não necessariamente as seguir. Além disso, no caso de haver uma série de decisões claras e constantes, cujos efeitos são consistentes com alguns aspectos substantivos ou processuais fundamentais de nosso sistema jurídico e cujas razões não parecem negligenciar ou interpretar mal alguns argumentos ou questões de princípio, acreditamos que seria errado para este Tribunal se afastar dessa série¹³⁰⁸”.

25. Este processo tem limitações, como Lord Mance (com quem Lord Hope, Lord Hughes e Lord Kerr concordaram) claramente admitiu em *Chester*¹³⁰⁹, “particularmente quando a matéria já foi deliberada pelo Tribunal Pleno uma ou, ainda mais, duas vezes, como no caso em apreço”, referindo-se às duas decisões do Tribunal Pleno no processo *Hirst*¹³¹⁰ e *Scoppola* (n.º 3)¹³¹¹. Sua Excelência acrescentou:

Devem estar envolvidos princípios realmente fundamentais do nosso sistema jurídico, ou deve ter havido graves omissões ou mal-entendidos antes de podermos considerar apropriado o Tribunal contemplar uma recusa categórica de seguir um precedente consagrado na Grande Câmara de Estrasburgo.

Lord Sumption praticamente reiterou o mesmo conceito quando escreveu:

No uso comum da linguagem, ‘levar em consideração’ uma decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos nada mais é do que considerá-la, o que está inteiramente de acordo com rejeitá-la como considerado incorreto. No entanto, esta não é uma abordagem que possa ser adotada por um tribunal do Reino Unido, exceto em casos absolutamente excepcionais ... Uma decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos é mais do que uma mera opinião sobre o significado da Convenção. É uma sentença proferida pelo tribunal, que o Reino Unido aceitou, por via de tratado, como aquela que deve proferir as decisões finais nas matérias que lhe são atribuídas. Os tribunais são, portanto, obrigados a tratar tais decisões como declarações oficiais da Convenção, como a própria Convenção as considera, a menos que seja claro que eles compreenderam mal ou ignoraram aspectos relevantes do direito ou da realidade inglesa que, se corretamente explicados, levariam à decisão a ser modificada pelo Tribunal de Estrasburgo¹³¹².

Em outras palavras, a prova definitiva, que as autoridades internas devem realizar para acatar ou rejeitar a orientação expressa pelas decisões do Tribunal, parece se resolver em um raciocínio aparentemente rigoroso sobre a relação norma / exceção, de acordo com o qual somente em “casos raros” ou “casos excepcionais”, quando aspectos particularmente importantes da ordem jurídica interna tenham sido ignorados ou mal interpretados, as autoridades tomarão a liberdade

1308 . Lord Neuberger in *Manchester City Council v Pinnock* [2010] UKSC 45, § 48.

1309 *R (on the Application of Chester) ver. Secretary of State for Justice* (2013) UKSC 63, § 27.

1310 *Hirst c. Regno Unito* (GC), n. 74025/01, 6 outubro 2005.

1311 *Scoppola c. Italia* (n. 3) (GC), n. 126/05, 22 maio 2012.

1312 *R (on the Application of Chester) ver Secretary of State for Justice* (2013) UKSC 63, § 121.

de argumentar que as decisões do Tribunal não devem ser seguidas¹³¹³. Esta é exatamente a tese que fundamenta a máxima do Tribunal de Recurso em questão¹³¹⁴.

SEGUNDA PARTE (§§ 26-47)

IV. A obrigação do Estado no presente caso (§§ 26-34)

A. A posição do Governo demandado (§§ 26-29)

26. O Governo argumentou que a observação do requerente sobre o significado no dicionário da palavra “compaixão” não é relevante. No âmbito legislativo a que se insere, a expressão “motivos de compaixão” deve ser lida à luz dos parâmetros previstos no Artigo 3 e, portanto, à luz do contexto convencional. Mesmo supondo, por hipótese, que isso realmente aconteça com a força da Lei dos Direitos Humanos, o problema ainda persiste que o Tribunal de Recurso se recusou a dar um sentido mais preciso ou concreto à expressão “circunstâncias excepcionais”, julgando-a suficientemente preciso. Quando Vinter e outros invocaram o princípio da segurança jurídica, o Tribunal de Recurso considerou “totalmente compatível com o Estado de direito” considerar os pedidos numa base caso a caso, em vez de com base na mudança excepcional nas circunstâncias de O caso. Deve ser lembrado que em Bieber, que continua sendo uma boa regra, o Tribunal de Apelações se referiu a “todas as circunstâncias materiais, incluindo o tempo concedido e o progresso feito na detenção.” Parece não haver indicação mais específica na jurisprudência interna em relação aos critérios a serem levados em consideração na revisão de uma sentença de prisão perpétua. Em vez de especificidade, como seria exigido pelo princípio da legalidade, há apenas imprecisão.

27. A norma imposta pelo Tribunal sobre os motivos relevantes para a libertação antecipada é muito mais exigente. Em Harakchiev Tolumov, a Corte destacou a importância das declarações oficiais da lei e os critérios gerais que orientaram as autoridades no exercício do poder de indulto. Ele também destacou a importância da transparência do procedimento¹³¹⁵. No caso László Magyar, que se seguiu ao caso Vinter, a Câmara criticou a falta de instruções específicas quanto aos critérios e condições relevantes aplicáveis ao exercício do poder de indulto presidencial (aquisição e organização de dados pessoais e avaliação do pedido). O remédio proposto, na parte relativa ao Artigo 46 daquela sentença, foi a introdução de uma legislação que permitia aos presos “prever, com um

1313 Também em referência às “circunstâncias excepcionais” que devem estar presentes para justificar a recusa em respeitar uma clara jurisprudência da Corte, ver Lord Dyson, Palestra na Universidade de Hertfordshire, cit.

1314 McLoughlin, cit., § 30, que aponta o dedo para o suposto mal-entendido, de parte do Tribunal, de um aspecto importante do direito interno.

1315 *Harakchiev e Tolumov*, cit., §§ 258 e 259.

certo grau de precisão, o que deveriam fazer para serem considerados para serem libertados e quais as condições a serem cumpridas”. Esse aspecto foi considerado ainda mais severamente em *Trabelsi*, onde a Câmara se referiu a “requisitos objetivos e pré-estabelecidos, dos quais o preso deve ter tido conhecimento preciso no momento da sentença de prisão perpétua, e válidos para o caso em que, durante o a detenção mudou e melhorou de uma forma que torna esse tipo de detenção já não justificado com base em motivos criminais legítimos”¹³¹⁶.

28. O Governo não concorda com a tese defendida no *Trabelsi* para a qual é necessário que existam “requisitos pré-estabelecidos” para o reexame da sentença¹³¹⁷. O estado não considera isso necessário e não considera viável descrever o que um preso deve fazer para obter uma revisão, por exemplo, em termos de progresso em direção à reabilitação. Em vez disso, na opinião do Governo, todas as circunstâncias relevantes devem ser levadas em consideração. A posição do Governo é contrária à Recomendação Rec (2003) 22, que salienta que os requisitos que os detidos são obrigados a cumprir para serem libertados em liberdade condicional devem ser claros e expressos, e a Regra 30.3 das Regras Penitenciárias Europeias¹³¹⁸, que dispõe que o condenado deve ser informado sobre o tempo a ser cumprido e a possibilidade de liberação antecipada. Da mesma forma, Artigo 110 (4) do Estatuto de Roma estabelece que o Tribunal pode reduzir a sentença se considerar que existem fatores que provocaram uma mudança clara e significativa nas circunstâncias e que são suficientes para justificar tal redução¹³¹⁹. Esses elementos são mais detalhados nas Regras 223 e 224 das Regras de Procedimento e Prova, onde os seguintes exemplos são oferecidos: a conduta de um condenado enquanto sob custódia, mostrando genuína dissociação de seu delito; a perspectiva de ressocialização e reintegração bem-sucedida do infrator; se a liberação antecipada de uma pessoa condenada poderia dar origem a uma instabilidade social significativa; qualquer ação lucrativa realizada pelo agressor em benefício das vítimas, bem como qualquer impacto da liberação antecipada sobre elas e suas famílias; circunstâncias pessoais do agressor, incluindo deterioração da saúde física ou mental ou idade avançada.

29. Já no § 128 de *Vinter et al.*, O Tribunal observou que as pessoas diretamente afetadas tinham apenas uma visão geral parcial das condições excepcionais que poderiam orientar o exercício do poder nos termos da seção 30 pelo Secretário de Estado. Como afirma a recorrente, as Orientações Ergastolano con-

1316 *Trabelsi*, cit., § 137.

1317 O Governo refere-se a uma recente decisão do Supremo Tribunal recusando-se a seguir a decisão *Trabelsi* - R (Harkins) ver Secretário de Estado do Ministério do Interior [2015] 1 WLR 2975.

1318 Recomendação Rec (2006) 2 do Comitê de Ministros aos Estados membros sobre o assunto Regras prisionais europeias.

1319 É particularmente importante não esquecer o Estatuto de Roma, porque o Reino é parte contratante e, conseqüentemente, aceitou suas condições.

tinuavam a ser o único texto acessível às penas de prisão perpétua em termos de possibilidade de liberdade. Ainda não houve outros requisitos tornados públicos. a saúde e a situação familiar do agressor e quaisquer mudanças positivas em sua personalidade¹³²⁰. Em Čačko, os pré-requisitos do direito interno para o reexame foram encontrados no caso de o detido “demonstrar melhorias, através do cumprimento dos seus deveres e boa conduta, e no caso em que a pessoa em causa teria se comportado apropriadamente no futuro”¹³²¹. No acórdão Bodein¹³²², a decisão considerou que o pedido do recluso de redução ou modificação da pena seria julgado em função do grau de perigo que lhe está associado, do seu comportamento e da evolução da sua personalidade. Esses fatores foram considerados pelo Tribunal como suficientes para atender aos requisitos do Artigo 3 da Convenção.

B. A posição do Tribunal Pleno (§§ 30-34)

30. É verdade que, no presente acórdão, o Tribunal Pleno confirma o papel global do princípio da legalidade no direito penitenciário e, especificamente, no domínio da libertação antecipada¹³²³, bem como a obrigação das autoridades penitenciárias de trabalharem na reabilitação de uma pessoa condenada à prisão perpétua¹³²⁴. É também verdade que o Tribunal Pleno acrescenta que o Secretário de Estado deve tomar decisões fundamentadas sobre o pedido de libertação de forma compatível com a Convenção, que tais decisões devem ser passíveis de recurso perante os tribunais e que tal revisão judicial deve envolver um “escrutínio do mérito “Dos requisitos penais relativos aos reclusos”¹³²⁵. Por fim, é verdade que o Plenário reitera que deve haver revisão automática da libertação antecipada após decorrido determinado período mínimo, em princípio 25 anos após a aplicação da pena de prisão perpétua, sem prejuízo da possibilidade de requerimento de revisão por parte do prisioneiro em qualquer momento¹³²⁶. É uma boa notícia que a maioria do Tribunal não esteja disposta a deixar os detalhes dessas questões para as autoridades nacionais. Mas isso diz respeito a apenas metade da questão em jogo.

31. A outra metade, menos positiva, é que o Tribunal Pleno se contenta com a referência vaga do Tribunal de Recurso às “circunstâncias excepcionais”, não seguida de uma posterior especificação substantiva ou esclarecimento de-

1320 *Harakchiev e Tolunov*, cit., § 258.

1321 *Čačko c. Slovacchia*, n. 49905/08, § 43, 22 julho 2014.

1322 *Bodein*, cit., § 60.

1323 Ver § 44 da sentença.

1324 Ver § 43 da sentença.

1325 Ver §§ 51 e 52 da sentença.

1326 Ver §§ 67 e 69 da sentença.

las¹³²⁷. O tribunal nacional não forneceu quaisquer indicações quanto aos requisitos, à sua importância e ao procedimento de avaliação das necessidades penais de detenção relacionadas com a prisão perpétua. Decidiu que o poder da seção 30 deve e pode ser lido de acordo com a Convenção e a jurisprudência do Tribunal. No entanto, o tribunal interno não especificou exatamente o que essa leitura presumida correta deveria resultar. Com efeito, o Tribunal de Recurso entregou uma “chèque en blanc” ao Secretary of State, e o Tribunal não se opôs a este aspecto na decisão em questão. Como Lord Atkin em sua opinião divergente no processo *Liversidge v Anderson*, eu também protesto contra uma interpretação forçada das palavras, implementada tanto pelo tribunal britânico quanto pela maioria do Tribunal, e que tem o efeito prático de dar ao Ministro poderes sem limites à liberdade de mulheres e homens.

32. Este cumprimento é também evidenciado pela falta, até à data, de qualquer aplicação prática da interpretação fornecida pelo Tribunal de Recurso. O Governo falhou em fornecer um único exemplo, desde a entrada em vigor da seção 30 do Crime (Sentences) Act 1997 ou, pelo menos, desde Bieber, da libertação de um indivíduo condenado à prisão perpétua com base no crime acima mencionado razões. O Governo não conseguiu sequer indicar qualquer prática que mostrasse como, apesar destes vícios, o sistema era, de facto, capaz de funcionar de forma a respeitar a Convenção em termos de garantias processuais mínimas, como a informação, o direito a uma audiência oral durante a audiência de revisão e o direito de conhecer os motivos em caso de decisão de recusa. A ausência de qualquer caso concreto em que a referida interpretação seja quando aplicado, mostra como era, e ainda é, apenas no papel. Na verdade, a interpretação do Tribunal de Recurso também contradiz a política do Governo, conforme declarado, em preto e branco, *urbi et orbi*, nas páginas do governo do Reino Unido na web (“a pessoa nunca é considerada para uma possível libertação”)¹³²⁸, e o órgão público do Conselho de Penas do Ministério da Justiça (“eles nunca sairão da prisão”)¹³²⁹. Sem dúvida, a prática dos tribunais permanece fiel à política rigorosamente punitiva do Governo e de seu Conselho de Condenação e não levou em consideração a interpretação do Tribunal de Apelações, conforme demonstrado nas observações de Sir John Griffiths Williams expressas na sentença *R v Christopher Halliwell*, Bristol Crown Court, 23 de setembro de 2016:

1327 Ver § 55 da sentença.

1328 “Tipos de penas de prisão (...) Prisão perpétua. A prisão perpétua significa que não há uma duração mínima da pena fixada pelo juiz e que a pessoa nunca seja considerada para uma possível libertação” (<https://www.goc.uk/types-of-prison-sentence/life-sentences>, última atualização: 23 de setembro de 2016). Consultei o site em 24 de novembro de 2016.

1329 “Prisão perpétua: Para os casos mais graves, um criminoso pode ser condenado a vida com uma sentença de prisão perpétua. Isso significa que o crime deles foi tão grave que eles nunca vão sair da prisão” (<https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-sentencing/types-of-sentence/lifesentences/>, em referência à situação de 30 de junho de 2016, com 59 condenados prisão perpétua). Consultei o site em 24 de novembro de 2016.

“Estou convencido de que sua acusação é excepcionalmente pesada, atende aos requisitos para a imposição de prisão perpétua e que as Disposições Transitórias não exigem que eu estabeleça um período mínimo de duração da sentença. Se eu impusesse um prazo mínimo, seria de tal duração que, com toda a probabilidade, você nunca seria libertado. Eu o condeno à prisão perpétua e providencio para que seja para toda a vida “; naquelas do Sr. Juiz Wilkie, em *R v Thomas Mair*, Tribunal Criminal Central, 23 de novembro de 2016:

Tenho pensado nisso com muita preocupação, mas cheguei à conclusão de que este crime, conforme descrito, é de tão elevado nível de gravidade excepcional que pode ser devidamente comparado apenas a uma sentença de prisão perpétua. Essa é a frase que eu passo. Portanto, você só será liberado se o Secretário de Estado exercer seu poder de clemência com base em motivos de compaixão para permitir que você morra em casa. Se isso vai acontecer ou não, caberá a quem ocupar o cargo naquele período; e nas do Sr. Justiça Openshaw, em *R v Stephen Port*, Tribunal Criminal Central, 25 de novembro de 2016: A sentença, portanto, para as acusações de homicídio é prisão perpétua; Decido não fixar um prazo mínimo de duração da pena; o resultado é a prisão perpétua e a morte do acusado na prisão.

33. Vale a pena lembrar, neste ponto, que o próprio Tribunal Pleno reconhece a “inacessibilidade” da interpretação do Tribunal de Recurso no § 65 desta decisão, no que se apresenta como uma subestimação acomodatória da realidade¹³³⁰. Essa indulgência anda de mãos dadas com o papel menor auto-atribuído ao Tribunal pelo parágrafo-chave da decisão, 63. Nele, a maioria deve fornecer a justificativa final para a decisão de não violar a Convenção. O parágrafo decepciona o leitor. A certa falta de clareza e certeza na ordem jurídica interna não prejudica a presunção generosa do Tribunal de que o Secretário de Estado iria no futuro seguir alguma prática no exercício dos seus poderes ao abrigo da seção 30 diferente daquela que deliberadamente manteve na verdade, começando com *Vinter e outros*.

34. É curioso como a maioria do Tribunal sugere que um futuro esclarecimento da lei poderá remediar a sua atual falta de clareza e certeza e, portanto, a violação que existe hoje, mas é ainda mais curioso supor que esse resultado será alcançado graças à adesão do Secretário de Estado à política preconizada pelo Tribunal¹³³¹. No entanto, como o juiz Kalaydjieva da Câmara, simplesmente não consigo ver a conexão entre o desenvolvimento progressivo da lei desde a decisão Bieber em 2009 e a situação do requerente no ano anterior, 2008, ano em que suas queixas foram apresentadas à atenção do Tribunal, ou o mesmo no momento do exame da Câmara em 2015 e da Grande Câmara em 2016.

1330 Embora ele tenha sido expressamente questionado sobre ou pelo motivo qual as Diretrizes de Ergastolano não foi modificado, apesar da intenção declarada de na sequência de *Vinter e outros*, ou Inquérito do Governo não respondeu.

1331 . Na frase do § 63 lê-se: “O exercício da competência a que se refere o art. 30 será (...) orientado de toda a jurisprudência relevante deste Tribunal”.

V. Qual o futuro do sistema da Convenção? (§§ 35-47)

A. As consequências sísmicas do presente julgamento para a Europa (§§ 35-40)

35. O Tribunal de Recurso declarou que estava certo em Bieber e que o Tribunal estava errado em Vinter e outros. Agora, a Grande Câmara está voltando atrás em Vinter e outros e admitindo que o Tribunal de Apelações estava certo e que a lei inglesa já tinha, pelo menos desde Bieber, um mecanismo de liberação antecipada para prisioneiros vitalícios compatível com a Convenção. Este não é um evento isolado. Em *AlKhawaja e Tahery*¹³³², a Grande Câmara aceitou o princípio enunciado pela Suprema Corte no caso *Horncastle*, e em *Horncastle v. Reino Unido*¹³³³, a Câmara concluiu pela não violação do Artigo 6, apesar do uso de evidências puramente relacionadas para apoiar o julgamento de culpado. Após o recuo em *Al-Khawaja e Tahery* sobre o problema da condenação baseada única ou decisivamente em evidências puramente de relato¹³³⁴, a involução no caso RMT sobre o papel de outras fontes de direito internacional na interpretação dos direitos dos trabalhadores consagrados na Convenção¹³³⁵, a inversão no caso Defensores de Animais sobre a questão da proibição de lugares políticos¹³³⁶ e a continuidade do sofrimento causado pela saga *Hirst*, ainda em andamento, sobre o direito de voto dos presos¹³³⁷, o Tribunal enfrenta uma crise existencial. O cenário pré-catastrófico é agora agravado pelo infeliz efeito de contágio do caso *Hirst* nos tribunais russos¹³³⁸.

36. Não é necessário muito esforço para identificar a origem da crise. Está na atratividade do argumento da “ocasião rara” no caso *Horncastle*. O problema é que “ocasiões raras” tendem a proliferar e se tornar um exemplo a ser seguido. As autoridades nacionais em todos os Estados-Membros serão tentadas a escolher as suas “raras ocasiões” quando não forem satisfeitas por uma determinada deci-

1332 *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito* [GC], nn. 26766/05 e 22228/06, § 147, 15 dezembro 2011.

1333 *Horncastle e altri c. Regno Unito*, n. 4184/10, 16 dezembro 2014.

1334 Veja a opinião comum parcialmente divergente e parcialmente concorrente dos juízes Sajó e Karakas em *Al-Khawaja e Tahery*, cit

1335 A decisão no processo Sindicato Nacional dos Trabalhadores em Transporte Ferroviário, Marítimo e Transporte c. Reino Unido, não. 1045/10, ECHR 2014-II contrasta com *Demir e Baykara* [GC], n. 34503/97, ECHR 2008-c.

1336 A decisão no caso *Animal Defenders International c. Reino Unido* [GC], no. 48876/08, ECHR 2013-II contrasta com o apresentado em *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suíço*, n. 24699/94, ECHR 2001-VI.

Ver a avaliação correta da situação pelo Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa, Memorando para o Comitê Conjunto sobre o Projeto de Votação Eligibility (Prisoners) Bill, CommDH (2013) 23, 17 de outubro de 2013.

1337 Ver a avaliação correta da situação pelo Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa, Memorando para o Comitê Conjunto sobre o Projeto de Votação Eligibility (Prisoners) Bill, CommDH (2013) 23, 17 de outubro de 2013.

1338 Veja a decisão da Câmara em julho de 2013 no caso *Anchugov e Gladkov* (que tem constatou a incompatibilidade do art. 32 § 3 da Constituição Russa sobre o direito de voto de prisioneiros com os padrões europeus estabelecidos por *Hirst*), a decisão do Tribunal Lei Constitucional de julho de 2015 sobre a “Lei Federal de Adesão do Russo Federação a CEDH”, a lei russa de dezembro de 2015 que reconhece o Tribunal constitucional o poder de declarar as sentenças de organizações internacionais não executórias (incluindo aquelas relacionadas a compensação) se em conflito com a Constituição Russa e, finalmente, a primeira aplicação desta lei em abril de 2016 em decisão do Tribunal Constitucional, não por acaso no que diz respeito à controvérsia *Anchugov e Gladkov*.

são ou decisão do tribunal, a fim de contornar a sua obrigação internacional de aplicá-las, especialmente quando a questão diz respeito à proteção de minorias, como , por exemplo, detidos, pessoas LGBT, requerentes de asilo, migrantes, estrangeiros, Roma e outros apátridas que vivem em países contratantes, como, por exemplo, os curdos, para citar apenas alguns. Sempre existe uma minoria que a maioria tende a tratar como bode expiatório de todos os males da sociedade, impondo-lhe questionáveis restrições e limitações ao exercício dos direitos e liberdades convencionais¹³³⁹.

37. O risco de manipulação egoísta torna-se insuportavelmente alto quando as autoridades internas afirmam estar vinculadas apenas a uma série “clara e constante” de jurisprudência de Estrasburgo, negando o efeito de res interpretadas como decisões “contraditórias” e “errantes” da Câmara, “Muito extenso” ou mesmo para decisões da Grande Câmara. O teste traçado pelas autoridades nacionais para a aceitação ou não do papel orientador das decisões do Tribunal torna-se então ainda mais discricionário quando baseado numa distinção reconhecivelmente fluida como aquela entre jurisprudência clara / pouco clara, constante / não constante, permitindo a recusa da natureza obrigatória e da força interpretativa de qualquer decisão do Tribunal sobre questões novas ou delicadas¹³⁴⁰. Como se o sistema convencional não tivesse seus mecanismos internos para garantir a uniformidade e consistência, por exemplo, entre outros, o encaminhamento para a Grande Câmara e o escritório do Jurisconsulto. Como se qualquer esforço do Tribunal para entrar em águas desconhecidas ou para mudar de curso devesse ser reconhecido como *ex post fiat* pelas autoridades nacionais. Como se, afinal, lhes fosse confiada a competência a que se refere o Artigo 19 da Convenção, e não a Corte.

38. Neste contexto, o presente acórdão pode ter consequências sísmicas para o sistema europeu de proteção dos direitos humanos. A decisão da maioria do Tribunal representa o ponto máximo da tendência crescente em certas jurisdições nacionais de redução do papel do Tribunal, com o sério risco de que a

1339 Consulte o Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa, não implementação das sentenças do Tribunal: a nossa responsabilidade partilhada, 23 de agosto de 2016: “Algumas decisões poderiam ser difíceis de implementar por motivos técnicos ou porque tocam em tópicos de interesse nacionalidades extremamente sensíveis e complexas, ou porque são impopulares para a maioria da população. No entanto, o sistema da Convenção desmorona quando um Estado-Membro, e depois outro, e depois outro, escolhem escrupulosamente quais as decisões implemento. A não implementação das decisões também é nossa responsabilidade comum e não podemos mais fechar os olhos a ela”.

1340 Um exemplo esclarecedor é a divergência de pontos de vista em Ambrósio entre a maioria dos juízes, que consideraram que nenhuma regra poderia ser claramente encontrada na jurisprudência de Estrasburgo, para o qual o trabalho da polícia, que interrogou um suspeito sem tendo-lhe fornecido as notificações judiciais ordinárias, é ilegítimo a menos que esteja detido, e Lord Kerr, que considerou que a jurisprudência de Estrasburgo foi suficientemente claro em admitir o reconhecimento do seguinte princípio: quando uma pessoa torna-se suspeito, as questões que serão feitas a partir daquele momento, adequadas para produzir uma prova contra ele, deve ser precedida de informações sobre o seu direito à assistência jurídica e, se você quiser a presença de um advogado, qualquer dúvida para o mesmo, esteja ela presa ou não, ela deve ser colocada na presença de um advogado.

Convenção venha a ser aplicada com duas normas¹³⁴¹. Se o Tribunal continuar neste caminho, acabará por se tornar uma comissão extrajudicial de 47 peritos altamente qualificados e politicamente legitimados, que não emite decisões vinculativas, pelo menos no que diz respeito a certas Partes Contratantes, mas faz meras recomendações sobre “o que é desejável” que as autoridades internas façam, atuando a título meramente auxiliar, a fim de “auxiliá-las” no cumprimento de suas obrigações nacionais e internacionais¹³⁴². A probabilidade de consequências deletérias para todo o sistema europeu de proteção dos direitos humanos é acentuada pelo cenário político atual, que demonstra uma hostilidade crescente em relação ao Tribunal. Como observou um comentarista:

O Tribunal nunca, em seus 50 anos de história, foi sujeito a uma avalanche de críticas hostis equivalentes às vistas no Reino Unido em 2011. Nos últimos anos, alguns governos descobriram que é eleitoralmente produtivo para criticar tribunais internacionais como o de Estrasburgo: são alvos fáceis, em particular porque tendem, como todos os tribunais, a não responder¹³⁴³.

Lord Mance confirma esta avaliação:

Ouvi dizer que, quando o Tribunal de Estrasburgo discorda de uma decisão tomada em França, a culpa na França é atribuída ao organismo francês que a adoptou, enquanto no Reino Unido seria julgada por o próprio Tribunal de Estrasburgo¹³⁴⁴.

Lord Moses é da mesma opinião:

As críticas dos nossos juízes foram desviadas para juízes estrangeiros de um tribunal internacional ... Esperava-se que, ao aumentar o poder dos juízes para interpretar e aplicar o Convenção na resolução de desafios internos relacionados com as ações das autoridades públicas, o poder dos juízes de Estrasburgo seria reduzido. É um grande paradoxo que as tentativas de diminuir a eficácia da influência de Estrasburgo tenham acabado por reforçar o fervoroso protesto contra o crescimento invasivo do que é considerado jurisprudência estrangeira¹³⁴⁵.

Lord Neuburger define esta propaganda como “exagerada” e “distorcida”¹³⁴⁶. Na verdade, a retórica cética sobre o Tribunal de Estrasburgo não é realmente nova¹³⁴⁷. Sempre estiveram presentes o ceticismo fácil e superficial, favo-

1341 Veja a opinião comum divergente dos juízes Ziemele, Sajó, Kalaydjieva, Vučinić e De Gaetano, anexo à decisão *Animal Defenders International*, cit. Colocando em proteção contra o perigo de “dois padrões e duas medidas, ou mesmo três, dependendo do estado e em relação aos mesmos problemas”, ver também Presidente Costa, Entrevista, (2007), 5 *Droits de l’Homme*, pp. 77 e 78, e o presidente Spielmann, “Permitindo a margem direita: o europeu Tribunal de Direitos Humanos e a doutrina da margem nacional de apreciação: Renúncia ou Subsidiariedade of European Review?”, (2011) 14 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, p. 381. ver também meu discurso na Universidade de Paris-Sorbonne-Assas, em 20 de novembro 2015: “Réflexions sur le renforcement de l’obligation des arrêts de la Cour”, publicado em Sébastien Touze (ed.), *La Cour Européenne des Droits de l’Homme, Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Paris, Pedone, pp. 217-226.

1342 . Ver §§ 63 e 65 da sentença.

1343 O então Chanceler Adjunto do Tribunal, Michael O’Boyle, “The Future of the European Court of Human Rights”, in *German Law Journal*, 12 (2011), 10: 1862-77.

1344 Lord Mance, “*Destruction or metamorphosis of the legal order?*”, World Policy Conference, Monaco, 14 dezembro 2013.

1345 Lord Moses, “*Hitting the Balls out of the Court: are Judges Stepping Over the Line?*”, Creaney Memorial Lecture, 26 fevereiro 2014.

1346 Ver *The Guardian*, 5 marzo 2013: “*Senior judge warns over deportation of terror suspects to torture states*”.

1347 Para apoiar este argumento, um exemplo é mais do que suficiente. Segue Decisão da *McCann c. A mídia do Reino Unido* relatou que: “Os ministros disseram que eles o teriam ignorado e não teriam descartado a possibilidade de uma sanção extrema da saída da jurisdição do Tribunal. ‘Todas as opções possíveis são mantidas em aberto, incluindo para sair’, disse um insider”.

recido pelos cínicos e desdenhosos, e as críticas frívolas feitas pelos zombadores. Isso reflete uma atitude profundamente enraizada em relação ao direito internacional e aos tribunais, que desafia o caráter universal dos direitos humanos.

39. O fato é que algumas autoridades nacionais sempre foram relutantes em aprender com a Corte, considerando que os direitos humanos só valem para exportar, mas não para importar. Para usar as palavras de Lord Hoffmann:

Quando aderimos, sem dúvida, assumimos a liderança na negociação da Convenção Europeia, não porque pensávamos que iria afetar os nossos próprios direitos, mas porque sentimos que era certo dar o exemplo para os outros e para deve ajudar a garantir que todos os Estados-Membros respeitem os direitos humanos básicos que não foram culturalmente determinados, mas que refletem a nossa humanidade comum¹³⁴⁸.

Em sua Conferência Anual do Judicial Studies Board de 2009, Lord Hoffmann deixou essa crítica ainda mais clara, comprometendo-se contra a uniformidade de aplicação da Convenção de “Direitos Abstratos” e atacando com palavras pesadas “o pecado original inerente ao conceito de ter um tribunal internacional. dos direitos humanos que deve tratar da aplicação concreta desses direitos nos diversos países”¹³⁴⁹. O objetivo declarado era questionar a autoridade do Tribunal de estabelecer normas gerais para os direitos humanos na Europa. Essa abordagem coincide perfeitamente com uma certa *Weltanschauung* enunciada por A Doutrina e Disciplina do Divórcio, de Milton, nestes termos: “Que a Inglaterra não esqueça sua precedência em ensinar as nações a viver”¹³⁵⁰.

40. Visto através destas lentes, a relação entre o direito interno e a Convenção parece particularmente desequilibrada: a incidência do direito nacional sobre a Convenção deveria ser maximizada, enquanto a incidência da Convenção sobre o direito nacional deveria ser minimizada, ou, ainda, até mesmo rejeitada por meio de uma explícita referência à soluções presumidamente nascidas no direito interno e sensíveis ao patrimônio jurídico dos britânicos, de modo a permitir que as pessoas se sintam detentoras dos próprios direitos. Nesse contexto, a teoria da “diversidade dos direitos humanos” revela a sua verdadeira face de uma carta politicamente unidirecional e soberanista posta em relação à importação dos direitos humanos para justificar a recusa de todos os “outros”, como, por exemplo, os *standards* convencionais impostos por uma corte internacional. Ao mesmo tempo, a carta da “diversidade dos direitos humanos” é conscientemente diminuída no que diz respeito à exportação de tais direitos e à imposição, mediante uma corte internacional, dos valores e das políticas nacionais sobre às outras Partes

“Downing Street afirmou que o decisão no chamado O caso “Death on the Rock” desafiou o bom senso. O Vice-Primeiro Ministro Michael Heseltine rotulou-o de ‘ridículo’ “. Veja o Daily Mail, de 28 de setembro 1995.

1348 Lord Hoffmann, “*Human Rights and the House of Lords*”, (1999) MLR 159, p. 166.

1349 Lord Hoffmann, “*The Universality of Human Rights*”, Judicial Studies Board Annual Lecture, 19 março 2009.

1350 John Milton, *Selected Prose*, New and Revised edition, ed. Patrides, Columbia, 1985, p. 120.

Contratantes. Obviamente, isso implica também em uma compreensão tendenciosa daquilo que derivaria de uma observância lógica da doutrina da “diversidade dos direitos humanos”, ou seja, da doutrina da margem de apreciação¹³⁵¹: a margem deveria ser mais ampla para aqueles Estados que seriam destinados a “representar um exemplo para os outros” e mais restrita para aqueles Estados que seriam destinados a aprender com tal exemplo. Isso deixa, evidentemente, a porta escancarada para que certos governos satisfazerem a sua base eleitoral e protegerem os seus interesses particulares preferidos. Na minha modesta opinião, não é isso que deveria ser a Convenção.

B. Argentoratum locutum, iudicium finitum (§§41-47)

41. Devem ser distinguidas entre elas, duas diferentes situações. Quando o grau de proteção interna dos direitos humanos é mais elevado que aquele garantido pela Convenção, poderia se sustentar, de forma convincente, que os *standards* europeus indicados pela Corte sejam superáveis. A própria Convenção permite (Artigo 53). Nada impede as autoridades internas de fixarem *standards* mais avançados que aqueles de Estrasburgo na proteção dos direitos humanos, e não somente nas matérias que a Corte estabeleceu entrarem na margem nacional de apreciação.¹³⁵² O “maior risco”, individualizado por Lord Brown “no perigo que a corte interna interprete mais generosamente a Convenção em favor do Recorrente ao invés de interpretá-la de maneira mais restritiva”¹³⁵³, não entende esta argumentação: do ponto de vista de Estrasburgo, não existe uma errada interpretação interna, “muito generosa” da Convenção, simplesmente porque as cortes internas poderiam errar por excesso de prudência, mas certamente não por excesso de progresso. Quando as autoridades nacionais, incluindo as cortes, escolhem a via de uma interpretação da Convenção majoritariamente *pro persona*, tal interpretação é salvaguardada pelo Artigo 53.

42. Também do ponto de vista do Reino Unido, a reticência tipo-*Ullah*¹³⁵⁴, pela qual as cortes internas não deveriam ir aonde Estrasburgo ainda não foi, ou nas palavras de Lord Brown, deveriam fazer “nem menos, mas certamente não

1351 Entre outros que associam ambas as doutrinas, Bernhardt, *Thoughts on the interpretation of Human-Rights Treaties*, in Matscher and Petzhold (eds), *Protecting Human Rights: the European Dimension*. Studies in Honour of Gérard Wiarda, Carl Heymanns, 1998, p.71.

1352 Lord Hoffmann in *Re G (Adoption: Unmarried Couple)* 2008 UKHL 38, § 31; Lord Brown in *Rabone and Another v. Pennine Care NHS Trust* (2012) UKSC 2, §§ 111 e 112; e Lord Hodge in *Moohan and Another v. The Lord Advocate* (2014) UKSC 67, § 13.

1353 Lord Brown in *R (Al-Skeini e altri) v. Secretary of State of Defense*, cit., § 107.

1354 Como batizado por Lord Keer, voto dissidente em *Ambrose v. Harris (Procurator Fiscal, Oban)* (2011) UKSC 43, § 126; ver também Lord Hope, § 20: “Não cabe a esta corte expandir o escopo dos direitos da Convenção para além daquilo que a jurisprudência da Corte de Estrasburgo justifica”. Lord Irvine ratificou tal opinião no seu discurso “*A British Interpretation of Convention Rights*”, no UCLs Judicial Institute, em 14 de dezembro de 2011. Para uma resposta, ver: Lord Sales, “*Strasbourg Jurisprudence and the Human Rights Act: A Response to Lord Irvine*”, in *Public Law*, Issue, 2, 2012, pp. 253-267.

mais”¹³⁵⁵, parece infundada por uma multiplicidade de razões. Em primeiro lugar, no caso *Ullah*, Lord Bingham não era interessado no fato que Estrasburgo ainda não havia se pronunciado.¹³⁵⁶ Em segundo, a ausência ou a insuficiência da jurisprudência de Estrasburgo não deveria ser utilizada para inibir as cortes internas de reconhecer pleno efeito aos direitos convencionais. Tal posição agonística e passiva seria fortemente contrária aos deveres das Partes Contratantes no seu papel de administradores da primeira linha da Convenção. Em terceiro lugar, o próprio *Human Rights Act* foi introduzido para permitir que os juízes ingleses “contribuíssem para esta interpretação dinâmica e evolutiva da Convenção”¹³⁵⁷, em outras palavras, ao desenvolvimento da Convenção dos direitos humanos rumo a novos horizontes. Por isso, é absolutamente correto afirmar nesse contexto que Estrasburgo não é “a última e inevitável fonte de toda a sabedoria”¹³⁵⁸. Poderia se dizer, modificando a expressão anteriormente cunhada por Lord Kerr, “*Argentoratum non locutum, nunc est nobis loquendum* – Estrasburgo não falou, agora é o nosso momento de falar”¹³⁵⁹.

43. Mas, quando o grau interno de proteção dos direitos humanos é mais baixo que aquele garantido pela Corte, quando a leitura interna dos direitos convencionais é mais circunscrita do que aquela oferecida por Estrasburgo, as autoridades nacionais, incluindo as cortes, devem agir como depositários fiéis dos valores da Convenção e conceder prevalência à orientação autorizada pela Corte (ver Artigo 19 da Convenção), o mesmo pode ser dito a respeito ao Parlamento, aos diferentes ramos do governo e do poder judiciário do Reino Unido. Esta não é uma mera obrigação de meio, como seria aquela de encontrar, na medida do possível, o melhor modo de harmonizar o direito interno e os *standards* europeus, ou aquela de procurar uma interpretação do direito nacional conforme a Convenção quando tal se afigure defensável à luz dos métodos tradicionais e reconhecidos de interpretação da lei e da constituição. É muito mais que isso¹³⁶⁰. É uma obrigação de resultado aplicar integralmente e de boa fé as sentenças e as decisões da Corte, bem como os princípios que elas explicitam. Na realidade, as autoridades nacionais também não têm escolha, mesmo quando se trata de direitos garantidos por uma lei do Reino Unido, assim como foi brilhantemente

1355 Lord Brown in *R (Al-Skeini e altri) v. Secretary of State of Defence*, cit., § 106.

1356 Lord Kerr, Clifford Chance Lecture, cit.

1357 The White Paper, *Rights Brought Home: The Human Rights Bill, 1997*, Cm 3782, §2.5.

1358 Para usar as palavras de Lord Kerr, Clifford Chance Lecture, cit.

1359 Para usar a expressão cunhada por Lord Kerr, Clifford Chance Lecture, cit.

1360 Lord Sumption (com quem Lord Hughes concorda) afirmou claramente em *R (on the Application of Chester)*, cit., § 120, que “o dever internacional imposto ao Reino Unido pelo art. 46.1 da Convenção vai além do referido na seção 2 (1) da lei, mas não é uma daquelas disposições às quais a lei confere eficácia”.

esclarecido por Lord Rodger: “*Argentoratum locutum, iudicium finitum – Estrasburgo falou, o caso está encerrado*”.¹³⁶¹

44. Esta ideia também é apoiada pelo acordo ratificado no mais alto nível político pelos representantes das partes contratantes com a declaração de Brighton: “Todas as leis e normas deveriam ser formuladas e todos os funcionários do Estado deveriam cumprir as próprias responsabilidades, de modo a dar eficácia plena à Convenção”¹³⁶². Ou, para usar as sábias palavras de Lord Neuberger, em referência à infeliz saga *Hirst*: “Poderíamos pensar que é inapropriado que Estrasburgo enfe o nariz na problemática do direito de voto dos presos com fundamento no raciocínio pelo qual a questão deveria ser deixada ao nosso Parlamento”. Mas, depois acrescentou que: “O fato de que às vezes devemos adaptar um pouco as nossas leis pode ser pensado como um pequeno preço a se pagar por uma Europa civilizada”¹³⁶³. E isso certamente corresponde a melhor tradição britânica de direito internacional, sintetizada nas palavras do discurso pronunciado na conferência sobre Grozio em 1949 pelo Professor Lauterpacht, que enfatizou:

“A inegável ampla medida de cessão de soberania implica nas propostas da Corte Europeia e da Comissão de Direitos Humanos...enquanto as mesmas não implicam somente no poder de conferir às agências internacionais de investigar e reexaminar as decisões judiciais dos mais altos tribunais internos. Elas implicam a autoridade de submeter ao controle os atos legislativos dos parlamentos soberanos”.

O professor continuou com a indicação de uma longa lista de “questões que poderiam surgir na Grã-Bretanha”, inclusive aquela sobre detenções arbitrárias. A tese foi ainda mais explícita quando admitiu que:

“Essas eventualidades devem ser claramente consideradas e integralmente divulgadas, a ponto de admitir nitidamente que uma parte da soberania nacional será conferida às sete pessoas que irão compor a Corte europeia dos direitos humanos. Depois de termos feito isso – mas, somente depois – poderemos ser livres para afirmar que tal conclusão é inevitável até que a proclamação da obediência aos direitos humanos não permaneça apenas como uma promessa vazia.”¹³⁶⁴

1361 A síntese perfeita se encontra nas palavras de Lord Rodger em *AF v. Secretary of State of Home Department and Another* (2009) UKHL 28, § 98; e também nas de Lord Hoffmann § 70: “Mas o Reino Unido está obrigado pela Convenção, enquanto direito internacional vigente, a aceitar as decisões da Corte CEDH sobre a interpretação desta mesma Convenção. Rejeitar uma decisão desse gênero muito possivelmente colocaria este País como violador de uma obrigação internacional que foi ratificada quando da adesão da Convenção. Não vejo nenhuma vantagem em fazer isso para Sua Senhoria”. As opiniões do Lord Hoffmann são particularmente importantes porque ele pensava que “a decisão da Corte CEDH estava errada e que poderia muito bem ter destruído o sistema de ordem de vigilância que é uma parte significativa da defesa deste País contra o terrorismo. No entanto, acho que Sua Senhoria não tem escolha a não ser se submeter a isso.

1362 *The High-Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, Brighton Declaration, §§ 7, 9 (v) IV e 12b.

1363 Lord Neuberger, “*Who are the Masters now?*”, Second Lord Alexander of Weedon Lecture, 6 de abril de 2011, § 64.

1364 Lauterpacht, “*The proposed European Court of Human Rights*”, in *The Grotius Society*, Part II, Papers read before the Society in 1949, pp. 37 e 39.

Na mesma ocasião, o Sr. Barrington, que participou com o Sir David Maxwell Fyfe nas reuniões do Movimento Europeu e na redação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, enumerou a sagaz posição de princípio da delegação britânica:

“Eu penso que os governos serão relutantes em aceitar qualquer coisa que implique uma cessão de soberania, mas, cabe a nós quebrar tal relutância. Qualquer pessoa que possa apoiar os esforços feitos em Estrasburgo para chegar a esta Convenção dará uma contribuição importante a causa mundial dos direitos humanos.”¹³⁶⁵

45. Consequentemente, as autoridades nacionais, incluindo as cortes, devem agir de forma coerente com o princípio do *pacta sunt servanda* e, portanto, que esteja em de acordo com a carta e atendo-se aos princípios subjacentes às sentenças e decisões da Corte, incluindo aquelas proferidas nos confrontos das outras Partes Contratantes. Na qualidade de administradores de primeira instância da Convenção, as autoridades internas devem ser, por isso, respeitosas à última palavra da Corte, ao qual é confiada a manutenção uniforme do “*dispositivo constitucional da ordem pública Europeia*”¹³⁶⁶, no caso em que a proteção interna dos direitos humanos for menor do que aquela garantida pela Corte.

46. Como havia escrito Lady Hale, “é razoável pensar que, uma vez que um Estado se comprometeu de garantir certos *standards* mínimos, não pode esse sair fora por meio de uma tentativa de definir ao seu uso e consumo os termos utilizados”¹³⁶⁷. Nem a supremacia do Parlamento nem a independência do judiciário podem ser invocadas para justificar o não cumprimento da obrigação convencional de cumprir as sentenças e decisões da Corte (Artigo 27 da Convenção de Viena sobre direito dos tratados). A Convenção “não faz qualquer distinção no que diz respeito quanto ao tipo de norma ou medida em causa e não exclui qualquer parte da ‘jurisdição’ dos Estrados Membros do controle de conformidade do que foi estabelecido”¹³⁶⁸.

47. Enquanto problemática de direito constitucional, nem mesmo o núcleo da constitucional nacional, no qual são tratadas questões políticas fundamentais (como, por exemplo, as disposições sobre a composição dos mais altos

1365 *Ibid.*, p. 43. Referindo-se a Sir Lauterpacht, o Sr. Barrington admitiu que, de forma bastante atrevida, “tomamos emprestadas muitas ideias de seu projeto para a Convenção de Direitos Humanos, preparado para a Associação de Direito Internacional em 1948”.

1366 *Loizidou c. Turquia* (exceções preliminar), 23 de março de 1995, § 75, Série A no. 310, e Parecer da Corte sobre a Reforma do Sistema de Controle da Convenção, 4 de setembro de 1992, par. I (5). Ver a minha opinião no caso *Fabris c. França* [GC], no. 16574/08, 7 de fevereiro de 2013, e o parecer dos juízes Pinto de Albuquerque e Dedov no processo *Baka v. Hungria* [GC], no. 20261/12, 23 de junho de 2016.

1367 Lady Hale, “*Common law and Interpretation: the limites of interpretation*”, 2011 EHRLR, p. 538.

1368 Entre muitos precedentes, *United Communist Party of Turkey e altri c. Turquia*, 30 de janeiro de 1998, § 29, *Reports of Judgments and Decisions* 1998 I, e, mais recentemente, *Anchugov e Gladkov c. Rússia*, n/ 11157/04 e 15162/05, §50, 4 de julho de 2013.

órgãos políticos e judiciais superiores dos Estados), poderia prevalecer em caso de conflito em relação às obrigações internacionais derivadas da Convenção e de seus Protocolos¹³⁶⁹. Qualquer abordagem diferente, que prestasse somente a uma adesão de fachada das sentenças e das decisões da Corte, mas que refutasse, em última análise, os seus valores jurídicos de *res judicata* entre as partes e de *res interpretata* para todas as Partes Contratantes, terminaria por violar o princípio do *pacta sunt servanda* e o pressuposto determinante da boa fé (Artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados). Na qualidade de Presidente da Corte, Lord McNair afirmou, “a performance dos tratados é sujeita a uma obrigação superior de boa fé recíproca”¹³⁷⁰. Das duas, uma: ou a Convenção, as sentenças e as decisões da Corte serão integralmente e fielmente respeitadas ou o atrito entre Estrasburgo e as autoridades nacionais tornar-se-á a regra ao invés da exceção. Isso evidentemente favoreceria o prejuízo dos indivíduos e das pessoas jurídicas que venham a Estrasburgo em busca de justiça, e, em última análise, seria um fator determinante para um triste destino do próprio sistema. A escolha entre duas estradas opostas já é clara aos Governos de toda Europa; de um lado, uma tentação soberanista, isolacionista, e, do outro, um empenho genuíno para uma “maior coesão” entre os Estados Europeus que perseguem a ulterior “concretização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”¹³⁷¹, esperamos que os pais fundadores do sistema não sejam os arquitetos de seu colapso e que o respeito pelo inspirador legado de Sir Hersch Lauterpacht e pelo trabalho realizado por Sir David Maxwell Fyfe no final prevaleça.

VI. Conclusões (§§ 48-50)

48. Os “grandes benefícios para o direito e para o maior número de pessoas” introduzidos pelo *Human Rights Act* são incontestáveis¹³⁷². Não há dúvida dos progressos substanciais que a Corte produziu para um País no qual “a ideia pela qual um cidadão possa ter direitos reivindicáveis contra o próprio Estado, era a nós desconhecida”¹³⁷³. Mas, *McLoughlin* mostra a potencial fraqueza do modelo do *Human Rights Act* quando uma corte interna não tem plenamente em consideração a jurisprudência de Estrasburgo. A Corte de Apelo não sanou os defeitos do ordenamento interno, adequando-se a *Vinter e altri*.

1369 Ver *Seidjic e Finci c. Bosnia* [GC], n. 27996/06 e n. 34836/06, para um caso de conflito entre as normas constitucionais sobre a composição do mais alto aparelho político do Estado e os padrões europeus, e, mais recentemente, *Baka c. Ungheria* [GC], cit., sobre um caso de conflito entre disposições constitucionais relacionadas à composição do Supremo Tribunal da Hungria e da Convenção.

1370 McNair, *The Law of Treaties*, 2nd edition, Oxford, 1961, p. 465.

1371 As palavras são mencionadas no preâmbulo da Convenção.

1372 Ver Lady Hale, in *The Guardian*, 14 de março de 2013, “Os juízes se arrenderão da revogação do ‘Human Rights Act’, alerta Lady Hale”.

1373 Lady Hale, Warwick Law Lecture 2013, cit.

49. Se *Mcloughlin* representa uma forma judicialmente admissível de responder a *Vinter e outros*, então, como reconhecido na proposta da Comissão Conjunta sobre os direitos do homem do Parlamento do Reino Unido, é necessária uma modificação legislativa. Como Lord Nicholls disse uma vez, “nem pode o Parlamento querer que a seção 3 exigisse os tribunais de tomarem decisões para as quais não estão equipadas. Poderia haver muitas formas de fazer uma disposição compatível com a Convenção e tal escolha poderia implicar questões que solicitam novamente uma deliberação legislativa”¹³⁷⁴.

50. De qualquer modo, no caso do atual recorrente, a violação do Artigo 3 se cristalizava em 6 de outubro de 2008, quando a Corte de Apelo rejeitava o provimento da sua impugnação, confirmando o veredito da Corte Suprema que considerou não haver razões para divergir da decisão do Secretário de Estado de impor a condenação à prisão perpétua sem a possibilidade de livramento condicional. Pelo menos a partir daquele momento o recorrente era

4. A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM – GRANDE CÂMARA – G.I.E.M. S.R.L E OUTROS C. ITÁLIA – RECURSO N. 1828/06 E OUTROS 2 – SENTENÇA DE 28 DE JUNHO DE 2018

O caso: Os recorrentes – nesse caso, quatro pessoas jurídicas (G.I.E.M S.r.l., Hotel Promotion Bureau S.r.l e R.I.T.A. Sarda S.r.l., Falgest S.r.l.) e uma pessoa física (o Sr. Filippo Gironda, coproprietário de 50% da Falgest S.r.l. de um lote situado em Punta Pellaro) – foram destinatários de uma medida de confisco pelo crime de loteamento abusivo, mesmo não sendo condenados formalmente perante as cortes nacionais e, no caso das sociedades, não terem sido partes em um procedimento penal. Com efeito, nos termos do Artigo 44 do Decreto Presidencial 380/2001, a medida de confisco urbano é aplicada automaticamente quando o crime de loteamento abusivo é verificado nos seus elementos constitutivos, independentemente de condenação no procedimento penal. Na esteira da jurisprudência anterior sobre a matéria (*Sud Fondi S.r.l. c. Italia e Varvara e altri c. Italia*), os recorrentes reclamaram diante da Corte europeia de terem sido objeto de uma pena sem prévia condenação, em violação ao Artigo 7 da CEDH, e de terem, conseqüentemente, sofrido uma ilegítima e desproporcional interferência nos seus direitos de propriedade, em violação do Artigo 1 P1 da CEDH. Além disso, o Sr. Gironda reclamava da violação do Artigo 6 § 2 da CEDH sob o ponto de vista da presunção de inocência. Com a sentença de 28 de junho de 2018, a *Grande Câmara*, afastando-se parcialmente da jurisprudência anterior da Corte,

1374 Lord Nicholls in *Ghaidan*, cit., § 33. Lord Neuberger foi ainda mais incisivo: “No entanto, o problema reside quando Estrasburgo se pronuncia, pois, é, em última análise, dever do Parlamento considerar quais ações devem ser adotadas” (“*Who are the Masters now?*”), cit., § 67).

reconheceu a violação do Artigo 7 da CEDH somente em relação às empresas, a violação do Artigo 1 P1 para todos os recorrentes e a violação do Artigo 6 § 2 da CEDH somente para a pessoa física. Marcadamente, os juízes afirmaram que a ordem de confisco urbano pode ser aplicada ainda que na ausência de uma condenação criminal formal quando o crime presumido tenha sido comprovado nos seus elementos objetivos e subjetivos. No caso das pessoas jurídicas, a *Grande Câmara* reconheceu a violação do Artigo 7 da CEDH enquanto essas foram destinatárias de uma “pena”, apesar de não terem sido partes no procedimento penal, tinham sido, de fato, punidas por fatos cometidos por terceiros, ou seja, pelos representantes das sociedades. A respeito do Sr. Gironda, a Corte reconhecia a violação da presunção de inocência em razão do estabelecimento da sua condição de culpado ainda que contrário ao conteúdo de uma sentença de absolvição. Por fim, a Grande Câmara reconhecia a violação do Artigo 1 P1 da CEDH contra todos os recorrentes pois a aplicação automática do confisco urbano teve como resultado uma ilegítima e desproporcionada intervenção no direito de propriedade e, em relação às sociedades, tinha sido aplicada sem a observância das garantias processuais necessárias.

Palavras-chave: confisco urbano – medida de natureza penal – critérios Engel – princípio da *nulla poena sine lege* – princípio de culpabilidade – acertadamente substancial de responsabilidade – presunção de inocência - direito de propriedade – direito ao respeito dos bens – proporcionalidade da intervenção.

Notas de rodapé: Giuseppe Martinico – Antonio Pulvirenti – Antonio Ruggieri

Opinião parcialmente concorrente e parcialmente dissidente do juiz Pinto de Albuquerque

Índice: I. Introdução (§§ 1-2). Parte I. Roma fala à Estrasburgo (§§ 3-56). – II. A relação entre a Convenção e a Constituição (§§ 3-20). – A. As primeiras “sentenças gêmeas” inovadoras (§§ 3-7). – i. A convenção vista como uma norma de grau intermediário entre a Constituição e a lei ordinária (§§ 3-4). – ii. O poder limitado de aplicação da Convenção pelos juízes comuns (§§ 5-7). – B. As segundas “sentenças gêmeas” aperfeiçoadas (§§ 8-14). – i. A máxima expansão das garantias da Convenção e da Constituição (§§ 8-10). – ii. A “margem de apreciação” das sentenças da Corte (§§8-10). – C. A *revolutio* da sentença n. 49/2015 (§§16-20). – i. A herança incontestada de *Sud Fondi* (§§ 16-17). – ii. *Varvara* interpretada no “fluxo contínuo” da jurisprudência de Estrasburgo (§§ 18-20). – III. As consequências da sentença n. 49/2015 no ordenamento jurídico italiano (§§ 21-56). – A. A leitura errada da *Varvara* (§§ 21-27). – i. A obliteração do “direito ao esquecimento” (§§ 21-24). – ii. A instrumentalização da justiça penal

para a finalidade de política administrativa (§§25-27). – B. A ilusória declaração “substantial” de responsabilidade (§§ 28-35). – i. A insuperável falta de segurança jurídica (§§ 28-33). – ii. A violação do princípio da presunção de inocência (§§ 34-35). – D. O volátil critério do “direito consolidado” (§§36-56). – i. A distorção “da jurisprudência bem consolidada” (§§ 36-42). – ii. O inquietante critério do “não consolidamento” do direito (§§ 43-56). PARTE II. Estrasburgo responde à Roma. (§§ 57-90). – IC. O lugar da Corte na Europa (§§ 57-71). – A. O espírito do tempo (§§ 57-63). – i. A corte tomada por fortes ventos contrários (§§ 57-60). – ii. Uma aproximação do direito penal orientado pela eficácia dos interesses (§§ 61-63). – B. O *acquis* cultural da Corte (§§ 64-67). – i. A extraordinária herança da Corte (§§ 64-65). – ii O exemplo revelador da Itália (§§ 66-67). – C. Qual é o diálogo judiciário? (§§68-71). – i. A lógica antagonista do “nós e eles” (§§ 68-69). – ii. A luta por delegação para a sobrevivência do direito internacional (§§ 70-71). – II. A Corte com a “última palavra” (§§ 72-90). – A. A “autoridade interpretativa” da sentença da Corte (§§ 72-80). – i. Do efeito res interpretata ao efeito erga omnes da sentença da Corte (§§ 72-80). – ii. Do paroquialismo constitucional ao constitucionalismo multinível (§§ 78-80). – B. Uma doutrina constitucional dos direitos humanos convencionalmente orientada (§§ 81-86). – i. A integração da Convenção no ordenamento constitucional e jurídico (§§ 81-84). – ii. A proteção da Convenção: um “pisso”, não um “teto” (§§ 85-86). – C. O desafio da retórica da “identidade nacional” (§§ 87-90). – i. Uma lição da saga Taricco (§§ 87-88). – ii. A “linha Maginot” entre a Convenção e a Carta dos direitos fundamentais (§§ 89-90). VI. Conclusão (§§ 91-95).

I. Introdução (§§ 1-2)

Embora eu tenha aderido à opinião dissidente comum aos juízes Sajó, Karakas, Keller, Vehabovic, Kuris e Grozev (“a opinião dissidente comum”), existem três razões que me estimulam também a redigir uma opinião separada. Estou convencido, em primeiro lugar, que o núcleo da presente causa seja constituído pela forma como a Corte constitucional italiana (a “Corte constitucional”¹³⁷⁵) interpretou a sentença *Varvara*¹³⁷⁶. Ao meu ver, a opinião dissidente comum não se exauri na análise dos motivos pelos quais a Corte constitucional havia erroneamente interpretado a sentença *Varvara*. Adiante retornarei mais detalhadamente neste ponto. Em segundo lugar, penso que devo dar mais uma explicação para haver votado a favor da constatação da violação do Artigo7 da Convenção Europeia a fim de proteger os direitos do homem (“A Convenção”) nesse caso (em

1375 A Corte constitucional italiana, com sede no *Palazzo della Consulta*, também será referido neste parecer como “Consulta” ou “Juiz das leis”.

1376 *Varvara c. Italia*, n. 17475/09, 29 de outubro de 2013.

relação ao recorrente Sr. Gironde), enquanto tinha votado em sentido oposto na causa *Varvara*.

2. Em terceiro lugar, na sentença n. 49 de 2015, a Corte constitucional examinou os termos da relação entre a Convenção, como interpretada pela Corte europeia dos direitos do homem (“a Corte”), e a Constituição italiana. Os termos inovadores, mas problemáticos, nos quais este relatório foi formulado, merecem uma apreciação mais aprofundada por parte desta Corte na medida em que influenciam diretamente sobre a aplicação da jurisprudência da Corte na Itália e podem influenciar, de modo decisivo, outras cortes supremas ou constitucionais na sua forma de aplicação. Não creio que ignorar as críticas feitas por algumas cortes supremas e constitucionais à Corte e a sua jurisprudência possam favorecer um sincero diálogo judicial. Nem motivos para diplomacia judicial nem considerações de estratégia política justificaram o silêncio ensurdecedor da Corte sobre uma questão tão candente em alguns casos passados.

A mensagem transmitida pela presente sentença não é nem ambígua nem hesitante, mas, pelo contrário, é direta e firme: todas as sentenças da Corte têm o mesmo valor jurídico, a mesma natureza vinculante e a mesma autoridade interpretativa¹³⁷⁷. Dada a sua inegável importância, não só para a Itália, mas também para todos os Estados Partes na Convenção.

PARTE I

ROMA FALA À ESTRASBURGO (§§3-56)

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

A. As primeiras “sentenças gêmeas” inovadoras (§§ 3-7)

i. A Convenção vista como uma norma de grau intermediário entre a Constituição e a lei ordinária (§§ 3-4)

3. Antes de 2007¹³⁷⁸, a *Consulta* atribuiu à Convenção o estatuto de lei ordinária no sistema jurídico italiano enquanto ela tinha sido incorporada no sistema jurídico através de uma lei ordinária, a lei n. 848 de 4 de agosto de 1955¹³⁷⁹. Baseando-se numa abordagem dualista do direito internacional, a Corte constitucional afirmou que as disposições da Convenção tinham o mesmo estatuto que

1377 § 252 da sentença da *Grande Câmara*.

1378 É oportuno observar que a primeira referência à jurisprudência da Corte de Estrasburgo no relatório anual do presidente da Corte constitucional aos meios de comunicação social remonta a 1989 (no que diz respeito a jurisprudência relativa à duração do processo) e que a primeira referência à relação entre a Corte constitucional e a Corte de Estrasburgo foi feita em 2004.

1379 Sentença da Corte constitucional n. 188/80, n. 153/87, n.323/89, n. 315/90 e n. 388/99.

a lei que as incorporava no ordenamento jurídico interno¹³⁸⁰. Todavia, simultaneamente, a Corte constitucional admitiu que “a interpretação conforme a Constituição é confirmada por significativas indicações normativas, inclusive aquelas de natureza supranacional”, fazendo, nestes termos, referência à Convenção e ao Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos¹³⁸¹. Além disso, a Corte constitucional, que pretende enriquecer a interpretação do catálogo constitucional dos direitos fundamentais, invocou não só as disposições da Convenção, mas também a jurisprudência da Corte¹³⁸². Todavia, o impacto da Convenção no panorama constitucional permanecia, todavia, muito limitado.¹³⁸³ Entretanto, isso não impediu os juízes ordinários¹³⁸⁴ de ocasionalmente aplicarem o direito convencional, excluindo a disposição de direito interno concorrente¹³⁸⁵.

4. Nas sentenças pioneiras n. 348 e n. 349 de 2007, também chamadas de “sentenças gêmeas”, a Corte constitucional reagiu a essa prática dos juízes ordinários, tendo em conta o novo texto do Artigo 117 da Constituição, conforme emendado pela lei constitucional n. 3 de 18 de outubro de 2001, que impunha ao legislador o dever de uniformização com as obrigações internacionais¹³⁸⁶. Sob

1380 Somente mais tarde a Corte constitucional declarou, num célebre *obiter dictum*, no entanto, isolado, que a lei de 1955 de ratificação da Convenção tinha uma força particular e não podia ser revogada por uma lei ordinária posterior porque “se trata(va) de normas derivadas de uma fonte de competência atípica (...) como tal, insuscetível quanto à revogação ou de modificação por disposições de lei ordinária” (sentença n.10/93).

1381 Sentença da Corte constitucional n. 413 de 2004.

1382 Sentença da Corte constitucional n. 154 de 2004, que fez referência ao direito tutelado no art. 6 da Convenção à luz da interpretação utilizada na sentença *Cordova c. Italia* (n. 1), n. 40877/98, e *Cordova c. Italia* (n. 2), n. 45649/99, 30 de janeiro de 2003.

1383 A. Pace, “La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia”(2001) 7 *Diritto pubblico* 1; M. Cartabia, “La CEDU e l’ordenamento interno: qualche spunto di riflessione in attesa delle decisioni della Corte costituzionale”, entrambi in R. Bine al. (ed.), *All’incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l’efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, Giappichelli, 2007. I contributi a questo seminário de Ferrara danno um quadro eccellente della situazione come si presentava immediatamente prima della pronuncia dele “sentenze gemelle”.

1384 A expressão “juiz ordinário” será utilizada na presente opinião no sentido de órgão judiciário interno ordinário, em oposição à Corte constitucional.

1385 V. As emblemáticas sentenças da Corte de Cassação n. 2194 de 1993, n. 6672 de 1998 e n. 28507 de 2005.

1386 Os trabalhos doutrinários italianos sobre os argumentos enfrentados na presente opinião são extremamente ricos. Com o fim de atingir um público mais vasto, darei, todavia, preferência à literatura escrita em inglês e francês, sem esquecer os textos em italiano. Com relação às sentenças n. 348 e n. 349 ver, entre outros, G. Repetto, “Rethinking a constitutional role for the ECHR, The Dilemmas of incorporation into Italian domestic law” in G. Repetto, *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law, an Italian perspective*, Cambridge: Intersentia, 2013, 37-53; M. Parodi, “Le sentenze della Corte Edu come fonte di diritto. La giurisprudenza costituzionale successive alle sentenze n. 348 e n. 349 el 2007” (2012) *Diritti Comparati*; F. Jaquelot, “La réception de la CEDH par l’ordre juridique italien: itinéraire du dualisme italien à la lumière du monisme français”(2011) *Revue de Droit Public* 1235; A. Ruggeri, “Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive”, in Del Canto e Rossi (ed.), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011; P. Ridola, “La corte costituzionale e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo: tra gerarchia delle fonti nazionali e armonizzazione in via interpretativa”. In P. Ridola, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Torino, Giappichelli, 2010; E. Cannizzaro, “The effect of the ECHR on the Italian legal order: direct effect and supremacy” (2009) *XIX Italian Year-book of international Law* 173; F. Lafaillé, “CEDH et constitution italienne: la place du droit conventionnel au sein de la hiérarchie des normes” (2009) *Revue de Droit Public* 1137; F. Sorrentino, “Apologia delle “sentenze gemelli” (brevi note a margine delle sentenze nn/ 348 e 349/2007 della Corte costituzionale”, in *Diritto e società*, 2/2009; AA.VV., *Riflessioni sulle sentenze 348 349/2007 della Corte costituzionale*, a cura di V. Salazar e A. Spadaro, Milano, 2009; O. Pollicino, “Constitutional Court at the crossroads between parochialism and co-operative constitutionalism” (2008) 4 *European Constitutional Law Review* 363; F. Dal Monte e F. Fontanelli, “The Decisions no. 348 and 349 of 2007 of the Italian Constitutional Court: the efficacy of the European convention in the Italian legal system” (2008) 9 *German Law Journal* 889; F. Ghera, “Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)” (2008) *Foro italiano* I, 50; M. Luciani, “Alcuni interrogative sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale” (2008) *Corriere giuridico* 185; M. Cartabia, “Le sentenze gemelli: Diritti fondamentali, fonti, giudici”

essa base constitucional, a Corte constitucional considerou que a Convenção fosse uma norma de nível intermediário entre a lei ordinária e a Constituição e, assim, afirmou o seu monopólio em todos os casos de conflito entre a Convenção e o direito interno. O seu discurso em relação a colocação formal dos tratados internacionais na hierarquia das fontes de direito italiana sublinhava, inequivocadamente, o nível supralegislativo da Convenção. No caso de conflito entre a Convenção, assim como interpretada pela Corte, e a legislação interna sucessiva à lei n. 848 de 4 de agosto de 1955, os juízes ordinários não poderiam dar prioridade à primeira e, portanto, deixar de aplicar a disposição interna concorrente, mas, deveriam submeter a questão controvertida à última palavra da Corte constitucional. A Corte constitucional teria, portanto, avaliado se a disposição da Convenção em questão, como interpretada pela Corte, fosse compatível com a Constituição e, em tal caso, se a lei ordinária impugnada fosse compatível com a Convenção. No caso em que a disposição da Convenção em objeto, assim como interpretada pela Corte, não tivesse sido compatível com a Constituição, a lei n. 848 de 4 de agosto de 1955 devia ser parcialmente revogada no que se refere à mencionada disposição, enquanto a Convenção em si não podia ser considerada inconstitucional. Se a lei controvertida não tivesse sido compatível com a Convenção, essa deveria ser suprimida do ordenamento porquanto contrária ao parágrafo primeiro do Artigo 117 da Constituição. Com isso, a interpretação da Convenção por parte da Corte de Estrasburgo tinha um valor normativo na medida na qual atuava como um *standard* normativo no controle de constitucionalidade da lei ordinária.

ii. O poder limitado de aplicação da Convenção pelos juízes comuns (§§5-7)

5. Segundo o Juiz das leis, os Estados-Parte da Convenção não tinham instituído um ordenamento jurídico internacional e não tinham imposto a obrigação de inserir a Convenção no ordenamento jurídico interno. Não se podia, portanto, afirmar que existe um ordenamento jurídico externo no qual, por meio de seus órgãos decisores, adota-se a *omissão média* das regras com força vinculante para todas as autoridades internas. Dessa forma, não havia limites para a soberania nacional. Por conseguinte, as pessoas não poderiam se beneficiar diretamente da tutela ofertada pela Convenção¹³⁸⁷. Todavia, sempre segundo a Corte constitucional, tocava aos juízes ordinários interpretar a norma interna de

(2007) 52 *Giurisprudenza Costituzionale* 3564; F. Donati, “La CEDU nel sistema italiano dele fonti del diritto alla luce dele sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007” (2007) *I Diritti dell’Uomo* 14; A. Guazzarotti, “La Corte e la CEDU: il problemático confronto di standard di tutela alla luce dell’art. 117, comma I, Cost.” (2007) *Giurisprudenza Costituzionale* 3574; e Pinelli, “Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e dele leggi com essa confliggenti” (2007) 52 *Giurisprudenza Costituzionale* 3518.

1387 Tal ponto de vista não era unânime entre as jurisdições superiores italianas. Por exemplo, na sentença n. 1191/89 a Corte de cassação já havia declarado que o art. 6 da Convenção era *self-executing*.

acordo com a Convenção e a jurisprudência da Corte. Em caso de dúvida sobre a compatibilidade da norma interna com a Convenção, o juiz comum precisava levantar uma questão de legitimidade constitucional e submetê-la para a Corte constitucional.

6. Esse raciocínio se passava, principalmente, na presumida distinção entre o ordenamento jurídico da União Europeia, cujo tinha uma eficácia direta reconhecida, e a Convenção, a qual, do ponto de vista da Corte constitucional, não tinha eficácia direta no ordenamento jurídico interno das Partes Contratantes, na medida em que não permitia que os juízes ordinários não aplicassem a legislação interna contrária à Convenção¹³⁸⁸. Mesmo ao admitir que a Convenção era diferente de outros tratados internacionais, uma vez que a sua interpretação não estava nas mãos das Partes Contratantes, mas sim nas de uma Corte que havia a “última palavra”¹³⁸⁹, a Corte constitucional sublinhava que a Convenção deveria ser considerada como um acordo multilateral que não limitasse a soberania das partes contratantes¹³⁹⁰. Em definitivo, os tratados de direitos do homem como a Convenção devem ser considerados, segundo a mesma, como qualquer outro tratado internacional, exceto no caso de um tratado internacional que contenha princípios de direito internacional consuetudinário¹³⁹¹.

7. Na lógica das “sentenças gêmeas”, a Convenção sequer poderia oferecer um grau de tutela superior a aquele garantido pela Constituição, mas tão somente “uma tutela dos direitos fundamentais que fosse no mínimo equivalente ao nível garantido pela Constituição italiana”¹³⁹². Assim, a convenção permanecia uma fonte externa do direito que não deveria comprometer a unidade da Constituição. Se a Corte constitucional deveria procurar um equilíbrio razoável entre as obrigações impostas pelo direito internacional, inclusive aquelas derivadas da Convenção, e à tutela dos interesses que se beneficiaram de uma garantia constitucional reconhecida por outros Artigos da Convenção, a prevalência do direito convencional sobre a lei ordinária haveria de ser assegurada somente pelo primeiro parágrafo do Artigo 117 da Constituição, e as disposições da Convenção – assim como as sentenças da Corte que interpretavam – deveriam ser percebidas como “fatos externos” ao ordenamento jurídico italiano. O dualismo à moda antiga no “estilo Anzilotti” sobrevivia, enquanto a Convenção era, como toda outra lei, claramente submissa ao controle da Corte Constitucional¹³⁹³.

1388 V. o § 3.3 do *cons. In dir. (considerando in diritto)* da sentença n. 348/2007 da Corte constitucional.

1389 V. o § 6.2 do *cons. In dir. Do acórdão n. 348/2007* da Corte Constitucional.

1390 V. o § 6.1 do *cons. In dir. Do acórdão n. 348/2007* da Corte Constitucional.

1391 V. o § 6.1 do *cons. In dir. Do acórdão n. 348/2007* da Corte Constitucional.

1392 Ibid.

1393 V. o § 4.6 do *cons. In dir. Do acórdão n. 348/2007* da Corte Constitucional.

B. As segundas “sentenças gêmeas” aperfeiçoadas (§§ 8-14)

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

8. Dois anos mais tarde, a Corte constitucional refinou a lógica das “sentenças gêmeas”, adotando um novo par de “sentenças gêmeas”, as sentenças n. 311 de 2009 e n. 317 de 2009¹³⁹⁴. Mesmo evidenciando a natureza diferente de algumas disposições da Convenção que incluíam normas consuetudinárias diretamente aplicáveis pelo juiz ordinário em virtude do Artigo 10 da Constituição¹³⁹⁵ e o papel da jurisprudência da Corte de Estrasburgo na qualidade de intérprete oficial da Convenção, com a consequência lógica que a Corte constitucional não tinha o poder de substituir a própria interpretação de uma disposição da Convenção por aquela da Corte¹³⁹⁶, os juízes do *Palazzo della Consulta* limitavam, todavia, a autoridade interpretativa da Corte à “substância” de sua jurisprudência “consolidada”¹³⁹⁷.

9. Com o louvável objetivo de proporcionar o mais alto grau de proteção possível aos direitos fundamentais comuns tanto à Convenção, quanto à Constituição, o Juiz constitucional procedia a um exercício harmonização com base na “compemtração” entre os dois catálogos de direito e da “inter-relação normativa entre os vários níveis das garantias”. Assim, os juízes da *Consulta* admitiram explicitamente que a Convenção, assim como interpretada pela Corte, tinha o mesmo estatuto que a Constituição: “a norma da CEDH, no momento em que integra o primeiro parágrafo do Artigo 117 da Constituição, repete o seu nível no sistema

1394 No que se refere às sentenças n. 311 e 317, ver, entre outros, V. Barsotti e al., “Italian Constitutional Justice in Global Context”, Oxford: Oxford University Press, 2015; N. Perlo “Les juges italiens et la Cour européenne des droits de l’homme: Vers la Construction d’un système juridique intégré de Protection des droits”, em X. Magnon et al. (ed.), “L’Office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales”, Bruxelles: Bruylant, 2015; e “La Cour Constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits de l’homme: un barrage contre le pacemore?” (2013) 95 *Revue française de droit constitutionnel* 717; Ver. Padula, “La corte costituzionale ed i “controlimiti” alle sentenze della corte europea dei diritti dell’uomo: riflessioni sul bilanciamento dell’art. 117, co. 1, Coto.” em *Federalismi.it*, 10 de dezembro de 2014; G. Reppetto, “L’effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al “doppio binario” (2014) 20 (3) *Diritto Pubblico* 1075; M. Cartabia, “La tutela multilivello dei diritti fondamentali – il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona”, encontro trilateral entre os tribunais constitucionais italiano, português e espanhol - Santiago de Compostela 16-18 de Outubro de 2014; F. Gallo, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU, Bruxelles, 24 maggio 2012*, in *Revista dell’Associazione italiana dei costituzionalisti AIC* 1/2013; D. Tega, “I diritti in crisi tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo”, Milano: Giuffrè, 2012; O. Pollesino, “Allargamento dell’Europa ad est e rapporti tra Corti costituzionali e corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale”, Milano: Giuffrè, 2012; D. Tega, “L’ordinamento costituzionale italiano e il “sistema” CEDU: accordi e disaccordi”, em V. Manes e V. Zagrebelsky (ed.), “La CEDU nell’ordinamento penale italiano”, Milano: Giuffrè, 2011; E. Gianfrancesco, “Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo”, in *Revista dell’Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 1/2011; O. Pollicino, “Margine di apprezzamento, art. 10, c.1, Cost. E bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?”, in *Forum di Quaderni costituzionale*, 16 dicembre 2009, A. Ruggeri, “Convergenze e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. Nn. 311 e 317 del 2009)”, *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009.

1395 V. o § 6 do *cons. In. Dir.* da sentença n. 311/2009 da Corte constitucional.

1396 V. o § 7 do *cons. In. Dir.* da sentença n. 317/2009 da Corte constitucional.

1397 V. o § 6 do *cons. In. Dir.* da sentença n. 311/2009 da Corte constitucional. Recentemente na sentença n. 49 de 2015, a Corte constitucional ratificou esse princípio interpretativo: “Essa Corte já especificou, e aqui reitera, que o juiz comum é obrigado a cumprir a “jurisprudência europeia consolidada sobre a regra que confere” (sentenças n. 236 de 2011 e n. 311 de 2009), “de modo a respeitar a substância daquela jurisprudência” (sentença n. 311 de 2009; no mesmo sentido, sentença n. 303 de 2011)”

das fontes, com tudo o que se segue, em termos de interpretação e harmonização (...)”¹³⁹⁸. Por consequência, o Artigo 117 da Constituição não excluía uma tutela superior por parte da Convenção, assim como interpretada pela jurisprudência da Corte de Estrasburgo: “É evidente que essa Corte não somente não pode permitir que se determine, através do Artigo 117, parágrafo primeiro, da Constituição, uma tutela inferior aquela já existente no direito interno, mas também não pode admitir que uma proteção mais elevada, que seja possível de introduzir pelos mesmos meios, seja retirada dos titulares de um direito fundamental. A consequência desse raciocínio é que o confronto entre a tutela convencional e a tutela constitucional dos direitos fundamentais deve ser efetuado almejando à máxima expansão das garantias, bem como através do desenvolvimento das potencialidades incitas nas normas constitucionais que tem por objeto os mesmos direitos”¹³⁹⁹.

É oportuno observar que à Corte constitucional tinha se atribuído a faculdade de afirmar que a tutela conferida pela Convenção, assim como interpretada pela Corte de Estrasburgo, pudesse ser superior àquela derivada da Constituição. Mas isso significava igualmente que essa podia, ao contrário, afirmar o oposto, ou seja, que a tutela concedida pela Constituição pudesse ser superior àquela derivada da Convenção, assim como interpretada pela Corte de Estrasburgo.

10. Na busca pela “máxima expansão das garantias” oferecida tanto pela Convenção quanto pela Constituição, tocava, portanto, que a Corte constitucional proceda ao necessário exercício de harmonização com “outros interesses que gozem de uma tutela constitucional, ou seja, outras disposições constitucionais que garantam direitos fundamentais que podem ressentir da expansão de uma tutela individual”¹⁴⁰⁰. Desse modo, a Corte constitucional inseria a aplicação da Convenção no ordenamento jurídico italiano numa perspectiva sistêmica mais ampla, pondo em evidência a importância do “ambiente constitucional” no âmbito de aplicação da Convenção e, também, o papel da própria *Consulta* como árbitro final da executividade das sentenças da Corte no ordenamento jurídico italiano.

Não obstante o novo estatuto para-constitucional reconhecido ao direito convencional, as sementes da discórdia com Estrasburgo tinham, todavia, sido jogadas, na medida em que a amplitude e os limites da incorporação da Convenção dependessem do juízo constitucional interno em relação aos interesses

1398 V. o § 7 do *cons. In. Dir.* da sentença n. 317/2009 da Corte constitucional.

1399 *Ibid.*

1400 Esse é um aperfeiçoamento do “equilíbrio razoável” já mencionado no § 4.7 do *const. In. Dir.* da sentença n. 348/2007. O valor acrescentado pela sentença de 2009 consiste na ênfase colocada nas relações menos formalistas e hierárquicas, mais axiológico e substancial, entre Constituição e Convenção, em nome do princípio da “maximização das garantias”.

em jogo – não só a nível retórico, mas também a nível prático. No direito constitucional, o controle de constitucionalidade imposto às normas convencionais, como interpretada pela Corte, não era sequer limitado a um núcleo específico de normas ou interesses constitucionais. Contrariamente aos famosos “*controlimits*”¹⁴⁰¹ que podem ir de encontro com a difusão do direito da União Europeia¹⁴⁰², ou até mesmo delimitar algumas normas de direito internacional consuetudinário¹⁴⁰³, toda norma ou interesse constitucional poderá construir um legítimo obstáculo à difusão da Convenção.

ii. A “margem de apreciação” das sentenças da Corte (§§ 11-15)

11. Conforme as “segundas sentenças gêmeas” tivemos um incontestável avanço no direito convencional, conforme interpretado pela Corte de Estrasburgo, na medida no qual o mesmo já não era mais entendido como um *corpus* de direito externo ao ordenamento jurídico italiano, mas como um *corpus* de direito posto a um nível de paridade com a Constituição, que apresenta uma afinidade axiológica com essa, a aplicação da Convenção no direito interno permanecia de qualquer forma sujeita ao rigoroso controle da Corte constitucional. Para preservar tal controle, a Corte constitucional recorria a um instrumento técnico fundado na jurisprudência da própria Corte de Estrasburgo, a “margem de apreciação”, aplicando, todavia, a modulação do efeito jurídico da sentença da Corte no ordenamento jurídico italiano¹⁴⁰⁴.

12. A fim de reforçar essa linha de raciocínio, a Corte constitucional insistia na distinção entre a função da Corte de Estrasburgo, que consistia em “decidir sobre o caso singular e sobre o direito fundamental singular”, e a função das autoridades nacionais, inclusive aquela da Corte constitucional, que consistia em tutelar os direitos fundamentais de modo coordenado e sistemático, e, portanto, impedir que a tutela de alguns direitos fundamentais “se desenvolvessem de modo desequilibrado, com o sacrifício de outros direitos igualmente tutelados pela Carta constitucional e pela própria Convenção europeia”¹⁴⁰⁵.

1401 Este núcleo intangível de identidade constitucional e soberania do Estado compreende “os princípios fundamentais do nosso ordenamento constitucional” e “os direitos inalienáveis da pessoa humana”, como descrito pelas sentenças da Corte constitucional n. 183/73, n. 170/84, n.232/89 e n. 238/2014.

1402 V. a sentença do Conselho de Estado de 8 de agosto de 2005, causa n. 4207/2005

1403 V. a sentença da Corte constitucional n. 238/2014.

1404 A margem de apreciação foi mencionada tanto no § 7 da sentença n.317 de 2009, como no § 9 da sentença 311 de 2009. Mas, o significado das referências é muito diferente. Se aquela referência da sentença n. 311 faz simplesmente um referimento à jurisprudência da Corte sobre a interpretação de certos domínios sociais, a da sentença n.317 é divergente, pois pretende que os Estados disponham de uma margem de apreciação na execução das sentenças da Corte. Sobre a utilização da margem de apreciação da Corte constitucional, ver M. Cartabia, “La tutela multilivello (...)”, supracitada, pag. 20, que justifica o seu uso “quando ainda não há a consolidação de um consenso”; ver, também, V.Sciarabba, “La dottrina del margine di apprezzamento e i rapporti com le corti nazionali”, in O. Pollicino e V. Sciarabba, “La Corte Europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale”, in *Forum costituzionale.it*, 2010; e F. Bilancia, “Con l’obiettivo di assicurare l’effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il ‘margine di apprezzamento’ statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali” (2009) *Giurisprudenza costituzionale* 4772.

1405 V. o § 7 do *cons. In. Dir.* da sentença n. 311/2009 da Corte constitucional.

13. Nessa linha de pensamento há duas críticas em relação à natureza da jurisprudência da Corte, críticas essas que tinham sido explicitadas na sucessiva jurisprudência constitucional. Por um lado, para a *Consulta*, as sentenças da Corte eram muito específicas e atomistas¹⁴⁰⁶, já que eram estritamente dependentes do contexto e das circunstâncias próprias de cada caso. Em seu entender, dado que a jurisprudência da Corte se embasava em precedentes, permitindo assim uma consolidação dos seus princípios no tempo, nem todas as sentenças podiam ser reconhecidas como representativas da jurisprudência da Corte. Por outro lado, segundo o parecer da *Consulta*, as sentenças de Estrasburgo eram excessivamente simplistas e lineares porque tomavam em consideração somente os interesses subjetivos em questão e não todos os interesses objetivos em jogo; portanto, a jurisprudência da Corte não tinha plenamente em conta a especificidade do ordenamento jurídico italiano¹⁴⁰⁷. Se necessário, a Corte constitucional poderia, então, repetir o equilíbrio dos interesses efetivados pela Corte de Estrasburgo à luz dos interesses objetivos prevalentes no ordenamento constitucional italiano¹⁴⁰⁸. É por esse motivo que, segundo a mesma, deveria ser concedida uma certa margem de apreciação às autoridades internas na aplicação das sentenças da Corte¹⁴⁰⁹.

14. As segundas “sentenças gêmeas” (sentenças n. 311 e 317 de 2009) marcaram uma certa mudança na orientação dos juízes da *Consulta* no que se refere às primeiras “sentenças gêmeas” (sentença n.348 e 349 de 2007). Se as primeiras “sentenças gêmeas” eram focadas na instauração de uma ordem formal, no modelo kelseniano, da prevalência da Constituição sobre a Convenção e da Convenção sobre a lei ordinária, visando delimitar as respectivas funções do juiz ordinário e do juiz constitucional quando se tratava de garantir a hierarquia das fontes de direito¹⁴¹⁰, as segundas “sentenças gêmeas” visavam uma articulação substancial entre a Constituição e a Convenção, fundada sobre o

1406 V. a sentença n. 236/2011 da Corte constitucional. Fazendo referência à posição da Corte de Estrasburgo e da Corte constitucional, M. Cartabia sustentou que “embora o caso não provocou um verdadeiro e próprio conflito jurisprudência, não pode deixar de mencionar a diversidade das posições mantidas pelas duas cortes”(“La tutela multilivello(...)”, supracitada, p. 18).

1407 V. a sentença n. 236/ 2011 da Corte constitucional.

1408 V. a sentença n. 264/2012 da Corte constitucional.

1409 É necessário observar que, na sentença n. 264/2012, a Corte constitucional, a fim de evitar a aplicação da sentença emitida pela Corte, recorreu à doutrina da margem de apreciação e não à de *controlimiti*, como solicitado pelo juiz competente (§ 4.2). Ver, em relação a essa sentença, *inter alia*, M. Cartabia “I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana” (2015) *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 45, e “La tutela multilivello (...)”, supracitada, pp. 12-15; F. Viganò, “Convenzione europea dei diritti dell’uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo”, in *Diritto Penale Contemporaneo* (DPC), 14 Luglio 2014; R. Dickmann, “Corte costituzionale e controlimiti al diritto internazionale. Ancora sulle relazioni tra ordenamento costituzionale e CEDU”, in *Federalismi.it, Focus Human Rights*, n. 3/2013, 1 settembre 2013; M. Massa, “La sentenza n. 264 del 2012 della Corte costituzionale: dissonanze tra le corti sul tema della retroattività”, in *Quaderni costituzionali*, 1/2013; e A. Ruggeri, “La *Consulta* rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale, (“a prima lettura” di Corte cost. N. 264 del 2012”, in *Diritti Comparati*, 14 dicembre 2012.

1410 Ver as observações esclarecedoras do ex-juiz da Corte constitucional, Sabino Cassese, “Dentro la Corte. Diario di un juiz costituzional”, Bologna: Il Mulino, 2015, 78, 88, 89 e 213.

princípio da maximização da tutela dos direitos fundamentais dos dois diplomas, impondo, todavia, as modalidades de uma delimitação unilateral de poder entre Roma e Estrasburgo¹⁴¹¹.

No fim, a Corte constitucional transmitia uma mensagem inequívoca, na qual explicava que, mesmo estando aberta a um certo grau de integração do direito convencional e constitucional, pretendia conservar uma boa parte do poder discricionário na execução das sentenças da Corte no ordenamento jurídico interno, criando, assim, um claro risco de conflito com Estrasburgo e de incerteza jurídica no ordenamento jurídico italiano¹⁴¹².

15. Como era previsível, o conflito iniciou três anos depois com o caso das “pensões por velhice suíças”. Na sentença *Maggio e altri c. Italia*¹⁴¹³, a Corte de Estrasburgo foi contrária à sentença n. 172 de 2008 da Corte constitucional, considerando que, na lei n.296/2006, o Estado italiano não havia reconhecido os direitos dos recorrentes garantidos no Artigo 6, § 1, da Convenção, rejeitando, assim, os argumentos apresentados pelo Governo – segundo os quais a lei era necessária para reestabelecer o equilíbrio no sistema de pensões, eliminando todas as vantagens que beneficiavam as pessoas que haviam trabalhado na Suíça e que haviam pago contribuições mais baixas – considerando que tais argumentos não foram muito convincentes para superarem os perigos inerentes na adoção de uma legislação retroativa que tinham a possibilidade de influir de modo decisivo sobre o êxito de uma controvérsia pendente na qual o Estado era parte. Tais divergências de opiniões entre Estrasburgo e Roma levou a sentença n. 264 de 2012, na qual a Corte constitucional reviu o exercício da harmonização entre o direito assegurado pela Corte de Estrasburgo à luz de “outros interesses constitucionais”, concluindo que havia motivos importantes de interesse geral que justificavam uma aplicação retroativa da lei. Estranhamente, a *Consulta* suscitou que “não só o sistema nacional de valores na sua interação, mas também o conteúdo da decisão da Corte EDH da qual se trata”, como se o respeito ao “conteúdo” da jurisprudência de Estrasburgo justificasse um desrespeito da sentença *Maggio* proferida pela Corte. Posteriormente, nas causas *Cataldo e altri c. Italia*¹⁴¹⁴ e *Stefanetti e altri c. Italia*¹⁴¹⁵, a Corte claramente afirmou que mantinha a sua posição. Na sua última sentença n. 166 de 2017, a Corte constitucional não reviu a sua posição, ratificando que “o *novum* da sentença *Stefanetti*”, proferida em Estrasburgo não

1411 A Corte constitucional não tem sido coerente no uso da linguagem da sentença n. 137/2009 e, por vezes, continua a utilizar uma linguagem de tipo hierárquico, como, por exemplo, na sentença n. 93/2010.

1412 Já antecipei esse conflito na nota n. 9 no meu parecer separado alegado na sentença *Fabris c. Francia* [GC], n.16574/08, 7 de fevereiro de 2013.

1413 *Maggio e altri c. Italia*, nn. 46286/09 e outros 4, 31 de maio de 2011.

1414 *Cataldo e altri c. Italia*, nn. 54425/08 e outros 5, 24 de junho de 2014.

1415 *Stefanetti e altri c. Italia*, nn. 21838/10 e outros 7, 15 de abril de 2014.

acrescentava nada ao debate sobre a constitucionalidade da norma interna controversa¹⁴¹⁶.

C. A revolutio da sentença n. 49/2015 (§§ 16-20)

i. A herança incontestada de Sud Fondi (§§ 16-17)

16. Depois do “duplo monólogo” na causa suíça sobre as pensões de velhice¹⁴¹⁷, o surgimento de um outro sério conflito entre a *Consulta* e a Corte de Estrasburgo era previsível, considerando os termos nos quais a sua relação havia sido imposta com as segundas “sentenças gêmeas”. O conflito nasceu em janeiro e maio de 2014, quando a Corte constitucional foi incumbida de analisar duas questões sobre legitimidade constitucional suscitadas pelo tribunal de Teramo e pela Corte de cassação, relativas ao Artigo 44, parágrafo 2, do decreto legislativo n. 380/2001 na sequência da sentença *Varvara*¹⁴¹⁸.

17. Na sentença n. 49/2015¹⁴¹⁹, a Corte constitucional recordou o caráter administrativo da medida de confisco prevista no Artigo 44, parágrafo 2, mas admitiu

1416 V. o ∞ 5 do *cons. In dir.* da sentença n. 166/2017 da Corte constitucional. A situação atual poderá ser superada somente com a intervenção do legislador, conforme há sugerido a Corte constitucional no §8 dessa sentença, ou com uma declaração de parcial inconstitucionalidade da lei n. 848 de 1955, com fundamento no art. 6 da Convenção, seguido da formulação de uma reserva à Convenção a este respeito. A Corte tem a última palavra no que diz respeito à compatibilidade de tais reservas com a Convenção. Se essa via legal falhar, ao Estado italiano não restará outra alternativa se não denunciar a Convenção. Em todo caso, o Estado italiano é considerado internacionalmente responsável de todas as situações em que recusar a execução de uma das sentenças da Corte.

1417 Com efeito, contemporaneamente à causa das pensões de velhice suíça havia uma outra causa que dizia respeito à legitimidade constitucional das disposições legislativas de interpretação autêntica (também no caso do pessoal ATA), em que a Corte afirmou que “no que diz respeito à decisão da Corte constitucional, a Corte recorda que pode não ser o suficiente para estabelecer a conformidade da lei n. 266 de 2005 com as disposições da Convenção” (*Agrati e altri c. Italia*, nn. 43549/08 e altri 2, § 62, 7 giugno 2011), contrastando, assim, com as conclusões da sentença n. 234/2007 da Corte constitucional. Na sua sentença n. 257/2011, a Corte constitucional forneceu uma interpretação rigorosa da sentença *Agrati e altri c. Italia*, declarando a constitucionalidade das disposições em questão. Quanto a essas sentenças, ver, *inter alia*, M. Bignami, “La corte Edu e le leggi retroattive”, in *Questione Giustizia*, 13 settembre 2017; G. BRonzini, “I limiti alla retroattività della legge civile tra ordinamento interno e ordinamento convenzionale: dal “disallineamento” al dialogo?”, in AAVV, *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Napoli: EGEE Editore, 2016; Servizio Studi Corte costituzionale, “La legge di interoretazione autentica tra Costituzione e Cedu”, a cura di I. Rivera, 2015; M. Massa, “Difficoltà di dialogo. Ancora sulle divergenze tra Corte costituzionale e Corte europea in tema di leggi interpretative”, in *Giurisprudenza Costituzionale* 1/2012; e F. Bilancia, “Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2012.

1418 Sobre a reação da sentença *Varvara*, ver, *inter alia*, F. Viganò, “Confisca urbanística e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo (a proposito di Cass.pen., sez. III, ord. 30 aprile 2014)”, in *DPC*, 9 giugno 2014; A. Balsamo, “La Corte europea e la confisca senza condanna per la lottizzazione abusiva” (2014) *Cassazione Penale* 1396; e G. Civello, “La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?”, in *Archivio Penale*, 2015, n.1.

1419 Ver, entre outros, V. Lo Giudice, “Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei controlimiti”, in *DPC*, 28 aprile 2017; A. Glannelli, “La confisca urbanística (art. 7 CEDU)”, in DI Stasi, *CEDU e Ordinamento Italiano*, Vicenza: CEDAM, 2016, 563-590; C. Padula, “La Corte Edu e i giudizi comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale”, in *Consulta online*, 2016 fasc. 2; D. Pulitano, “Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015”, in *DPC*, 22 giugno 2015; O. Di Giovine, “Antiformalismo Interpretativo: Il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale”, in *DPC*, 5/2015; G. Martinico, “Corti costituzionale (o SUPreme) e “disobbedienza funzionale” - Critica, dialogo e conflitti nel rapporto tra diritto interno e diritto dele convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)”, in *DPC*, 28 aprile 2015; A. Ruggeri, “Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno”, in *DPC*, 2 aprile 2015; D. Tega, “La sentenza dela Corte costituzionale n.49/2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU” (2015) *Quaderni costituzionali* 400; e “A National Narrative: The Constitution’s Axiological Prevalence of the ECHR-A Comment on the Italian Constitutional Court Judgment No. 49/2015; A. Pin, “A Jurisprudence to Handle with Care: The European Court of Human Rights’ Unsettled Case Law, its Authority, and its Future, According to the Italian Constitutional Court”, nello stesso blog; F. Viganò, “La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost, sent. 26marzo 2015,

que se tratasse de uma “pena” no sentido do Artigo 7 da Convenção¹⁴²⁰ e que fosse aplicável a presunção de inocência garantida pelo Artigo 6 § 2 da Convenção¹⁴²¹. A herança da causa *Sud Fondi*¹⁴²² é incontestável e permaneceu incontestada.

Todavia, a Corte constitucional afirmou que a absolvição por prescrição poderia ser acompanhada “da mais ampla motivação sobre a responsabilidade, com o único fim de confisco do bem subdividido”¹⁴²³. Em outros termos, uma decisão de prescrição do crime no ordenamento jurídico italiano não é nem logicamente, nem juridicamente incompatível com uma análise plena e completa da responsabilidade¹⁴²⁴. Além disso, no parecer da Corte constitucional, depois do recebimento da sentença *Sud Fondi*¹⁴²⁵ no ordenamento jurídico italiano, dita análise não constitui uma faculdade do juiz, mas uma obrigação cujo cumprimento depende da legalidade do confisco.

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

18. A *Consulta* concluiu que a hipótese formulada pelos juízes do reenvio, segundo a qual a sentença *Varvara* instaurou um princípio jurídico inovador e vinculante que era contraditório com uma norma que existia há muito tempo no ordenamento jurídico italiano, estava errada por três motivos. Em primeiro lugar, os juízes do reenvio ignoraram a natureza de “*diritto vivente*” da jurisprudência da Corte, pronunciada em um “*fluxo contínuo*” e relacionada a uma “situação concreta” que não era a original. Segundo a opinião da Corte constitucional, a

n.49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione”, in *DPC*, 30 marzo 2015; M. Bignami, “Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente”, in *DPC*, 30 marzo 2015; A. Russo, “Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo”, in *Archivio Penale*; R. Conti, “La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015”, in *Consulta online*, 10 aprile 2015; N. Calacino, “Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n.49/2015: sfugge il senso della “controriforma” imposta da Palazzo della Consulta”, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 3/2015; G. Civello, “Remessa alla Grande Camera la questione della confisca urbanistica in presenza di reato prescritto: verso il superamento della sentenza Varvara?”, *Archivio Penal* 2015, n.2; P. Mori, “Il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della ‘normalizzazione’ dei rapporti tra diritto intreno e la CEDU”, in *SIDBlog*, 2015; V. Zagrebelsky, “Corte cost. n. 49/2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivante dalla ratifica della Convenzione”, in *Osservatorio costituzionale* 2015, n.5; G. Sorrenti, “Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. N. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo”, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 7 dicembre 2015; D. Russo, “Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell’uomo: brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015”, in *Osservatorio delle fonti*, 2/2015; G. Repetto, “Vincolo al rispetto del diritto CEDU ‘consolidato’: proposta di adeguamento interpretativo” (2015) *Giurisprudenza Costituzionale* 411.

1420 V. o § 6 do *cons. In dir.* da sentença n. 49/2015 da Corte constitucional. Uma vez que a própria Corte constitucional admitiu a aplicabilidade das garantias dispostas no art. 7 do confisco urbano, não posso mais manter a posição que defendi no meu parecer separado proferido na sentença *Varvara*, no qual considerei que o art. 7 não era aplicável. Não quero ser mais realista que o rei.

1421 V. o § 5 do *cons. In dir.* da sentença n. 49/2015 da Corte constitucional.

1422 A sentença *Sud Fondi srl e altri c. Italia*, n. 75909/01, 20 gennaio 2009, foi acolhida positivamente na sentença n. 239/2009 da Corte constitucional. Na sentença n. 49/2015, a Corte constitucional afirmou dita jurisprudência.

1423 V. o § 5 del *const. In dir.* da sentença n.49/2015 da Corte constitucional.

1424 V. o § 6.2 do *const. In dir.* da sentença n. 49/2015 da Corte constitucional.

1425 *Sud Fondi*, supracitada.

rejeição da demanda recursal diante à *Grande Camara* tinha apenas confirmado que não havia sido introduzido um novo princípio.

Em segundo lugar, no parecer da *Consulta*, os juízes do reenvio haviam pressuposto, sem razão, que a sentença *Varvara* havia absorvido a sanção administrativa do confisco no contexto do direito penal. Isto é, teria contrariado a jurisprudência da Corte, a qual enfatizava a subsidiariedade da sanção penal e ao poder discricional do legislador na definição da importância dos ilícitos administrativos como medida direcionada a combater “a hipertrofia do direito penal”.

Em terceiro lugar, conforme a *Consulta*, os juízes do reenvio haviam interpretado mal a intenção da Corte de tutelar a “substância dos direitos humanos”, se necessário indo além do enquadramento formal de um fato¹⁴²⁶. A sentença *Varvara* era interpretada como um provimento que impunha simplesmente uma declaração “substancial” de responsabilidade, e, portanto, compatível com a declaração simultânea da prescrição do crime, conforme as normas de direito interno. Em outros termos, a lógica que presidia a sentença *Varvara* se baseava no fato que as normas de prescrição fossem compatíveis com uma condenação “substancial”.

19. Entre o Scilla da solução de confronto direto com a Corte de Estrasburgo, como proposto pela Corte de Cassação¹⁴²⁷, e o Cariddi da subordinação direta à Corte, como sugerido pelo Tribunal de Teramo, a Corte constitucional tem procurado um meio termo, que põe a sentença *Varvara* no contexto de um fluxo progressivo e contínuo de jurisprudência¹⁴²⁸ que nem sempre revela claramente o princípio com base no qual foi definida a causa¹⁴²⁹. No entender da Corte constitucional, a sentença *Varvara* não instaurava um princípio novo e vinculante e não integrava uma jurisprudência consolidada, ou seja, uma jurisprudência da qual pudesse derivar “uma norma idônea a garantir a certeza do direito e a uniformidade nos Estados aderentes de um nível mínimo de tutela dos direitos humanos”¹⁴³⁰.

20. A Corte constitucional recordou o princípio que impõe ao juiz comum de se adequar à uniformização da jurisprudência da Corte. Todavia, em

1426 A Corte de cassação considerou que a sentença *Varvara* não era compatível com algumas disposições da Constituição italiana, na medida em que essa garantia uma “forma de hiper tutela do direito no que diz respeito aos bens, mesmo que o bem em questão não houvesse alguma utilidade social (arts. 41 e 42 da Constituição), sacrificando os princípios de um valor constitucional superior ou do direito de desenvolvimento da própria personalidade em um ambiente saudável (arts. 2, 9 e 32 da Constituição)”. É necessário observar, todavia, que a Corte de Cassação havia, precedentemente, aceito a lógica da sentença *Varvara* (sezione penale III, sentenza dell’11 marzo 2014, n.23965, e sezione penale III, sentenza dell’11 marzo-16 aprile 2014, n.16694). A

1427 O juiz di Teramo considerou que a prática do confisco vigente nos casos de delitos prescritos era contrária ao art. 7, conforme foi interpretado na sentença *Varvara*, e que não havia outra solução interpretativa para tal contradição.

1428 V. o § 6.1 do *cons. In dir.* da sentença n.49/2015 da Corte constitucional.

1429 Ibid.

1430 V. o § 7 do *cons. In dir.* da sentença n. 49/2015 da Corte constitucional.

caso de dúvida no que diz respeito à conformidade da dita jurisprudência com a Constituição, o juiz comum só era vinculado somente no caso em que essa fosse “bem consolidada” no sentido do Artigo 28 da Convenção, ou melhor, contida numa “sentença piloto”¹⁴³¹. Por consequência, segundo essa alta jurisdição, a sentença *Varvara*, que tinha estabelecido o princípio segundo o qual o Artigo 7 da Convenção impõe que uma sanção penal fosse precedida de uma condenação formal, não tinha expressada uma análise jurisprudencial consolidada e não deveria, portanto, vincular os juízes nacionais. Em apoio ao seu raciocínio, a Corte constitucional afirmou que, no caso de conflito entre a Convenção e as normas constitucionais, essas últimas deveriam prevalecer em razão de um “predomínio axiológico da Constituição sobre a CEDH”¹⁴³².

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

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

i. A obliteração do “direito ao esquecimento” (§§ 21-24)

21. Na análise da sentença *Varvara*, a Corte constitucional italiana garantiu que se tratava de um “princípio consolidado” do direito europeu que permitia a uma autoridade administrativa a aplicar uma “pena” sob a condição que esta última fosse sujeita ao controle jurisdicional¹⁴³³. Nesse propósito, existiam, por conseguinte, dúvidas sobre o fato que a “sentença *Varvara* tivesse seguido efetivamente a via indicada por cada um dos dois tribunais do reenvio, introduzindo um elemento de dissonância em um contexto mais amplo da Convenção”. Consequentemente, a Corte constitucional continuava, no que se refere ao significado de “condenação”, o que a Corte já “tinha em mente” na sentença *Varvara*, que não era a “forma da decisão emitida pelo tribunal” (isto é, um veredito formal de culpa), mas sim “a substância que necessariamente acompanha tal decisão quando a própria impõe uma sanção penal nos termos do Artigo 7 da CEDH, ou seja, uma constatação de responsabilidade”.

22. Como a opinião dissidente comum demonstra, essa não representa uma possível leitura nem da sentença *Varvara*, nem da jurisprudência pertinente¹⁴³⁴.

1431 Ibid.

1432 § 4 do *cons. In dir.* da sentença n. 49/2015 da Corte constitucional. Não surpreende que a Corte constitucional tenha feito isso com a posição adotada pela Corte Suprema do Reino Unido sobre à falta de eficácia *erga omnes* das sentenças da Corte que não representam uma jurisprudência “clara e constante”. Quanto às opiniões de Lord Philip no caso *Horncastle* e de Lord Bingham no caso *Ullab*, ver o meu parecer separado proferido na sentença *Hutchinson c. Regno Unito* [GC], n. 57592/08, 17 de janeiro de 2017.

1433 V. o § 6 da sentença n.49/2015 da Corte constitucional.

1434 Como bem observado por F. Viganò, a sentença *Varvara* estava alinhada com o ordenamento da sentença *Paraponiaris c. Grecia*, n. 42132/06, 6 de abril de 2009, e não marcava, portanto, uma descontinuidade em comparação com a jurisprudência

Para a aplicação de uma “pena”, a sentença *Varvara* requer que o ilícito (“penal”, “administrativo”, “fiscal” ou outro, segundo a sua classificação no direito interno) não seja prescrito e que seja proferida uma “sentença de condenação” formal. Tal sentença condenatória formal pode, obviamente, ser proferida no âmbito de um procedimento penal *stricto sensu* ou de um procedimento qualquer previsto no Artigo 7 da Convenção, como um procedimento administrativo, fiscal ou de outro tipo, que aplicam as “penas”¹⁴³⁵. O campo de aplicação do Artigo 7 da Convenção, que compreende tanto os procedimentos que no direito nacional não são definidos como “penais”, não é decisivo para estabelecer se “a imposição das confiscações contestadas requer no mínimo uma declaração formal de responsabilidade penal dos recorrentes”¹⁴³⁶. Uma coisa é o campo de aplicação da norma, uma outra é o seu conteúdo.

23. Como proclama a sentença *Sud Fondi*¹⁴³⁷, e como admitiram os *juízes da lei*¹⁴³⁸, o conteúdo do princípio da legalidade inclui o princípio da *nulla poena sine culpa*, que deve ser verificado (seja com referimento à culpa quanto à pena) dentro dos termos previstos pelas normas de prescrição pertinentes. Em um Estado que se funda sob a primazia do direito e do princípio da legalidade, o poder do Estado de perseguir e punir delitos que também sejam complexos é limitado no tempo ou, para usar a elegante formulação feita pela Corte constitucional, uma vez “transcorrido o tempo do cometimento do fato, atenua-se às exigências de punição e amadurece um direito ao esquecimento do autor deste”¹⁴³⁹. Em caso contrário, os valores da certeza do direito e da previsibilidade inerente ao princípio da legalidade, e, portanto, a esse próprio princípio, viriam a ser sacrificados em nome da eficiência do sistema judiciário.

24. Nessas condições, quando um crime é prescrito, os motivos da ação penal não mais se sustentam e o objetivo da pena não prevalece mais. Declarar a prescrição de um crime significa precisamente sacrificar a luta contra a impuni-

precedente (“Confisco urbano (...)”, supracitada, p.280).

1435 Nada na sentença *Varvara* exige uma sentença proferida por uma jurisdição penal. É verdade que a tradução inglesa da sentença *Varvara* critica o fato que “*the criminal penalty which was imposed on the applicant despite the fact that the criminal offence had been time-barred and his criminal liability had not been established in a verdict as to his guilt*” (“a sanção penal aplicada ao recorrente quando o delito havia sido extinto e a sua responsabilidade não era reconhecida em uma sentença condenatória”). Mas, as palavras “*criminal liability*” (responsabilidade penal) devem ser lidas no seu contexto: no caso *Varvara*, o confisco era ordenado pelo juízo penal, e, portanto, o seu caráter penal não era objeto de disputa. Esse aspecto resulta ainda mais evidente na versão original francesa, que considera simplesmente problemático o fato que a “responsabilidade [do recorrente] não [fosse] estabelecida em uma sentença condenatória”.

1436 § 255 da sentença.

1437 *Suf Fondi*, supracitada.

1438 V. a sentença n.239/2009 da Corte constitucional.

1439 Essa elegante formulação da sentença n. 24/2017 da Corte constitucional contradiz em um plano literal, lógico e axiológico a seguinte frase da sentença n.49/2015 da Corte constitucional: “No ordenamento jurídico italiano a sentença que analisa a prescrição de um delito não denuncia qualquer incompatibilidade lógica ou jurídica com uma análise completa da responsabilidade”. Essas frases não podem ser ambas verdadeiras. Uma delas é errada, e a interpretação sustentada na presente opinião é que a Corte constitucional havia razão na sentença n. 24/2017, mas, não na sentença n. 49/2015.

dade. Se o objetivo da luta contra a impunidade devesse prevalecer sempre, não haveria crimes prescritos. Esse é o elemento central da sentença *Varvara*, “o direito ao esquecimento”¹⁴⁴⁰, que vem assim a ser anulado pela Corte constitucional. O requisito de uma “sentença condenatória” imposto pela sentença *Varvara*¹⁴⁴¹ é simplesmente uma consequência lógica da necessidade do termo de prescrição. Não pode haver punição sem uma declaração formal de condenação, porque uma declaração desse tipo não pode intervir sucessivamente à prescrição do crime. Em outras palavras, o elemento central do famoso § 72 da sentença *Varvara* consiste em reconhecer que a prescrição não é uma condenação substancial. Enquanto a sentença *Sud Fondi*¹⁴⁴² estabeleceu o princípio *nulla poena sine culpa*, a sentença *Varvara* reconheceu que a prescrição como parte integrante do princípio da legalidade. Consequentemente, o Artigo 7 exclui a imposição de um confisco (que é uma “pena” segundo o direito convencional, como interpretado pela Corte, e segundo o direito constitucional italiano, como interpretado pela Corte constitucional) no caso de um crime prescrito, porque a prescrição significa uma garantia substancial e não um mero significado procedimental, tanto na Convenção como no direito nacional¹⁴⁴³.

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

25. À luz dessas considerações, a escolha da Corte constitucional de invocar “a função [da Corte de Estrasburgo] de perceber a violação do direito fundamental na sua dimensão tangível, a prescindir da formulação abstrata” utilizada para qualificar o crime, pode ser entendida como uma tentativa de negar a evidência, ou seja, que uma verificação “substancial” de culpabilidade faz pouco sentido se não implica em uma declaração formal de culpabilidade por parte de um juiz. Tal argumentação é particularmente infeliz, pois distorce o significado da teoria da prevalência da substância sobre o enquadramento formal sustentada pela Corte que sempre é utilizada para garantir a tutela do acusado através de sanções dissimuladas. A Corte constitucional usa o argumento da tutela da “substância dos di-

1440 Com razão, F. Viganò individualizou o núcleo da sentença *Varvara* exatamente nesses termos: “Essa última observação nos permite, por outro lado, evidenciar que o problema aqui discutido não é somente aquele da plena garantia de um ‘justo processo’ em relação ao accertamento do fato e das responsabilidades individuais propostas pela *misura ablatoria*; mas também aquele, puramente substancial, do significado da declaração de prescrição do crime do ponto de vista do imputado. (...) Para Estrasburgo, infelizmente, o rei está nu. A retórica sutil e as refinadas distinções da nossa jurisprudência não valem, perante os juízes europeus, para defender o indefensível: isto é, a aplicação de uma pena por um crime que o próprio ordenamento jurídico italiano diz ser extinto porquanto prescrito, tendo agora inutilmente transcorrido o “tempo de esquecimento” legislativamente estabelecido para aquele mesmo crime. (“Consfisca Urbanística (...)”, supracitado, p. 286).

1441 *Varvara*, supracitada, § 72.

1442 *Sud Fondi*, supracitada.

1443 Sobre a natureza da prescrição em matéria penal no direito convencional, ver a minha opinião separada proferida na sentença *Mocanu e altri c. Romania* [GC], n. 10865/09, 45886/07 e 32431/08, 17 de setembro de 2014, e a opinião redigida juntamente como juiz Turkovic na sentença *Matysina c. Russa*, n. 58428/10, 27 de março de 2014. Essa claramente se afasta das vistas limitadas de *Previti c. Italia* (dec.), n. 1845/08, 12 de fevereiro de 2013.

reitos humanos” para enfraquecer os direitos humanos do imputado destinatário do confisco sem condenação. A meu ver, é inaceitável que a Corte Constitucional utilize *contra reum* uma teoria desenvolvida pela Corte em favor do imputado.

26. Essas considerações servem também igualmente à argumentação fundada sobre a necessidade de combater a “hipertrofia” do direito penal¹⁴⁴⁴. Se é verdade que a política do Estado em matéria de direito penal deve atender ao princípio de intervenção mínima possível, é inadmissível utilizar essa argumentação *in malam partem* a fim de privar o imputado da tutela prevista no Artigo 7 e de sujeitá-lo ao confisco na ausência de uma condenação formal devido a uma causa de prescrição interveniente. Dessa forma, inverte-se o princípio da subsidiariedade do direito penal com o de expandir a aplicabilidade da pena para além dos limites da prescrição.

27. Na realidade, no aplicar o confisco urbano sem uma condenação, o juiz busca contrastar a inércia da administração local e conivência com os projetos de loteamento abusivo. Em outras palavras, o sistema de justiça penal realiza funções administrativas. Do ponto de vista do direito constitucional, é evidente que a transformação do juiz penal em um órgão suplementar da administração é incompatível com o princípio da separação dos poderes. Essa fusão de duas funções distintas, aquela da justiça e aquela da administração, constitui uma instrumentalização indevida do sistema judiciário penal ao fim de uma mera política administrativa que reflete uma política de “*pan penalizzazione*” conduzida pelo Estado italiano. Portanto, é a atual escolha política do Estado italiano, ratificada pela sentença da Corte constitucional n. 49/2015, que deve ser criticada por contradizer o princípio da subsidiariedade do direito penal e não a sentença *Varvara*.

B. A ilusória declaração “substancial” de responsabilidade (§§ 28-35)

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

28. Segundo a Corte constitucional, uma declaração “substancial” de culpabilidade não causaria uma preocupação em relação à Convenção. Restaram, portanto, muitas perguntas sem respostas, e muitas perguntas que não foram sequer postas. O Juiz constitucional não esclareceu “os limites que o sistema processual pode (...) impor ao juiz penal quanto às atividades necessárias para chegar a uma verificação da responsabilidade”¹⁴⁴⁵, e, especialmente, não estabeleceu se o confisco urbano poderia ser aplicado somente apenas quando os elementos objetivos e subjetivos da responsabilidade já tivessem sido determinados antes da

1444 Esse argumento é reformulado pela maioria no § 253 da sentença.

1445 ∞ 5 da sentença n. 49/2015 da Corte constitucional

prescrição do crime ou se o juiz poderia complementar a investigação após esse prazo a fim de estabelecer os elementos objetivos e subjetivos da responsabilidade e, em caso afirmativo, quais garantias processuais deveriam, portanto, serem aplicadas. A Corte constitucional sequer indicou com precisão qual critério de prova devia ser aplicado pelo juiz para verificar “substancialmente” os fatos relevantes com o objetivo de impor um confisco¹⁴⁴⁶. Se a prescrição institui uma limitação aos poderes estatais de investigação sobre a vida das pessoas, como se poderá atingir esse objetivo se todos os ilícitos podem, contudo, ser investigados para chegar a uma valoração “substancial” de responsabilidade? Ou existem crimes especiais que admitem essas declarações “substanciais” de culpabilidade e outros que não as admitem?

29. Na presente sentença, a maioria da *Grande Câmara* não considera problemático esse “buraco negro” jurídico e essa insuperável falta de segurança jurídica que daí resultam. Em realidade, a declaração “substancial” de responsabilidade é um cheque em branco que permite aos tribunais nacionais agirem como desejarem. Na tensão weberiana entre *Wertrationalitat* (racionalidade por valores, ou axiológica) e *Zweckrationalitat* (racionalidade para fins), os juízes, internacionais ou nacionais, deverão sempre visar a primeira e não à segunda, que é própria da política. Tem-se a impressão de que, em alguns aspectos, essa sentença é mais um exercício da segunda racionalidade do que da primeira. Naturalmente os representantes da lei em geral, e os tribunais em particular, têm uma vida muito mais fácil com o regime do confisco sem condenação do crime prescrito. De tal modo, o alegado fim que o Estado pretende perseguir com esse “regime aplicado pelos juízes italianos”, que “visam combater a impunidade”, para utilizar as palavras usadas pela maioria no § 260 da presente sentença, é muito mais fácil de conseguir. Mas esse raciocínio é uma pura racionalidade por objetivo. O juiz não deverá se compromissar em tal raciocínio computacional, agindo como uma auxiliar subserviente dos interesses e das escolhas políticas do Governo, sobretudo não em um setor jurídico sensível como é o direito penal. O ponto fundamental é que o juiz não deve culpar os imputados pelas carências de uma política penal irracional do Estado, incluindo uma política que tenha “o efeito combinado de crimes complexos e de prazos prescricionais relativamente breves”¹⁴⁴⁷.

30. Ainda supondo que os fatos de loteamento abusivo constituam um “crime complexo”¹⁴⁴⁸, que o relevante prazo prescricional seja “relativamente cur-

1446 *Ibid.* A única referência feita é “atendendo a *standards probatórios* adequados”.

1447 § 260 da sentença.

1448 A maioria simplesmente supõe aquilo que deve ser demonstrado. Pior ainda, essa ignora o direito italiano. Na sentença ou processo não há nada que sugira que o crime de loteamento abusivo seja mais complexo no direito italiano do que outros crimes análogos em outros países, ou que seja mais difícil de perseguir tal crime na Itália do que perseguir crimes análogos em outros países. Também não há provas de que o legislador italiano considere que tal crime seja, por si só, mais complexo. Ao contrário, o legislador considera que se trata de um crime menor (contravenção), punível com uma pena máxima de detenção de dois

to”¹⁴⁴⁹ e que o seu efeito combinado crie uma situação em que os autores de tal crime fogem “sistematicamente”¹⁴⁵⁰ à ação penal e às sanções, a pessoa que sofreu o confisco não deve ser responsabilizada por essas opções de política estatal. Ora, é precisamente a isto que o § 260 da presente sentença se reduz¹⁴⁵¹.

31. Em geral, a noção de declaração “substancial” de responsabilidade é, por si só, contrária aos valores da segurança jurídica e da previsibilidade porque a pessoa ou o ente interessado não pode realmente prever se os próprios bens serão confiscados. Aparentemente, a maioria propõe limitar a aplicabilidade do conceito de “condenação substancial”: essa deveria ser aplicada somente para prevenir a impunidade do caso e dos “crimes complexos”. Todavia, posto que a “complexidade” dos crimes é um critério muito vago, essa análise remete à discussão os valores da segurança jurídica e da previsibilidade.

32. Além disso, a noção de declaração de responsabilidade “substancial” é baseada em uma analogia com uma condenação¹⁴⁵². Em apoio a essa analogia, a maioria equipara a decisão com a qual “as jurisdições apresentadas confirmam a exigência de todos os elementos do crime de loteamento abusivo, embora concluindo por um não lugar, em razão da mera prescrição”, a “uma condenação nos termos do Artigo 7”¹⁴⁵³. De tal modo, essa permite inferir, sobre a base da motivação da decisão em questão, que os elementos do *actus réus* e da *mens reas* são provados. Essa analogia entre a motivação e a condenação é fundamentalmente errada, na medida em que tal ampliação da noção de “condenação” em prejuízo à pessoa em questão corresponde a uma inadmissível analogia em *in malam partem*. A ficção jurídica de uma “condenação substancial” entra em contradição

anos e com uma multa não superior a 51645 euros, para o qual até mesmo é permitida a suspensão condicional da pena (art. 163 do Código Penal italiano). Se a pessoa condenada não comete outros crimes nos dois anos de suspensão condicional, o crime é extinto nos termos do art. 167 do Código Penal. A suspensão condicional associada à pena não comporta, todavia, a suspensão do confisco.

1449 Nem a sentença e nem o processo contêm elementos que indicam que esse seja o caso. As normas sobre a prescrição aplicável no direito italiano não foram confrontadas com aquelas de outros países. Para mais, a maioria não deve esquecer que os Estados têm muitas outras possibilidades que são mais compatíveis com o Estado de direito no cumprimento da sua missão de combate contra os “crimes complexos”, como, por exemplo, o alongamento dos prazos prescricionais. A propósito, a maioria ignora a modificação realizada pelo próprio legislador ao prazo de prescrição relevante contida na lei de 13 de junho de 2017 n. 103, que alongou os prazos em questão.

1450 Mesmo nesse caso, na sentença ou no processo não têm elementos que provem que essa situação estava presente no momento dos fatos ou que seja atualmente uma ausência “sistemática” de procedimentos e de sanções no caso de loteamento abusivo na Itália. Ao contrário, as estatísticas fornecidas pelo Ministério mostram que o percentual de prescrições sobre o total dos procedimentos definidos está diminuindo constantemente, passando de 14,69% no ano de 2004 a 9,48% no ano de 2014. Consultando as estatísticas disponíveis por categoria de crimes, observa-se que os crimes prescritos no âmbito da Administração pública e do ambiente perante os tribunais de primeiro grau representam, respectivamente, 14,5% e 5,6% do total das decisões proferidas. (https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/ANALISI_PRESCRIZIONE_CON_C_OMMENTI.pdf). Essas cifras simplesmente não suportam o raciocínio da maioria.

1451 As problemáticas do regime de prescrição no direito italiano já foram severamente criticadas pela Corte no passado (*Alikaj e altri c. Italia*, n. 47357/08, § 99, 29 marzo 2011, e *Certaro c. Italia*, n. 6884/11, § 208, 7 aprile 2015).

1452 V. o § 261 da sentença.

1453 A maioria limita, portanto, o uso do confisco sem uma condenação aos casos em que os elementos do crime já foram determinados no momento no qual o crime resultou prescrito, o que veta ulteriores investigações sobre tais elementos a partir daquele momento.

com a própria essência da proibição de analogia em prejuízo do imputado que é o ponto central do princípio da legalidade (*nulla poena sine lege certa, stricta*).

33. A Corte sempre refutou essa analogia. Por exemplo, no caso *Margus c. Croazia*¹⁴⁵⁴, a Corte declarou inequivocadamente que o “arquivamento de um procedimento penal por parte do Ministério Público não se equivale nem a uma condenação, nem a uma absolvição”, e que a decisão de um “não lugar” não entrava, portanto, no campo de aplicação do Artigo 4 do Protocolo n.7 da Convenção. Esses dois resultados (condenação ou absolvição) obviamente só podem ser encontrados no dispositivo de uma sentença proferida por um tribunal nacional, vale dizer, onde o tribunal competente expõe o resultado do caso. A motivação não é absolutamente relevante para fins da aplicação do princípio do *ne bis in idem* nos procedimentos penais. A maioria ignora esse princípio fundamental do direito processual penal ao ponto de se esforçar para trazer conclusões prejudiciais para a pessoa em questão (“em essência, uma condenação”) dos motivos de uma sentença, quando tais conclusões não são expressas no dispositivo. Tal esforço, na medida em que busca achar uma “condenação substancial” sem ter em conta o fato que a pessoa em questão não é formalmente declarada culpada, é contrário ao próprio núcleo do próprio princípio do *ne bis in idem*¹⁴⁵⁵.

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

34. Por fim, a declaração “substancial” de responsabilidade viola de modo evidente o princípio da presunção de inocência. Já que a Corte repetidamente rejeitou qualquer declaração de culpabilidade, seja nas decisões de absolvição que não permitem proceder ou de rejeito de uma causa, enquanto a flagrante violação do Artigo 6 § 2 da Convenção¹⁴⁵⁶, a “plena verificação de responsabilidade”¹⁴⁵⁷ solicitada pela Corte constitucional como base para o confisco sem condenação, viola claramente o direito à presunção de inocência. Na verdade, esse ponto é tão óbvio que é difícil crer que em um Estado de Direito como a Itália se possa aplicar uma “pena” nos termos do Artigo 7 da Convenção, violando, assim, diretamente o Artigo 6 § 2 da própria convenção.

1454 *Margus c. Coazia* [GC], n. 4455/10, § 120, 27 maggio 2014.

1455 Esse não é o lugar para se debruçar sobre as implicações da tese da “condenação substancial” para o princípio do *ne bis in idem*. A esse respeito, remeto simplesmente à minha opinião separada proferida na sentença *A e B c. Norvegia* [GC], nn. 24130/11 e 29758/11, 15 novembre 2016.

1456 V., entre outros, *Cleve c. Germania*, n. 48144/09, 15 gennaio 2015, e *Sekanina c. Austria*, 25 agosto 1993, serie A n. 266 A. Incidentalmente, a Corte constitucional interpreta erroneamente a jurisprudência da Corte quando desenvolve os seus argumentos a favor de uma declaração substancial de culpabilidade. Um exemplo manifesto da sua utilização está presente na sentença *Minelli c. Svizzera*, 25 marzo 1983, Serie A n. 62, para defender a afirmação segundo a qual “não é uma questão de forma da sentença, mas de substância (Corte constitucional, § 6.2). Aquilo que a Corte afirma ao § 37 da sentença *Minelli* é qu mesmo nas decisões de absolvições formais um juiz nacional pode violar a presunção de inocência formulando afirmações sobre a culpabilidade de um imputado. Mas, se a Corte de Estrasburgo faz referência a esse fenômeno para explicar que é vetado, a Corte constitucional descreve o mesmo fenômeno a fim de autorizar os tribunais nacionais a persistirem nessa prática. Não se trata nem ao menos de uma aplicação *in malam partem* de um princípio, mas de sua integral subversão.

1457 V. o § 6.2 do *cons. In dir.* da sentença n. 49/2015 da Corte constitucional.

35. A declaração “substancial” de responsabilidade me recorda o veredito *à moitié acquitté* (de semi-absolviação) que era usado no Medievo, no qual os imputados eram absolvidos, mas, sob a base de algumas fontes de prova, demonstrava-se uma forma qualquer de culpabilidade e um tipo qualquer de sanção vinha a ser aplicada. A meu ver, a situação de uma pessoa que se beneficia de uma declaração de prescrição, mas, contudo, que é destinatária de uma ordem de confisco com base em uma declaração que indica que os fatos são provados e que a culpabilidade está definida, é muito similar aquela das pessoas que uma vez eram *à moitié acquitté*. É necessário recordar, todavia, que houve uma revolução no ano de 1789 que colocou fim, entre outras coisas, a tal absurdo. Aprender com a história pode ajudar às vezes a não repetir continuamente os mesmos erros.

C. O volátil critério do “direito consolidado” (§§ 36-56)

i. A distorção “da jurisprudência bem consolidada” (§§ 36-42)

36. Nesse contexto, a Corte constitucional define as nove modalidades da relação entre direito convencional, como interpretado pela Corte, e o direito constitucional. Do seu ponto de vista, o efeito *inter partes* da sentença da Corte é inegável e vinculante para o juiz nacional desde o seu pronunciamento, mas, deve ser distinto do seu efeito *erga omnes*, que a Corte constitucional não nega, porém, deixa à discricionariedade dos juízes nacionais¹⁴⁵⁸. Os juízes podem atribuir esse efeito a uma sentença correspondente ao “direito consolidado” e negá-lo a uma sentença não correspondente ao “direito consolidado”. Essa concussão deverá ser confirmada pela estrutura da Corte (cinco seções com mecanismos de deferimento à *Grande Câmara*) e dos seus métodos de trabalho (opiniões dissidentes). Apesar da *Consulta* não indicar explicitamente quais são os critérios para individualizar o “direito consolidado”, essa sugere alguns indícios de jurisprudência “não consolidada”, como, por exemplo: o caráter inédito do princípio estabelecido na jurisprudência a respeito da jurisprudência precedente; a existência de opiniões dissidentes; uma sentença da *Câmara* não confirmada pela *Grande Câmara*; e, em caso de dúvida, que não seja levada em consideração as especificidades do ordenamento jurídico interno¹⁴⁵⁹.

37. Os procedimentos e os critérios cujo sistema judiciário italiano faz respeitar a Convenção são abrangidos pela esfera do direito interno, do qual a Corte não deve se ocupar. Todavia, como a Corte de Estrasburgo e a Corte constitucional italiana reconhecem facilmente, é a Corte de Estrasburgo o órgão que tem a “última palavra” sobre a interpretação da Convenção¹⁴⁶⁰. Cabe, portanto, a

1458 V. o § 7 do *cons. In dir.* da sentença n.49/2015 da Corte constitucional.

1459 V. o § 7 do *cons. In dir.* da sentença n. 49/2015 da Corte constitucional.

1460 V. o § 6.2 do *cons. In dir.* da sentença n. 348/2007 da Corte constitucional.

essa Corte clarificar que o conceito de “direito consolidado” não há qualquer fundamento na jurisprudência de Estrasburgo, como foi feito na presente sentença.

38. Os juízes do Palazzo *della Consulta* afirmam que o conceito de “jurisprudência consolidada” é reconhecido no Artigo 28 da Convenção e que isso mostra que, também à luz da Convenção, admite-se que o poder de persuasão das decisões possa variar até quando uma “jurisprudência consolidada” não se manifesta. Em apoio a essa leitura, citam o relatório explicativo do Protocolo n. 14 da Convenção, que afirma, em relação ao Artigo 8, que a noção de “jurisprudência consolidada” se refere “para a maior parte” à “jurisprudência constantemente aplicada por uma *Câmara*” ou que, “em via excepcional”, uma só sentença de princípio da *Corte* constitui uma “jurisprudência consolidada, particularmente se se trata de uma sentença da *Grande Câmara*”¹⁴⁶¹.

39. Todavia, o conceito de jurisprudência consolidada se difere radicalmente daquele de “direito consolidado” usado pela *Corte* constitucional, não obstante a aparente e similar denominação. Em primeiro lugar, a função de uma jurisprudência consolidada não é de qualquer modo aquela de modular a força normativa ou a “densidade persuasiva” das sentenças e das decisões da Corte com base no grau de “consolidação”. A única função de uma jurisprudência consolidada é aquela de conferir a um Comitê a “competência”¹⁴⁶² de decidir sobre uma causa ao invés de reenviá-la à uma Seção da Corte. Isso não é devido ao fato que uma jurisprudência consolidada fosse de certo modo superior ao resto da jurisprudência, mas simplesmente pelo fato que consiste no recurso a um procedimento “simplificado”¹⁴⁶³ para as causas “repetitivas”¹⁴⁶⁴. Além disso, os recorrentes podem contestar a natureza consolidada pela jurisprudência apelando nos termos do Artigo 28 § 3 da Convenção. A jurisprudência consolidada permite à Corte diferenciar a própria jurisprudência sob a base da simplicidade de interpretação, mas não é, de modo algum, indicativa do caráter vinculante das suas sentenças.

40. A Convenção tem o significado que a Corte considera que ela tenha, nem mais, nem menos. As jurisdições dos Estados membros e o público em geral devem poder esperar que a Corte respeite as suas decisões e sentenças precedentes em toda causa fática análoga, independentemente de quanto numerosos possam ser os precedentes¹⁴⁶⁵. Isso também vale, obviamente, também para os

1461 Relatório explicativo do Protocolo n. 14 à Convenção para a salvaguarda dos direitos do homem e da liberdade fundamental, que modifica o sistema de controle da Convenção, § 68.

1462 *Ibid.*, § 40.

1463 *Ibid.*

1464 *Ibid.*

1465 Sobre o valor do precedente das sentenças da Corte, ver a minha opinião separada proferida na sentença *Herrmann c. Alemanha* [GC] n. 9300/07, 26 giugno 2012.

procedimentos de sentença “*pilota*” e “*quasi pilota*”. Embora não esteja baseado na Convenção, mas sobre o regulamento da Corte¹⁴⁶⁶, essas sentenças são instrumentos clássicos de controle de constitucionalidade que desenvolvem um papel decisivo para resolver as anomalias do direito interno ou a falta de correção por parte do legislador das anomalias sistêmicas, mas, não têm uma autoridade interpretativa especial nem um valor jurídico distinto. Na realidade, essas confirmam, principalmente, a jurisprudência precedente pronunciada nos confrontos da Parte Contratante recorrida ou de outras Partes Contratantes¹⁴⁶⁷. Para essa Corte, toda decisão ou sentença representa uma fonte de interpretação importante da Convenção e constitui, como reconhece a própria Corte italiana, “a última palavra”¹⁴⁶⁸ sobre o seu significado. A corte afirma esse princípio em termos simples: “todas as suas sentenças possuem o mesmo valor jurídico. O seu caráter vinculante e a sua autoridade interpretativa não podem, portanto, depender do colegiado julgador que as proferiu”¹⁴⁶⁹.

41. A corte faz muito esforço não só para distinguir três conceitos, qual sejam, o “valor jurídico”, o “caráter vinculante” e “a autoridade interpretativa”, mas também para incluir na frase a palavra fundamental “todas”, de modo a eliminar qualquer dúvida acerca da sua intenção. Para a Corte, qualquer que seja a categoria à qual pertença o colegiado julgador competente, cada uma das suas decisões definitivas têm efeitos de *res judicata* entre as partes da controvérsia e de *res interpretata* nos confrontos de todas as Partes Contratantes. O princípio da “autoridade interpretativa” (*res interpretata*) de “todas” as sentenças da Corte entram, portanto, na jurisprudência de Estrasburgo através da ampla porta dessa sentença da *Grande Câmara*¹⁴⁷⁰.

42. Esse princípio priva a sentença n. 49.2015 do seu fundamento teórico. A corte, de fato, rejeita a noção de direito consolidado que é a base de tal sentença. Portanto, a *Grande Câmara* convida a Corte constitucional a importar os termos da sua relação com a Corte e não deixa nenhuma “margem de apreciação” que a permita de abster-se de fazê-lo, enquanto no fato típico a Corte não recorre de tal margem de apreciação¹⁴⁷¹; de resto não é sequer aceitável invocar a margem

1466 Art. 61 do Regulamento da Corte.

1467 Sobre a força jurídica das sentenças “pilota” e “quase pilota”, ver a minha opinião separada em *vallianatos e altri c. Grecia* [DC], nn. 29381/09 e 32684/09, 7 novembre 2013 e *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Svizzera* [GC], n. 5809/08, 21 giugno 2016.

1468 V. o § 6.2 do *cons. In dir.* da sentença n. 348/2007 da Corte constitucional.

1469 § 252 da sentença. A colocação dessa frase pode parecer singular, mas há uma explicação. A corte queria enunciar um princípio antes de iniciar a análise do valor da sentença *Varvara* nos sucessivos §§ 255-261. O princípio, que diz respeito ao “caráter vinculante” e à “autoridade interpretativa” de todas as sentenças da Corte, é uma resposta direta à sentença n. 49/2015 da Corte constitucional, bem como uma mensagem dirigida a todas as cortes supremas e constitucionais da Europa.

1470 Ver a parte II (V.A.i.) *infra* sobre o significado de “autoridade interpretativa” da sentença da Corte.

1471 É notável que a maioria não resolve o caso em exame se baseando sob a argumentação da margem de apreciação, como tem sido comum por algum tempo. A única referência marginal à margem de apreciação na análise da Corte se encontra ao § 293 a propósito do art. 1 do Protocolo n.1.

de apreciação no caso de disposições inderrogáveis como o Artigo 7 da Convenção¹⁴⁷², assim como não é admissível utilizar essa doutrina para recusar a execução de uma sentença definitiva da Corte no ordenamento jurídico interno¹⁴⁷³.

ii. O inquietante critério do “não consolidamento” do direito (§§ 43-56)

43. Uma análise detalhada dos critérios que a Corte constitucional italiana aplica para individualizar o “direito não consolidado” trai a sua inclinação para criar uma situação perigosa de incerteza jurídica. Além disso, um estudo mais atento demonstrará que, por si só, o conceito de “direito consolidado” é contraproducente. O primeiro critério utilizado pela Corte italiana para confrontar a natureza consolidada da jurisprudência europeia é aquele da “criatividade do princípio estabelecido no que diz respeito à abordagem tradicional da jurisprudência europeia”. É difícil entender o que significa “criatividade” nesse contexto. Particularmente, qualquer solução para uma situação fática que se apresente pela primeira vez diante da Corte seria, *ipso facto*, “criativa” em um sentido pertinente. O “direito consolidado” não poderia, portanto, emergir de uma única causa. Se isso fosse verdade, poderia levar ao resultado absurdo de que, quando a Corte se encontrar a examinar um fato análogo pela segunda vez, essa não teria ainda um “direito consolidado” em qual embasar-se. Seria somente após um número indeterminado de casos independentes que a Corte poderia cumprir o “direito consolidado”.

44. Além disso, verificar o requisito de “criatividade” implica em confrontar as características pertinentes seja ao contexto de fato, seja à motivação jurídica das diversas causas em questão, a fim de decidir se a solução de uma causa é “criativa” ou “tradicional”. Esse trabalho comparativo é, todavia, um exercício intelectual que não é nem óbvio e nem inocente. Enquanto todas as causas são diferentes em certos aspectos, poder-se-ia dizer que todas as causas são “criativas” no verdadeiro sentido do termo. O intérprete dispõe, portanto, de uma enorme discricionariedade no individualizar entre às várias causas, as que são vinculadas e aquelas que não são. Isso vem ilustrado ainda mais claramente pelo segundo critério citado pela Corte constitucional: “A possibilidade de individualizar os pontos de distinção, até mesmo aqueles contrastantes, relativos a outras sentenças e

1472 Um mínimo senso de decência impediu de apelar-se ainda à margem de apreciação nos termos do art. 7 da Convenção, que, não esqueçamos, representa um direito inderrogável.

1473 Como justamente sublinha F. Viganò, “L'accertamento della violazione presuppone, in altre parole, la valutazione della Corte di non riconoscere più margine di apprezzamento da parte dello Stato (...) uma volta che sai stata accertata una violazione, lo Stato soccombente non há più alcun margine di apprezzamento da far valere agli occhi della Corte, se non forse sulle concrete modalità con le quali eseguire la sentenza medesima” (“Convenzione europea (...)”, supracitada, p. 19). A sentença *Moreira Ferreira c. Portugallo* (n.2) [GC], n. 19867/12, 11 de julho de 2017, não modificou absolutamente nada tal questão, pois as infelizes conclusões formuladas pela restrita maioria sobre o mérito se limitaram às circunstâncias muito especificadas da causa em questão, enquanto a primeira sentença *Moreira Ferreira* não era, sempre segundo a maioria, suficiente clara no mérito sobre a oportunidade de reabrir o procedimento penal. Em todo caso, *Moreira Ferreira* (n.2) diz respeito a uma violação do art. 6, que constitui uma disposição derogável, e, portanto, não é certamente aplicável à execução das sentenças relativas ao princípio da legalidade da pena, que é inderrogável.

decisões da Corte de Estrasburgo”. O exercício de “distinguir” ou “contrapor” os casos entre eles não é óbvio e pode levar a resultados muito diferentes dependendo da pessoa a qual é confiada à tarefa e do contexto em que essa é desenvolvida.

45. Não menos problemático é o terceiro critério proposto pela Corte constitucional, aquele “da existência de opiniões dissidentes, sobretudo se fundados sob sólidas argumentações”. De um lado, a “solidez” dos argumentos parece depender de uma valoração muito sugestiva para poder ser considerada como um sério indício de caráter vinculante de uma sentença ou de uma decisão – ou, como neste caso, do caráter não vinculante do raciocínio contrário. Por outro lado, sobretudo, as opiniões dissidentes não diminuem de qualquer modo a força jurídica das sentenças nas quais estão anexadas. Além disso, considerar que as opiniões dissidentes reduzem de qualquer modo a força jurídica das sentenças equivaleria a conferir aos juízes singulares um poder que esses não podem possuir logicamente, ou serem obrigados a possuir, em um órgão colegial como a Corte.

46. O quarto critério consiste no “fato que a decisão tomada venha de um colégio judicante ordinário e não seja aprovada pela *Grande Câmara*”. Tal critério sequer encontra fundamento na Convenção. As sentenças definitivas emitidas pela *Câmara* não devem ser ratificadas pela *Grande Câmara* para que tenham pleno valor jurídico. A força jurídica de uma sentença da *Grande Câmara* é exatamente a mesma daquela de uma sentença da *Câmara*.

47. Talvez, o quinto e último critério estabelecido pela Corte constitucional é aquele que mais claramente revela as desvantagens práticas da abordagem dessa jurisdição. Segundo a Corte constitucional, “o fato de que, na causa em que está investida, a Corte europeia não está em posição de valorar as particularidades do ordenamento jurídico nacional e que há aplicado elaborados critérios de valoração em referência a outros Estados membros e que, à luz de tais particularidades, não são muito adequados à Itália, privaria uma sentença do seu caráter vinculante em casos análogos. Uma situação do gênero se verificaria cada vez que um juiz nacional entendesse que a Corte de Estrasburgo aplicou erroneamente a um Estado um princípio jurídico que considera aplicável a um outro Estado. Em termos qualitativos, isso significa que os tribunais nacionais não deveriam seguir as sentenças e decisões da Corte de Estrasburgo caso considerassem “inadequadas para a Itália”.

48. Independentemente do ponto de vista pelo qual se analise, esse quinto critério se embasa em hipóteses erradas. No admitir que a Corte não leva em consideração a particularidade do ordenamento jurídico nacional, os juízes do *Palazzo della Consulta* presumem ou que a Corte ignore as informações sobre o direito nacional fornecidas por ambas as partes, por terceiros intervenientes e pela própria divisão interna de pesquisa, ou que tenha recebido informações inexatas

por parte de todos os sujeitos acima citados. Além disso, a Corte Constitucional omite o fato que, no seu exercício de equilíbrio, a Corte de Estrasburgo leva em consideração os múltiplos fatores relativos à “tutela dos direitos e das liberdades dos outros”, e também outros interesses sociais objetivos como a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção de crimes, a tutela da ordem, da saúde ou da moral pública, a tutela da autoridade e da imparcialidade do poder judiciário (por exemplo, arts. 8-11 da Convenção) e, até a exigência imposta por situações de emergência (Artigo 15 da Convenção), e que desenvolve tal exercício no quadro do ordenamento jurídico do Conselho da Europa¹⁴⁷⁴. Pior ainda, quando enfatiza a prevalência das particularidades do ordenamento jurídico nacional no seu exercício de equilíbrio entre os direitos garantidos pela Convenção e os interesses constitucionais em jogo, a Corte Constitucional assume uma posição hostil perante a causa dos direitos humanos universais, ou ao menos passa essa impressão, e limita, então, drasticamente a própria jurisprudência sobre o efeito *erga omnes* das sentenças da Corte¹⁴⁷⁵.

49. Os problemas postos nesse último critério ficam mais claros se considerados juntamente com os dois primeiros. Se a Corte de Estrasburgo decide sobre uma causa que tem a sua origem no Estado membro “A” com referência a uma causa análoga decidido no Estado membro “B”, o juiz nacional poderia acusar a Corte de ter realizado uma indevida “extensão” que não leva em consideração as especificidades do país. Por outro lado, se a Corte decide sobre a causa utilizando uma nova linha de raciocínio, o juiz nacional poderia acusá-la de ter sido “criativa”. Em nenhum desses dois casos a decisão constituiria um “direito consolidado”.

50. Por fim, um fato tão preocupante quanto os próprios critérios por si só é a Corte constitucional considerar que não existe um direito “consolidado” (e, portanto, vinculante) cada vez que estejam presentes “todos ou alguns” desses critérios. Se cada um dos critérios expostos conferisse ao intérprete uma enorme margem de discricionariedade, a combinação de todos esses critérios colocaria ainda mais diretamente o significado mesmo da jurisprudência europeia.

51. É desconcertante constatar que os critérios para individualizar o direito não consolidado baseiam-se sobre uma errada interpretação da estrutura da

1474 Com efeito, a própria Corte constitucional reconhece que o Conselho da Europa é uma “realidade jurídica, funcional e institucional” (§ 6.1 do *cons. In dir.* da sentença n. 349/2007). Pelo que se refere à estrutura constitucional e o *modus operandi* do ordenamento jurídico do Conselho da Europa, ver a minha opinião separada em *Mursic c. Croazia* [GC], n. 7334/13, 20 de outubro de 2016. O reconhecimento da existência desse sistema jurídico é importante porquanto permite ler as disposições da Convenção e a jurisprudência da Corte à luz do art. 11 da Constituição italiana.

1475 Como será demonstrado *infra*, o quinto critério da Corte constitucional contradiz as suas importantes sentenças n. 170/2013 e n.210/2013.

Corte, enquanto os arts. 27, 28, 42 e 44 da Convenção estabelecem as condições às quais as sentenças pronunciadas e as decisões adotadas respectivamente pelos colégios monocráticos, comitês, *Camere* e *Grande Câmara* se tornam elas próprias definitivas e que nem a sua carta e nem seu espírito confirmam a hipótese implícita da Corte Constitucional de uma diferença no valor jurídico de tais sentenças e decisões. Além disso, esses critérios traçam um quadro pouco favorável da jurisprudência da Corte, que está longe de ser corroborado por provas, a exemplo de quando se sugere que possam existir algumas sentenças em que a Corte não diga nada “substancial” ou que as sentenças emitidas em um novos setores do direito são sujeitas a “revisão” e, mais em geral, que uma parte da jurisprudência da Corte não seja coerente com uma “abordagem mais tradicional da jurisprudência europeia”, de qualquer forma se quer defini-la. E, sobretudo, o efeito buscado por esses critérios é aquele de liberar os juízes ordinários da obrigação imposta pela Convenção de dar plena execução às sentenças da Corte.

52. Surpreendentemente, a Corte constitucional está pronta para aceitar um controle difuso exercitado por cada juízes ordinários sobre caráter “consolidado” das sentenças da Corte. Assim, em 2015, os juízes ordinários reconquistaram um poder realmente ilimitado sobre a aplicação da Convenção que o primeiro par de “sentenças gêmeas” que tinham procurado delimitar rigorosamente. Todavia, deve-se sublinhar uma diferença importante. Enquanto até 2007 os juízes ordinários tinham a última palavra na aplicação da Convenção no que diz respeito ao direito nacional, em 2015 adquiriram o poder de não aplicar as sentenças da Corte quando consideradas que elas não constituíam um “direito consolidado”. Numa perspectiva sociológica, parece que a redistribuição dos poderes ocorrida em 2015 entre a Corte de Estrasburgo e a Corte constitucional tinha reforçado a posição desta última, mas que isso não tinha sido privado de consequências a nível interno, enquanto a redistribuição dos poderes entre juízes ordinários e juízes constitucionais enfraqueceu a posição destes últimos. Pareceria que a preocupação criada pela crescente autoridade da jurisprudência da Corte fosse tão profunda após as causas *Maggio e altri*¹⁴⁷⁶ e *Agrati e altri*¹⁴⁷⁷ que o Juiz das leis considerou de poder confiar nos juízes ordinários, não somente como operadores de primeira linha responsáveis pela análise destas jurisprudências, mas também na qualidade de aliados na comparação com Estrasburgo.

53. Nos três anos transcorridos desde a sentença n. 49 de 2015, a Corte constitucional não forneceu indicações adicionais sobre como devem ser interpretados ou aplicados os critérios para a individualização do direito consolidado. Na sua sentença n. 184 de 2015, por exemplo, utilizou o conceito de jurisprudên-

1476 *Maggio e altri*, supracitada.

1477 *Agrati e altri*, supracitada.

cia europeia consolidada para interpretar o Artigo 6 da Convenção, assim como aplicada internamente.¹⁴⁷⁸ A Corte não explicou como esse “consolidamento” deveria ser valorado. Observações superficiais análogas sobre o mérito do “direito consolidado” estão contidas, por exemplo, nas sentenças n. 187 de 2015¹⁴⁷⁹, n. 36 de 2016¹⁴⁸⁰, n. 102 de 2016¹⁴⁸¹, n. 200 de 2016¹⁴⁸² e n. 43 de 2018¹⁴⁸³. Em outras ocasiões, a Corte constitucional se limitou a fazer uma referência a falta de aplicação das sentenças da Corte de Estrasburgo sobre a base dos critérios estabelecidos na sentença n. 49 de 2015. Por exemplo, na sentença n. 166 de 2017, a Corte constitucional não incluiu nenhuma referência à noção de direito consolidado na sua análise jurídica, não obstante o Estado o tenha feito. Todavia, o Juiz das Leis observou que a sentença *Stefanetti c. Italia* foi proferida pela Corte, não obstante “com opiniões dissidentes de dois de seus membros”¹⁴⁸⁴.

54. Não surpreende, portanto, que o recurso ao critério do “direito consolidado” por parte dos juízes ordinários se revelou, no mínimo, bastante caótico, como demonstrado pela forma cuja foi acolhida a sentença da *Grande Câmara de Tommaso*¹⁴⁸⁵. A modalidade de aplicação desse critério dá a impressão que ele constitui como uma espécie de “coringa” que permite tirar qualquer conclusão que seja conveniente para as autoridades nacionais. O “direito consolidado” de um juiz é o “direito não consolidado” de um outro juiz. Tudo é possível.

55. Em poucas palavras, no atual estado da jurisprudência constitucional italiana, a Constituição e a Convenção contêm catálogos de direitos fundamentais que estão inter-relacionados e que devem ser articulados com o fim de maximizar a tutela dos direitos convencionais e constitucionais. Esta tarefa é incumbida ao legislador e aos tribunais nacionais que têm o dever de interpretar o direito interno segundo as normas da Convenção assim como interpretadas pela Corte de Estrasburgo¹⁴⁸⁶. Em caso de conflito entre o direito nacional e a Convenção,

1478 V. o § 5 do *cons. In dir.* da sentença n. 184/2015 da Corte Constitucional.

1479 Sentença n. 187/2015 da Corte constitucional (que se limita a declarar que a sentença *Varvara* “não é a expressão da jurisprudência consolidada da Corte de Estrasburgo”).

1480 V. o § 8 do *cons. In dir.* da sentença n. 36/2016 da Corte constitucional, que indica somente que “da jurisprudência europeia consolidada deriva o princípio do direito segundo o qual (...)”, que cita três causas contra a Itália.

1481 V. os §§ 1, 4 e 6.1 do *cons. In dir.* da sentença n. 102/2016 da Corte constitucional. Esta sentença é citada na sentença n. 43/2018.

1482 V. o § 4 do *cons. In dir.* da sentença n. 200/2016 da Corte constitucional, que observa somente que “A *Grande Câmara* consolidou a jurisprudência europeia” relacionada ao princípio *ne bis in idem*, uma vez que resolveu um “conflito entre secções da Corte Europeia dos Direitos do Homem”.

1483 V. o § 5 do *cons. In dir.* da sentença n. 43/2018 da Corte constitucional. Não obstante a “inovação” do princípio consagrado na sentença *A. e B. c. Noruegia* (GC), que contradizia a jurisprudência precedente da Corte, incluindo a jurisprudência contra a Itália, como a sentença *Grande Stevens e altri c. Italia*, a Corte constitucional ordenou ao juiz *a quo* a ter em conta a sentença da *Grande Câmara*.

1484 V. o § 4.1 do *cons. In dir.* da sentença n. 166/2017 da Corte constitucional.

1485 V. D. Galliani, “Sul mestiere del giudice, tra Costituzione e Convenzione”, in *Consulta online*, 23 de março de 2018, p. 50.

1486 A interpretação deve se dar “nos limites permitidos pelo texto normativo” (§ 6.2 do *cons. In dir.* da sentença n. 349/2007 e § 3 do *cons. In dir.* da sentença n.239/2009), “segundo a leitura da Corte de Estrasburgo” (§ 6 do *cons. In dir.* da sentença n. 311/2009). Sobre este método de interpretação, ver V. Zagrebelsky e altri, “Manuale dei diritti fondamentali in Europa,

toca à Corte constitucional resolvê-lo, uma vez que os juízes ordinários não podem se recusar de aplicar uma norma nacional incompatível. Somente o direito consolidado pode levar a conflitos, enquanto o direito não consolidado sequer merece um efeito *erga omnes*. Se a jurisprudência consolidada da Corte é incompatível com a Constituição, é esta última que prevalece e a lei que recepcionou a Convenção será parcialmente invalidada pela Corte Constitucional.

56. Do ponto de vista de Estrasburgo, a solução da Corte constitucional se reduz à onipresente possibilidade de uma declaração de parcial inconstitucionalidade da lei de 1955, que não poderia ser implementada diante o Conselho da Europa sem uma denúncia da Convenção, enquanto as reservas expressas “à la carte” não são compatíveis com a Convenção e certamente também não o são com o seu Artigo 7.

PARTE II

ESTRASBURGO RESPONDE À ROMA (§§ 57-90)

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

A. O espírito do tempo (§§ 57-63)

i. A corte tomada por fortes ventos contrários (§§ 57-60)

57. Numa Europa fortemente polarizada e desestabilizada pela implosão causada partidos majoritários tradicionais e pela emergência de novos partidos populistas, dilacerada por crescentes lutas econômicas e da guerra em suas próprias fronteiras, a política se desenvolve para um puro chauvinismo etno-religioso. O chauvinismo não se trata somente de pessoas que agem contra a dignidade intrínseca de cada ser humano, são as vantagens materiais que o chauvinista e a sua classe retiram do exercício do poder, é a maneira perversa no qual o poder vem a ser exercitado na sociedade. Colocar o medo no centro da consciência individual em uma lógica primitiva do *homo homini lupus* e semear a desconfiança entre os países em uma lógica basilar de *regnum regno lupus é fundamental para atingir o seu objetivo, ou seja, minar a credibilidade do sistema da Convenção, sempre incitando os Europeus uns contra os outros em enfraquecer a coesão do Conselho da Europa e da União Europeia. Esse mesmo medo inspirou as purgas, as listas negras,*

Bologna: Il Mulino, 2016; E. Malfatti, “L’interpretazione conforme nel ‘seguito’ alle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo”, in *Scritti in onore di G. Silvestre*, II, Torino: Giappichelli, 2016; I. Rivera, “L’obbligo di interpretazione conforme alla CEDU e i controllimiti del diritto convenzionale vivente”, in *Federalismi.it*, 19/2015; B. Randazzo, “Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell’esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell’applicazione della CEDU”, in *Rivista AIC* 2/2015; E. Lamarque, “The Italian courts and interpretation in conformity with the Constitution, EU law and the ECHR”, in *Rivista AIC*, 4/2012; V. Marzuillo, “Giurisprudenza della Corte di Strasburgo e interpretazione conforme delle norme interne”, in F. Del Canto e E. Rossi, E. Sciso, “Il confisca per la lottizzazione abusiva”, in *Rivista di diritto Internazionale*, 1/2010, 131.

as deportações e, em alguns casos, a discriminação patrocinada pelo Estado e o homicídio aprovado pelo Estado.

58. As falhas políticas de ontem desaparecem em vantagem dos partidos extremistas e dos movimentos populistas que emergem em cada uma das duas extremidades do espectro político. Um dos principais pontos comuns entre tais partidos e movimentos é a sua enxurrada de discursos belicosos sem precedentes contra a Corte, com base em informações erradas, inexatas e fáceis de refutar. Uma postura tão repreensível diz muito sobre os valores sociais e políticos destes partidos e movimentos e sobre a sua falta de apego à cultura europeia dos direitos humanos. Nesses últimos anos, o ressentimento contra a Corte atingiu tons alarmantes, que estimulam uma irá sectária contra o próprio sistema da Convenção. A retórica da Convenção como “carta do vilão”, que protegeria terroristas, pedófilos e criminosos de todos os gêneros em vez da maioria inocente, ou seja, emigrantes irregulares e preguiçosos ao invés do trabalhador devoto, ou ainda minorias privilegiadas contra o desvantagiado homem médio, reflete o fomentado medo do marginalizado – daquele que é estrangeiro ou diferente.

59. Duas correntes críticas parecem ter-se juntado: por um lado, a ideia onipresente de que o âmbito universal da Corte constitui uma ameaça para a democracia local; por outro, a afirmação cínica segundo a qual os direitos do homem, assim como aplicados pela Corte, superam os limites do conceito de direito ou, até mesmo, para dizer claramente, não constituem propriamente parte do direito. Ao repeti-las, estas ideias adquiriram uma enganosa credibilidade. É difícil distingui-las dos outros sinais de uma ideologia reacionária que monopoliza o espaço mediático com os próprios gritos alarmistas, afirmando que o Estado perde o controle das próprias fronteiras e que a Europa perde o controle da própria identidade. Essa retórica é impregnada de *boutades* fragmentadas e refragmentadas sobre uma Europa que está sujeita aos ataques das forças quase heréticas e ridículas da modernidade e dos governos constantemente assediados por organizações internacionais com objetivos políticos sempre crescentes. Tal retórica há muito tempo apagou a tênue linha de separação entre a proclamação de falsidades pretenciosas e a crítica dos progressos da jurisprudência. Convencida que é suficiente exprimir o desejo até que esse se realize, zomba da ideia de universalidade dos direitos humanos com o objetivo de colocar em discussão a aquisição cultural da Corte e fazendo retroceder esta última.

60. O principal problema para o sistema da Convenção é que esta narrativa politicamente motivada, que visa perturbar o sistema da Convenção tal como foi construído e evoluído no curso desses últimos sessenta anos, contaminou o discurso, se não o coração, dos mais altos representantes judiciários de alguns países. A presente causa constituía uma excelente ocasião para a Corte lutar contra esses fortes ventos contrários e defender o principal *atout* do sistema europeu

de tutela dos direitos humanos e a garantia fundamental do próprio sistema da Convenção, isto é, a força vinculante das sentenças da Corte. Esta não perdeu a oportunidade com relação ao seu núcleo essencial.

ii. Uma aproximação do direito penal orientado pela eficácia dos interesses (§§ 61-63)

61. É verdade que a maioria nega que o confisco urbanístico constitui uma sanção administrativa, mas não oferece qualquer discussão crível sobre os argumentos contrários opostos pelo governo recorrido, que continua a definir tal provimento como uma medida de natureza real e de caráter repristinatório¹⁴⁸⁷. A maioria, de fato, escolheu não responder ao apelo que tinha lançado na minha opinião separada anexada à sentença *Varvara*, na qual lembrava o problemático estado da jurisprudência em matéria de confisco. Invés de pôr um pouco de ordem a este propósito na jurisprudência da Corte, a maioria prefere proferir uma sentença estritamente limitada ao confisco urbanístico, como foi afirmado no § 155 da sentença, sem vincular a apreciação jurídica que ela atua de tal medida a outras formas de confisco que já foram submetidas ao escrutínio da Corte¹⁴⁸⁸.

Depois de ter resolvido a questão da aplicabilidade do Artigo 7 de maneira pouco satisfatória, a maioria enfrenta o núcleo da causa da mesma maneira. É verdade que confirma o princípio *nulla poena sine culpa* estabelecido na causa *Sud Fondi*¹⁴⁸⁹. Segundo o § 242 da presente sentença, de fato, o Artigo 7 exige, para punir, um nexo de natureza intelectual¹⁴⁹⁰. Mas apesar desta confirmação, a maioria retorna imediatamente à sua posição e admite no parágrafo sucessivo que tal exigência não impede a existência de algumas formas de “responsabilidade objetiva que opera através de presunções de responsabilidade”, retomando, assim, o núcleo do infeliz § 70 da sentença *Varvara*. Chega-se de tal maneira a

1487 V. as observações do Governo perante à *Grande Câmara*.

1488 Parece-me que uma pesquisa na jurisprudência da Corte sobre os vários tipos de pena (como o confisco) infligida na ausência de uma condenação penal coloca em evidência pelo menos quatro grupos de causas: decisões de confisco e medidas similares no contexto de procedimentos penais nos quais são impostas a terceiros (por exemplo, *AGOSI c. Regno Unito*, 24 ottobre 1986, § 66, serie A n. 108, e *Air Canada c. Regno Unito*, 5 maggio 1995, §§ 29-48, serie A n.316 A); decisões de confisco e medidas similares pronunciadas fora de quaisquer procedimentos penais, inclusive medidas preventivas nos confrontos de pessoas cujos bens presuntivamente possuem origem ilícita (por exemplo, *Riela e altri c. Italia* (dec.), n. 52439/99, 4 settembre 2001, e *Butler c. Regno Unito* (dec.), n. 41661/98, 27 giugno 2002); infligência de uma sanção administrativa por parte de uma jurisdição administrativa não obstante uma decisão de absolvição ou não lugar a proceder no procedimento penal (por exemplo, *Vanjak c. Croazia*, n.29889/04, §§ 69-72, 14 gennaio 2010, *Sikic c. Croazia*, n. 9143/08, §§ 54-56, 15 luglio 2010, e *Kapetanos e altri c. Grecia*, nn. 3453/12 e altri 2, § 88, 30 aprile 2015); e pronuncia por parte de um juiz penal de decisão de confisco apesar de no âmbito de um procedimento penal tenha sido proferida uma decisão de absolvição ou de não lugar (por exemplo, *Saliba c. Malta* (dec.), n. 4251/02, 23 novembre 2004; *Georgins c. Paesi Bassi*, n.30810/03, 1º marzo 2007, e *Paraponiaris*, supracitada). Sobre esta jurisprudência, ver A. Maugeri, “La tutela della proprietà nella CEDU e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca”, in M. Montagna (org), *Sequestro e confisca*, Torino: Giappichelli editore, 2017.

1489 *Sud Fondi*, supracitada.

1490 A afirmação do § 242 é formulada em termos gerais e não é ligada às circunstâncias do caso em espécie. A afirmação análoga contida no § 246, que descende da “a presente causa”, deve, por isso, ser considerada como uma aplicação ao caso em apreço do princípio estabelecido ao § 242.

perguntar-se como duas perspectivas radicalmente opostas do Artigo 7, se não até mesmo do próprio direito penal, pode ser confirmado pela própria Corte, e teria se esperado que a maioria fornecesse ao leitor uma explicação desse emaranhado jurídico. Mas essa simplesmente se omite de fornecer uma articulação entre essas duas declarações contraditórias seja sobre o plano lógico que axiológico. A única justificação que essa fornece é que, como a Corte aceitou algumas formas de presunções de responsabilidade do ponto de vista do Artigo 6, § 2, da Convenção, ela “considera que a jurisprudência supra descrita se aplica *mutatis mutandis* sobre o plano do Artigo 7”¹⁴⁹¹. Mas, a confusão profundamente deplorável entre as garantias processuais do Artigo 6 e as garantias materiais do Artigo 7 não se limitam a isso.

62. A este propósito, a presente sentença anda de mãos dadas com o espírito dos tempos. Infelizmente, a maioria parece desviada por uma aproximação do direito penal que privilegia unicamente a eficácia. Como sublinhado na opinião dissidente comum, o § 260 da presente sentença se assemelha muito a uma tentativa sem convicção de aprovar o confisco urbanístico sem condenação com base em exigências não negociáveis de “prevenção dos crimes” e de luta contra “crimes complexos”, independentemente do que isso possa significar. Esse tipo de raciocínio é indissociável do amalgama político ideologicamente retrógrado hoje dominante, que é composto por uma aproximação puramente retributivista do direito penal¹⁴⁹², de um processo penal que favorece unicamente os interesses da polícia¹⁴⁹³, de um direito penitenciário deliberadamente endurecido e justificado do argumento retributivo do “bem merecido”¹⁴⁹⁴, e de uma política de “imigração criminal” (“*crimmigration*”) realmente desumana¹⁴⁹⁵, sem, contudo, oferecer a mínima justiça para as vítimas de crimes graves como a tortura¹⁴⁹⁶. Uma juris-

1491 § 244 da sentença. Como se se tratasse de uma espécie de consolação por uma evidente omissão, a Corte observa depois, no § 245, que “os tribunais internos acertaram em tais argumentações”, ou seja, o requisito do elemento subjetivo e o princípio da responsabilidade subjetiva no direito penal, argumentação que, todavia, não muda de qualquer modo o fato que a Corte não justifica as afirmações contraditórias que faz nos parágrafos 242 e 243 da sentença.

1492 *V. Armani Da Silva c. Regno Unito* [GC], n. 5878/08, 30 marzo 2016, sobre a justificação da política da polícia de “atirar para matar” no âmbito de ações antiterroristas e sobre a aplicação de um critério subjetivo que privilegia o interesse da polícia para justificar a legítima defesa putativa em favor dos agentes de polícia.

1493 *V. Ibrahim e altri c. Regno Unito* [GC], nn. 50541/08, 50571/08, 50573/08 e 40351/09, 13 settembre 2016, sobre a recusa, sem qualquer razão imperativa, do direito de acesso a um advogado durante o primeiro interrogatório do suspeito junto à estação de polícia, e depois a admissão e a utilização durante o processo dos elementos de prova colhidos e que derivam, e a minha opinião separada em *A e B c. Norvegia*, supracitada, sobre a desclassificação do *ne bis in idem* à condição do direito fluído, interpretado restritivamente – em poucas palavras, ilusório.

1494 *V. Hassan c. Regno Unito* [GC], n. 29750/09, 16 settembre 2014, sobre a prática da internação na ausência de exceções nos termos do art. 15, e minha opinião separada no caso *Hutchinson*, supracitada, sobre a obstinada ausência de qualquer mecanismo de liberdade condicional aqueles condenados à prisão perpétua.

1495 *V. as minhas opiniões separadas na causa S.J. c. Belgio* [GC], n. 70055/10, 19 marzo 2015, relativo à implacável e vergonhosa política de expulsão dos doentes terminais estrangeiros e *Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta*, nn. 25794/13 e 28151/13, 22 novembre 2016, sobre política de detenção desumana dos requerentes de asilo e dos imigrantes irregulares. Na minha opinião, a sentença na causa *paposhvili c. Belgio* [GC], n. 41738/10, 13 dicembre 2016, não responde suficientemente às preocupações que manifestei na minha opinião em *S.J. c. Belgio*. Essa questão será enfrentada em uma outra ocasião.

1496 *V. Nait-Liman c. Svizzera* [GC], n. 51357/07, 15 marzo 2018, sobre a recusa de *forum necessitatis* ou de jurisdições universais em matéria civil nos confrontos de um refugiado que apresentou uma demada de reparação num tribunal suíço, no âmbito

prudência *liberticida* como essa mostra o pior lado da Europa na história recente do direito penal, como se “*Dos delitos e das penas*” nunca tivesse sido escrito.

63. Nessa ótica desviante, a maioria chega ao ponto de admitir o inadmissível em um Estado sustentado pelo princípio da preeminência do direito – na aplicação do Artigo 7 ao Sr. Gironda: uma permuta entre as inderrogáveis garantias do Artigo 7 com os direitos derogáveis reconhecidos no Artigo 6¹⁴⁹⁷. Para mais, no seu aparente esforço de salvar a qualquer custo o confisco urbanístico sem a condenação no caso do Sr. Gironda, a maioria se contradiz. Mesmo afirmando que o confisco sem condenação seria admissível do ponto de vista do Artigo 7 da Convenção, somente “a condições que os tribunais em questão agiram em pleno respeito dos direitos de defesa estabelecidos pelo Artigo 6 da Convenção¹⁴⁹⁸”, essa conclui que houve violação do Artigo 6 § 2 da Convenção no confronto contra o Sr. Gironda, mas que não houve violação do Artigo 7. Não consigo compreender porque a maioria não aplica o seu próprio critério no caso do Sr. Gironda. No caso em espécie, não havia um “pleno respeito” das garantias previstas pelo Artigo 6, por consequência na aplicação dos critérios determinados própria maioria, deveria haver violação não só do Artigo 6, mas, também, do Artigo 7. Em todo caso, no final das contas, o confisco urbanístico sem condenação não é salvo, pois sempre contrária à presunção de inocência, como a *Grande Câmara* reconhece de maneira quase unânime¹⁴⁹⁹.

B. O aquis cultural da Corte (§§ 64-67)

i. A extraordinária herança da Corte (§64-65)

64. Para cada onça de crítica à Corte há uma libra de elogio. Através de suas decisões e sentenças vinculantes, a Corte exerceu uma admirável *liderança* a um nível mundial em matéria de tutela dos direitos humanos, estimulado o progresso humano nos Estados membros e para além destes. Em uma Europa na qual muitas pessoas se depararam com enormes sofrimentos e escarças oportunidades, a Corte muito frequentemente carregou a tocha do progresso, promovendo a causa da minoria, dos marginalizados, dos excluídos, dos denegridos, dos indigentes, dos desfavorecidos, dos rejeitados, dos párias, de todos os filhos de um deus menor, esquecidos pelos governos e tribunais nacionais.

civil, por danos derivados da tortura que afirmou ter sido submetido em um Estado terceiro, a Tunísia; e *Al Adsani c. Regno Unito* [GC], n. 35763/97, ECHR 2001 XI, e *Jones e altri c. Regno Unito*, nn. 34356/06 e 40528/06, 14 gennaio 2014, referente respectivamente à concessão de uma imunidade a um Estado e a agentes de Estados externos contra os quais foi intentada uma ação civil por atos de tortura.

1497 É oportuno observar que, nesse contexto, nem *Paraponiariis*, supracitada, nem *Geerings*, supracitada, são mencionados, e ainda menos discutidos.

1498 § 261 da sentença.

1499 §§ 317 e 318 da sentença.

65. A Corte buscou ser um teto sob o qual qualquer pessoa poderia ter encontrado proteção contra as múltiplas tempestades que atingiram a Europa no passado e contra muitas outras que pairam no horizonte. Para além das presumidas violações dos direitos civis e políticos fundamentais, a Corte escutou a voz daqueles que pertencem aos degraus mais baixos da pirâmide social, que se sentem postos de lado, cuja aspiração à melhoria é sufocada por um sistema educação pública empobrecido, estrangulado por um sistema de saúde pública carente de fundos e de pessoa e esquecido por um sistema judicial sobrecarregado, habitualmente indiferente. Nesse difícil contexto, a Corte não renunciou de responder às preocupações cotidianas da classe popular em dificuldade, como, por exemplo, no caso de acesso dos estrangeiros às prestações sociais. Basta tomarmos o exemplo revelador da Itália.

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

66. Na Itália, a herança da Corte é extremamente rica e impactante em numerosos campos do direito, entre outros, sobre o processo penal (particularmente, a obrigação de publicidade do debate judiciário¹⁵⁰⁰, a exclusão do processo à revelia¹⁵⁰¹, a indenização em caso da duração excessiva dos processos¹⁵⁰² e o mecanismo de revisão sobre a *res judicata* com fundamento na sentença da Corte¹⁵⁰³), sobre o direito penal (o princípio da retroatividade da lei mais favorável ao réu¹⁵⁰⁴ e a reabilitação depois da condenação¹⁵⁰⁵), sobre o direito penitenciário (as condições detenção nas instituições superlotadas¹⁵⁰⁶ e as comunicações telefônicas dos detidos¹⁵⁰⁷), sobre o direito civil (o princípio da não retroatividade¹⁵⁰⁸), sobre o direito de família (o direito de matrimônio dos estrangeiros¹⁵⁰⁹, o direito ao reagrupamento familiar¹⁵¹⁰ e a retroatividade da lei que iguala os filhos naturais àqueles nascidos no interior do matrimônio¹⁵¹¹), sobre a lei falimentar (o status pessoal do falido¹⁵¹²), sobre o direito sanitário (a procriação medicamente assistida¹⁵¹³ e a

1500 Sentenças nn. 93/2010, 135/2014, 109/2015 da Corte constitucional.

1501 Sentença n. 371/2009 da Corte constitucional.

1502 Sentenças nn. 184/2015 e 36/2016 da Corte constitucional.

1503 Sentença n.113/2011 da Corte constitucional.

1504 Sentença n.210/2013 da Corte constitucional.

1505 Sentença n.234/2015 da Corte constitucional.

1506 Sentença n.279/2013 da Corte constitucional.

1507 Sentença n. 143/2013 da Corte constitucional.

1508 Sentenças nn. 78/2012, 170/2013, 191/2014 e 260/2015 da Corte constitucional.

1509 Sentença n.254/2011 da Corte constitucional.

1510 Sentença n.202/2013 da Corte constitucional.

1511 Sentença n. 146/2015 da Corte constitucional.

1512 Sentença n. 39/2008 da Corte constitucional.

1513 Sentença n.229/2015 da Corte constitucional.

pesquisa científica sobre embriões¹⁵¹⁴), sobre o direito previdenciário (a não discriminação no acesso dos estrangeiros às prestações sociais¹⁵¹⁵), sobre o direito do trabalho (a liberdade sindical¹⁵¹⁶), sobre o direito administrativo (a expropriação por razões de utilidade pública¹⁵¹⁷) e sobre o direito constitucional (a imunidade parlamentar¹⁵¹⁸). Em síntese, a jurisprudência da Corte influenciou profundamente o controle constitucional italiano e “induziu a Corte constitucional rever a sua jurisprudência precedente e a desenvolver novos princípios e normas”¹⁵¹⁹.

67. Tal impacto atraiu à Corte, no passado, a antipatia dos partidos políticos de ambos os lados da cena política, bem como de uma poderosa *elite* de hábeis combatentes políticos que uniram suas forças em uma coalização que compreende os defensores do neoliberalismo, que detestam o Estado intervencionista, e os sustentadores do Estado-nação, que se opõe visceralmente a todo tipo de *comitas* e de aliança internacional. O humor é sanguíneo em algumas partes da Europa. Alguns líderes estimulam a população com instintos mais baixos e nutrem a sua base política de argumentos agressivos sobre temas delicados como as políticas em matéria penal, de imigração ou de minorias. Tais ideias adquiriram uma nova visão e vêm defendidas por uma massa tão imatura quanto seus líderes. O tom retrógrado e inclinado ao soberanismo é evidente na reação à algumas sentenças “incomodas” da Corte. Em uma cruzada contra os princípios consolidados de direito internacional e os princípios fundamentais do sistema da Convenção, alguns governos e seus *protégés* pretendem que a sua apropriação da Convenção significa que os tribunais nacionais tenham a última palavra sobre a sua interpretação e, sobretudo, sobre a execução das sentenças da Corte. O efeito hipnotizante da mensagem visa fazer perder de vista a diferença entre o poder das Partes Contratantes sobre a sorte da Convenção enquanto tratado internacional e o papel único e incondicional da Corte, na determinação do seu conteúdo, em conformidade com o Artigo 19 da Convenção, e na imposição da sua inter-

1514 Sentença n.84/2016 da Corte constitucional.

1515 Sentenças nn. 187/2010, 329/2011, 40/2013 e 22/2015 da Corte constitucional.

1516 Sentença n. 178/2015 da Corte constitucional.

1517 Sentenças nn. 348 e 349/2007, 181/2011, 338/2011 e 187/2014 da Corte constitucional.

1518 Sentenças nn. 313/348 e 349/2007, 181/2011, 338/2011 e 187/2014 da Corte constitucional.

1519 M. Cartabia, “Of bridges and walls: the “Italian” style of constitutional adjudication”, Bled, 23 giugno 2016, p. 12 (mas, o autor se refere também às sentenças n. 264/2012 e n. 49/2015 como exemplos de “diferença e originalidade” da jurisprudência constitucional italiana); ver também T. Groppi, “La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme dans les décisions de la Cour Constitutionnelle italienne, une recherche empirique”, in L. Burgogues-Larsen (ed.), *Les défis de l’interprétation et de l’application des droits de l’homme, de l’ouverture au dialogue*, Parigi: Padone, 2017; E. Sciso, “The Italian Constitutional Court and the Impact of the European Convention of Human Rights in Italy”, in *Judging Human Rights – Courts of General Jurisdiction as Human Rights Courts*, 2017, Month 1, 1-15; L. Manzetti, “Human rights between Supreme Court, Constitutional Court and Supranational Court: the Italian experience” (2016) 52 *IUS Gentium* 29; e M. D’Amico, “Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza costituzionale”, in L.D’Andrea et al., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino: Giappichelli, 2015.

pretação através das sentenças que tenham um efeito direto e vinculante sobre o ordenamento jurídico de todas as Partes Contratantes.

C. Qual é o diálogo judiciário? (§§ 68-71)

i. A lógica antagonista do “nós e eles” (§§ 68-69)

68. Algumas jurisdições nacionais não resistiram à atual virada populista que tende a fazer da Corte um bode expiatório de todos os males da Europa. Sob o lema cativante do “diálogo judiciário” entre as jurisdições nacionais e a Corte, desenrola-se uma cínica estratégia que visa abalar os fundamentos do sistema da Convenção¹⁵²⁰. Numa lógica amarga, conflituosa e antagonista de “nós e eles”, algumas jurisdições nacionais colocaram novamente em questão a força jurídica das sentenças incomodadas da Corte, invocando uma interpretação *vestfaliana* dos direitos humanos centrada no Estado, que daria a prioridade ao poder regulamentar discricional dos governos sobre os direitos fundamentais dos cidadãos. As lições da História não podem estar mais longe deste espírito. Ser capaz de colocar a Corte de joelhos será a prova das suas crescentes ambições.

69. Não nos deixemos enredar em jargões legais e tecnicidades. As declarações hipócritas segundo as quais um diálogo judiciário reafirmará o compromisso das Partes Contratadas ao respeito dos princípios estabelecidos de longa data que garantem a integridade do sistema da Convenção serviram somente para mascarar uma animosidade maléfica em relação à Corte, visando a dificultar o estímulo para uma ação mais ambiciosa por parte desta última. Enquanto a margem de reação da Corte sempre é mais reduzida.

1520 Sobre o diálogo entre a Corte e as cortes supremas e constitucionais das Partes Contratantes, ver B. Peters, “The Rule of Law Effects of Dialogues between National Courts and Strasbourg: An Outline”, in A. Nollkaemper e M. Kanetake (ed.) *The rule of law at the national and international levels: contestations and deference*, Oxford: Hart, 2016; AAVV, “Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto”, Napoli: EGEA Editore, 2016; D. Russo, “La confisca in assenza di condanna” tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti”, in *Osservatorio sulle fonti*, aprile 2015; A. Baraggia, “La tutela dei diritti in Europa nel dialogo tra corti: epifanie” di una unione dai tratti ancora indefiniti”, in *Rivista AIC*, 2/2015; R. Conti, “Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari”, in R. Cosio e R. Foglia (ed.), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano: Giuffrè, 2013; G. Civallo, “Il ‘dialogo’ fra le quattro corti: dalla sentenza ‘Varvara’ della CEDU (2013) alla sentenza ‘Taricco’ della CGUE (2015)” *Archivio Penale*, 2015, n. 3; A. Ruggeri, “Dialogo’ tra le corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali”, in www.federalismi.it, 24/ 2013; G. Martinico, “Is the European Convention going to be ‘Supreme’? A comparative-constitutional overview of ECHR and EU law before national courts” (2012) 23 *EJIL* 415; Popelier et al. (ed.), *Human Rights Protection in the European Legal Order: ‘The Interaction between the European and the National Courts*, Cambridge: Intersentia, 2011; O. Pollicino e G. Martinico, “The National Judicial Treatment of the ECHR and EU laws. A Constitutional Comparative Perspective”, Groningen: Europa Law, 2010; M. Cartabia, “Europe and Rights: Taking dialogue seriously” (2009) *European Constitutional Law Review* 5; Fontanelli et al., “Shaping Rule of Law through Dialogue, International and Supranational Experiences”, Groningen: Europa Law, 2009; W. Sadursky, “Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments” (2009) 3 *Human Rights Law Review* 397; H. Keller and A. Stone-Sweet, “A Europe of Rights, The Impact of the ECHR on National legal Systems”, Napoli: ESI, 2007; L. Montanari, “I diritti dell’uomo nell’area europea tra fonti internazionali e fonti interne”, Torino: Giappichelli, 2002. Sobre o abuso da noção de “diálogo” nesse context, que remete para uma *actio finium regundorum* entre as jurisdições interessadas, ver R. Bin, “L’interpretazione conforme. Due o ter cose che so di lei” *Rivista AIC*, 1/2015, e De Vergottini, “Oltre il dialogo tra le corti”, Bologna: Il Mulino, 2010.

ii. A luta por delegação para a sobrevivência do direito internacional (§§ 70-71)

70. A presente sentença se revelou como uma oportunidade para antecipar quais males podem se apresentar em um futuro próximo. Algumas autoridades nacionais estão apontando para a falência do sistema europeu de direitos humanos e não se limitam diante de nenhum tabu. Depois da adoção da lei de 15 de dezembro de 2015, pela Rússia, que concedia à Corte constitucional russa o poder de declarar não executivas as decisões dos tribunais internacionais, entre as quais aquelas da Corte, se contrastantes com a Constituição russa, o sino de alarme na Europa já deveria ter tocado¹⁵²¹. O fato que a sentença da Corte constitucional russa que abriu a porta para tal lei¹⁵²², como fonte de inspiração, entre outras, a sentença n 264/2012 proferida pela Corte constitucional italiana na causa sobre as pensões suíças, não é um sinal particularmente reconfortante. Quando os tabus mais fortes cedem, como aconteceu em dezembro de 2015, nada se opõe ao colapso dos mais fracos.

71. Na sua luta final contra o direito internacional e as jurisdições internacionais, os cavaleiros do *campanilismo* serão detidos apenas por um sólido raciocínio jurídico baseado em princípios, que podem, ao mesmo tempo, denunciar o seu discurso arrogante e egoísta para convencer a comunidade jurídica e acalmar os temores da classe popular. A escolha dos juízes nacionais, em particular das cortes constitucionais e supremas, parece hoje muito clara: aderir à visão cosmopolita dos direitos humanos universais enquanto limitação da soberania dos Estados¹⁵²³, ou adotar a visão oposta e *campanilista* de retorno ao direito interno enquanto reserva inexpugnável da soberania, e, conseqüentemente, dos direitos humanos universais considerados como “absurdos sobre trampolins”, para tomar a expressão de Bentham. É uma luta por delegação entre os *partigiani* e opositores do direito internacional.

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

A. A “autoridade interpretativa” da sentença da Corte (§§72-80)

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

72. A convenção obriga os Estados não somente a fazer respeitar, conforme o Artigo 46 da Convenção, o caráter vinculante de uma sentença da Corte

1521 Sobre esta lei e sobre o impacto sobre o sistema da Convenção, ver o meu artigo “Plaidoyer for the European Court of Human Rights” (2018) *European Human Rights Law Review*, Issue 2, 119-133; A. Guazzarotti, “La Russia e la CEDU: I controllimiti visti da Mosca”, in (2016) *Quaderni costituzionali* 383; C. Filippini, “La Russia e la CEDU” l’obiezione della Corte costituzionale all’esecuzione delle sentenze di Strasburgo”, in (2016) *Quaderni costituzionali* 386; e A. De Gregorio, “Russia, Il confronto tra la Corte costituzionale e la Corte Europea per i diritti dell’uomo tra chiusure e segnali di distensione”, in *Federalismi Focus Human Rights*, 27 Luglio 2016.

1522 Corte costituzional russa n.21-P/2015 de 14 de julho de 2015.

1523 Sobre esta visão, ver a minha opinião separada em *Al-Dulimi e Montana Management Inc.*, supracitada.

em relação às partes da controvérsia, mas, também, a impedir que uma violação constatada em uma sentença seja repetida em relações de terceiros¹⁵²⁴. Essa é uma das consequências do princípio de subsidiariedade e da sua função essencial na arquitetura do sistema da Convenção. Em particular, os juízes nacionais devem interpretar e aplicar o direito nacional de acordo à Convenção e à jurisprudência da Corte. Assim, compete, em primeiro lugar, às autoridades nacionais interpretar e aplicar o direito nacional, a Corte deve verificar se o modo cujo direito é interpretado e aplicado produz efeitos que estão em conformidade com os princípios da Convenção¹⁵²⁵ como interpretados à luz da jurisprudência.

73. Sendo uma consequência do princípio da subsidiariedade, essa norma se aplica também fora dos estreitos limites dos arts. 41 e 46 da Convenção, que interessam principalmente às relações entre as partes da controvérsia. Isso também emerge da declaração de Brighton, na qual os Estados membros se comprometeram a garantir “a plena atuação da Convenção em nível nacional [o que] solicita que os Estados Parte adotem medidas eficazes para prevenir as violações”¹⁵²⁶. Para tal fim, “todas as leis e políticas deveriam ser formuladas e todos os funcionários do Estado deveriam exercer as próprias responsabilidades de um modo que se dê plena aplicação à Convenção”. Por isso “os juízes e as autoridades nacionais deveriam ter em conta a Convenção e a jurisprudência da Corte”.

74. Além disso, as medidas que um Estado é obrigado a adotar para a execução de uma sentença não se limitam àquelas que interessam ao requerente individual. Essa é a consequência das considerações acima expressadas no que se refere à subsidiariedade. Se a violação deriva de um problema estrutural de fundo, o Estado requerido deve, ao contrário, adotar as medidas gerais apropriadas para remediar a situação ao fim de evitar que a mesma violação possa afetar outras pessoas. Segundo a jurisprudência constante da Corte, em caso de constatação de uma violação contra um Estado, “este último não somente é chamado a pagar aos interessados as somas concedidas a título de justa satisfação, mas também a adotar no seu ordenamento jurídico interno medidas individuais e/ou, se for o caso, gerais para pôr fim a violação constatada pela Corte e para anular as consequências, a fim de colocar o recorrente, na medida do possível, em uma situação equivalente àquela em que se encontraria se não houvesse a inobservância das obrigações impostas pela Convenção”¹⁵²⁷.

1524 Ver a minha opinião separada em *Fabris*, supracitada.

1525 *Carbonara e Ventura c. Itália*, n. 24638/94, § 68, ECHR 2000 VI; *Sreletz, Kessler e Krenz c. Alemanha* [GC], nn. 34044/96, 35532/97, e 44801/98, § 49, ECHR 2001 II, e *Storck c. Alemanha*, 61603/00, § 93, ECHR 2005 V.

1526 Conferenza di alto livello sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo, Dichiarazione di Brighton, 20 aprile 2012, §§ 7 e 9.

1527 *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Svizzera (n.2)* [GC, n. 32772/02, § 85, 30 giugno 2009.

75. Isso se acumula, evidentemente, com a natureza fundada nos princípios da jurisprudência da Corte¹⁵²⁸. Esta última recordou repetidamente que “as suas sentenças servem não só para decidir as causas que lhe são submetidas, mas, também, de um modo geral, para esclarecer, salvaguardar e desenvolver as normas da Convenção e a contribuir, desse modo, ao respeito, por parte dos Estados, dos compromissos que estes últimos assumiram na sua qualidade de Partes contratantes”¹⁵²⁹.

76. Visto que as sentenças da Corte têm a mesma força jurídica, o mesmo carácter vinculante e a mesma autoridade interpretativa¹⁵³⁰, a aplicação dessa norma não pode depender, como sugere a Corte constitucional italiana na sentença n. 49/2015, do colégio judicante que as proferiu¹⁵³¹. Certamente, não se nega que às vezes é necessário clarear o significado de certas sentenças. Um intercâmbio jurisprudencial entre a Corte e os juízes nacionais interessados pode, portanto, responder a tal exigência, sem que isso, todavia, possa ter como consequência a suspensão das obrigações destes últimos em relação à jurisprudência de Estrasburgo.

Em outros termos, o valor jurídico da sentença da Corte engloba não só o seu efeito obrigatório *inter partes* (o seu “carácter vinculante” para retomar as palavras utilizadas pela Corte), mas também a sua “autoridade interpretativa”, igualmente importante. Citando-a, a Corte transformou o conceito doutrinal de “autoridade interpretativa” (*res interpretata*) das suas sentenças em um princípio juridicamente vinculante de interpretação e de aplicação da Convenção. Não se trata mais de uma simples enunciação doutrinal, mas de um princípio jurídico verdadeiro e próprio, judicialmente estabelecido, que disciplina os efeitos das sentenças da Corte. Nesse sentido, a sentença da Corte tem um efeito *erga omnes* nos confrontos de todas as Partes Contratantes, independentemente do fato que tenha sido pronunciada só no confronto contra um ou de alguns deles¹⁵³². Isso

1528 Sobre a necessidade de uma motivação de princípio nas sentenças da Corte, contrariamente a abordagem por vezes deploravelmente casuística, ver também a minha opinião separada em *Centro di risorser giuridiche in nome di Valentin Câmpeanu c. Romania* [GC], n. 47848/08, 17 luglio 2014.

1529 *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, § 154, serie A n. 25.

1530 § 252 da presente sentença.

1531 *Ibid.*

1532 A corte já expressou implicitamente esse ponto de vista em diversas ocasiões, como em *Opuz c. Turchia*, n. 33401/02, § 163, 9 giugno 2009. Também muitos presidentes da Corte expressaram esse princípio a título extrajudicial. Por exemplo, no “Memorandum del Presidente della Corte europea dei diritti dell’uomo agli Stati in vista della Conferenza di Interlaken” de 3 de julho de 2009, o então presidente da Corte destacou essa ideia: “Não é mais aceitável que um Estado não tome o quanto antes as consequências de uma sentença que constata uma violação da Convenção por parte de um outro Estado quando o seu ordenamento jurídico apresenta o mesmo problema. O efeito vinculante da interpretação da Corte vai para além da autoridade da *res judicata* em sentido estrito. Tal evolução será acompanhado pelo “efeito direto” da Convenção no direito internacional e com a sua apropriação por parte dos Estados”. Esse princípio é confirmado também pelo parecer sobre a execução das sentenças da Corte europeia dos direitos do homem, adotado pela Comissão de Veneza na sua 53ª sessão plenária, 2002, § 32. Também foi utilizada a noção de efeito *de facto erga omnes* das sentenças emitidas pela Corte de Estrasburgo (ver o prefácio do presidente Costa ao relatório anual de 2008 da Corte europeia dos direitos do homem, 2009, e D. Spielmann, “Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Constitutional Systems of Europe” in Rosenfeld e Sajó (ed), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, Capítulo 59, p. 1243).

corresponde ao reconhecimento judiciário de um compromisso que as partes contratantes assumiram já na Declaração de Interlaken:

“4. A conferência recorda que é a responsabilidade primária dos Estados Parte assegurar a aplicação e a atuação da Convenção e, por consequência, convida os Estado Parte a se comprometerem a: (...) c) ter em conta a evolução da jurisprudência da Corte, sobretudo a fim de valorar as consequências que se impõe seguidas de uma sentença que constata uma violação da Convenção por parte de um Estado parte quando no seu ordenamento jurídico emerge o mesmo problema de princípio”¹⁵³³.

77. Pode-se encontrar a confirmação dessa aproximação também na Declaração de Brighton, na qual se afirma que “os recursos em série derivam principalmente de problemas sistemáticos ou estruturais a nível nacional” e que “é responsabilidade de um Estado Parte, sob a supervisão do Comitê de Ministros, assegurar que tais questões e que as consequentes violações sejam reguladas no âmbito da efetiva execução das sentenças da Corte”¹⁵³⁴. Além disso, “através da sua supervisão, o Comitê dos Ministros assegura que seja dado o devido efeito às sentenças da Corte, também através da atuação de medidas gerais para resolver questões sistemáticas mais amplas”¹⁵³⁵. Enfim, os Estados são encorajados “a desenvolver as capacidades e os mecanismos internos para assegurar a rápida execução das sentenças da Corte”¹⁵³⁶.

ii. Do paroquialismo constitucional ao constitucionalismo multinível (§§ 72-80)

78. Essas obrigações se estendem ao direito constitucional dos Estados Parte da Convenção. O Artigo 1 da Convenção não faz qualquer distinção entre o tipo de normas ou de medidas em questão e não exclui qualquer parte da “jurisdição” dos Estados membros do âmbito da Convenção. É, portanto, com a totalidade de suas “jurisdições” – a qual é frequentemente exercida em primeiro lugar através da Constituição – que estes Estados percebem a sua observância da Convenção¹⁵³⁷. Além disso, tal aproximação está de acordo com o Artigo 27 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, segundo o qual um Estado não pode invocar as disposições do próprio direito interno, incluindo o direito constitucional, para justificar a não execução de um tratado¹⁵³⁸.

1533 Conferência de alto nível sobre o futuro da Corte europeia dos direitos do homem, Cichiarazione di interlaken, 19 febbraio 2010. Relevo que a declaração se refere à “sentença” da Corte ao singular e não à pluralidade de sentenças a partir do qual um princípio jurídico poderia se consolidar.

1534 Dichiarazione di Brighton, supracitada, § 18.

1535 Dichiarazioni di Brighton, supracitada, § 26.

1536 Dichiarazione di Brighton, supracitada, § 29 a) i).

1537 Partito comunista unificato di Turchia e altri c. Turchia, 30 gennaio 1998, §§27 e segg., Reports 1998 I.

1538 V. a minha opinião separada em *Fabris*, supracitada.

79. A era do paroquialismo constitucional acabou na Europa. Na época do constitucionalismo multinível, a Convenção representa um “instrumento constitucional de ordem pública europeu”¹⁵³⁹. Essa prevalece, portanto, sobre as disposições e sobre os interesses constitucionais das Partes Contratantes não somente a Malta¹⁵⁴⁰, na Irlanda¹⁵⁴¹, na Bósnia¹⁵⁴², na Rússia¹⁵⁴³ e na Hungria¹⁵⁴⁴, mas também na Itália e em todos os outros Estados membros do Conselho da Europa. Em termos dogmáticos, do ponto de vista de Estrasburgo, a tradicional distinção entre ordens constitucionais monistas e dualistas se tornou irrelevante e não há qualquer efeito sobre o caráter vinculante da Convenção, como interpretado pelas sentenças da Corte, no direito interno das Partes Contratantes¹⁵⁴⁵. Esse constitucionalismo multinível, defendido e praticado pelo Conselho da Europa, vai além desta distinção enquanto visa uma *reductio ad unitatem* das questões relativas aos direitos fundamentais em todas as Partes Contratantes¹⁵⁴⁶.

-
- 1539 *Loizidou c. Turquia (eccezioni preliminar)*, 23 marzo 1995, § 75, serie A n. 310, e o parecer da Corte sobre a reforma do sistema de controle da Convenção, 4 de setembro de 1992, § I (5).
- 1540 In *Demicoli c. Malta*, n. 13057, 27 agosto 1991, a Corte concluiu que o art. 11 da Constituição maltesa que concedia a *Câmara* dos Representantes a competência para julgar sobre o crime de violação de privilégios violava o art. 6 §1 da Convenção. Malta modificou a sua Constituição depois da pronúncia da sentença. Sobre o seguimento dado a essa causa, ver o meu artigo “Plaidoyer for the European Court of Human Rights”, supracitado.
- 1541 Depois de *Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda*, nn. 13234/88 e 13235/88, 29 de outubro de 1992, a Irlanda modificou a sua Constituição. Sobre o seguimento dado a essa causa, ver o meu artigo “Plaidoyer for the European Court of Human Rights”, supracitado.
- 1542 Em *Sejdić e Finci c. Bosnia-Erzegovina* [GC], nn. 27996/06 e 34836/06, 22 de dezembro de 2009, a Corte criticou a impossibilidade para os recorrentes, em virtude da Constituição, de se candidatarem às eleições para a *Câmara* do Povo e para a Presidência do Estado em razão das suas respectivas origens romani e hebraica.
- 1543 Em *Anchugov e Gladkov c. Rússia*, nn. 11157/04 e 15162/05, 4 luglio 2013, a Corte censurou o art. 32 § 3 da Constituição russa que previa a privação do direito de voto para os detidos condenados.
- 1544 Em *Baka c. Ungheria* [GC], n. 20261/12, 23 de junho de 2016, a Corte concluiu que houve a violação do art. 6 § 1 da Convenção enquanto o art. 11 § 2 das disposições transitórias da Lei fundamental de 31 de dezembro de 2011 implicou ao recorrente a cessação antecipada do seu mandato de Presidente da Corte Suprema, enquanto esta disposição constitucional *ad hoc, ad hominem* não tinha sido reexaminada, e não podia ser reexaminada, por um tribunal ordinário ou por outro órgão exercitante das funções judiciárias.
- 1545 Em termos práticos, como afirmado por um alto funcionário do Conselho da Europa, “quando (...) supervisiona a execução das sentenças da Corte europeia dos direitos do homem, o Comitê de Ministro nunca teve em consideração o caráter monístico ou dualístico do Estado, nem se o Estado tinha ou não recebido as disposições da Convenção europeia no próprio direito interno”. (A.). Drzemczewski, “Les faux débats entre monisme et dualisme – droit international et droit français: l’exemple du contentieux des droits de l’homme” 1998 (51) *Boletim da sociedade brasileira de direito internacional*, 100; sottolineato nell’originale.
- 1546 Sobre a proteção multinível dos direitos do homem na Europa e a criação de um *jus commune europeum* de direitos fundamentais, ver B. Randazzo, “La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione”, Milano: Giuffrè, 2017, e “Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo”, Milano: Giuffrè, 012; G. Amato e B. Barbisan, “Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune”, Bologna: Il Mulino, 2016; R. Conti, “Il sistema multilivello e l’interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali”, in *Questione Giustizia*, 4/2016; C. Padula (ed.), “La Corte europea dei diritti dell’uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte Costituzionale?”, Napoli: Editoriale Scientifica, 2016; G. Martinico, “Constitutionalism, Resistance and Openness: Comparative law Reflections on Constitutionalism in Post-national Governance” (2016) 35 *Yearbook of European Law* 318; S. Sonelli, “La Cedu nel quadro di una tutela multilivello dei diritti e il suo impatto sul diritto italiano: direttrici di un dibattito”, in S. Sonelli (ed.), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e l’ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Torino: Giappichelli, 2015; E. Malfatti, “I ‘livelli’ di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea”, Torino: Giappichelli; S. Gambino, “Vantaggi e limite della protezione multilevel dei diritti e dele libertà fondamentali, fra diritto dell’Unione, convenzioni internazionali e costituzione nazionale”, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 gennaio 2015; M. Cartabia, “La tutela multilivello...”, in *Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court, 50^a anniversaire de l’arrêt Van Gend en Loos: 1963-2013: actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Lussemburgo, 2013, 155-168; e “L’universalità dei diritti umani nell’età dei “nuovi diritti” (2009), *Quaderni costituzionali* 537; E. Lamarque, “Le relazioni tra l’ordinamento nazionale, supranazionale e Internazionale nella tutela dei diritti”, in *Diritto pubblico* 3/2013; L. Cassetti (ed.), “Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo”, Napoli: Jovane, 2012; L. Montanari, “La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione: un confronto con Francia e Regno Unito”, in *Diritto*

80. Como demonstra claramente a causa *baka*¹⁵⁴⁷, esse princípio de prevalência da Convenção sobre disposições e sobre os interesses constitucionais das Partes Contratantes é particularmente importante no atual contexto político europeu, num momento no qual algumas “democracias não liberais” estendem os limites de suas constituições adotando disposições contrárias aos princípios fundamentais do direito da Convenção, como o princípio da independência do poder judiciário. Se as Partes Contratantes ainda desejam uma Corte de Estrasburgo forte, capaz de resistir às autoridades nacionais “*grunrechtsfeindlich*” (hostis aos direitos humanos), então deverão enfrentar essa mesma Corte quando ela bater em sua porta. O sistema da Convenção é evidentemente incompatível com uma lógica hipócrita NIMBY (“*Not in my backyard!*”, não no meu quintal) que afirma que os direitos humanos universais são uma coisa boa para os outros, mas ruim para si mesmos.

B. Uma doutrina constitucional dos direitos humanos convencionalmente orientada (§§81-86)

i. A integração da Convenção no ordenamento constitucional e jurídico (§§ 81-84)

81. É digno de nota que a Corte constitucional italiana já havia recepcionado muitos dos princípios da Convenção no direito constitucional interno, elaborando uma teoria constitucional dos direitos fundamentais sensível à Convenção. Como a Corte tem apontado na sentença n. 349/2007, o sistema da Convenção “garante a aplicação de um nível uniforme de proteção interna em todos os Estados membros”. Para uma maior precisão, a Convenção é um tratado normativo multilateral dotado de um mecanismo centralizado e autorizado para a definição de critérios e de um sistema de garantia coletiva¹⁵⁴⁸

82. Além disso, segundo os juízes do *Palazzo della Consulta*, o Artigo 46 da Convenção impõe aos Estados a adoção não só das medidas individuais necessários para pôr fim aos efeitos da violação constatada e providenciar a indenização, mas também, se for o caso, qualquer medida de caráter geral idônea para resolver o problema estrutural que está na base da violação¹⁵⁴⁹. Portanto, na louvável

Publico Comparato ed Europeo, 1/2008; G. Zagrebelsky, Corti costituzionali e diritti universali”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/2006; e G. Silvestri, “Verso uno jus commune europeum dei diritti fondamentali” (2006) *Quaderni costituzionali* 7.

1547 *Baka*, supracitada.

1548 V. a minha opinião separada em *Mursic*, supracitada.

1549 V. a sentença n. 113/2011 da Corte constitucional sobre a reabertura de um procedimento penal seguido de uma constatação definitiva da violação do art. 6 por parte da Corte. Essa sentença chave é particularmente louvável pois a *Consulta* se mostrou pronta reverter a própria sentença recente n. 129/2008. Sobre essas sentenças ver, entre outros, G. Grasso e F. Giuffrida, “L’incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte Europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale”, in *DPC*, 25 maggio 2015; A. Cerruti, “Considerazioni in margine all sent. N. 113/2011: esiste una “necessità di integrazione” tra ordenamento interno e sistema convenzionale?”, in *Giurisprudenza italiana*, 1/2012; “Gli effetti dei giudicati ‘europei’ sul giudicato italiano dopo la sentenza n.113/2011 da Corte costituzionale”, Tavola rotonda com contributi di G. Canzio, R. Ko-

sentença proferida na causa *Dorigo*, a Corte constitucional concluiu que o Artigo 630 do Código de Processo Penal era inconstitucional enquanto não previa a reabertura de um procedimento penal depois da constatação definitiva de uma violação do Artigo 6.

83. Depois da sentença *Scoppola (n.2)*, a Corte constitucional foi além. Na exemplar sentença n. 210/2013, a *Consulta*, diante dos “*fratelli minore di Scoppola*”, fez referência não somente a obrigação de substituir a pena infligida ao imputato Scoppola, mas também à obrigação implícita de colocar um fim ao problema estrutural do quadro jurídico interno que levou a uma violação da Convenção e de eliminar dela os efeitos para todos os detidos que se encontrassem na mesma situação. Era uma ocasião perfeita para os juízes do *Palazzo della Consulta* reconhecerem plenamente o efeito *erga omnes* das sentenças da Corte. Eles responderam às expectativas, destacando a existência de um tal efeito também quando a Corte não recorre ao mecanismo da sentença *pilota* ou não impõe a adoção de medidas gerais¹⁵⁵⁰. O efeito jurídico de uma sentença definitiva da Corte, independentemente do seu objeto ou da sua forma, é vinculante para qualquer Parte Contratante. Como uma demonstração excelente desse princípio, a Corte Constitucional afirmou inequivocamente que o efeito *erga omnes* das sentenças da Corte compreendia também as sentenças emitidas contra outras Partes Contratantes¹⁵⁵¹.

84. A integração da Convenção no ordenamento jurídico italiano é favorecida também pela interseção entre a Constituição e a Convenção e pela interação entre garantias convencionais e nacionais. Tal interação é obviamente facilitada pelo Artigo 2 da Constituição e pela abertura do catálogo constitucional dos direitos humanos, enquanto uma cláusula aberta como aquela da Constituição italiana é o meio natural para recepcionar direitos e liberdade não expressamente previstos pela Constituição, mas derivados do direito internacional¹⁵⁵². Uma tal abertura ao direito internacional é, em efeito, uma característica da tradição jurídica e da civilização romana. Na visão cosmopolita do eterno Gaio: “*Omnes Populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius*

storis, A. Ruggeri, *Rivista AIC* 2/2011; R. Greco, “Dialogo tra Corti ed effetti nell’ordinamento interno. Le implicazioni della sentenza della Corte costituzionale del 7 aprile 2011, n. 113” e T. Guarnier, “Um ulteriore passo verso l’integrazione CEDU: il giudice nazionale come giudice comune della Convenzione?”, entrambi in *Consulta online*, 10 novembre 2011.

1550 § 7.2 do *cons. In dir.* da sentença n. 210/2013 da Corte constitucional. Em relação a essa sentença, ver, entre outros, N. Perlo, “L’attribution des effets erga omnes aux arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme en Italie: La révolution est en marche” (2015)

1551 § 4.4 da sentença n. 170/213 da Corte constitucional, que se refere a sentença pronunciada contra a França, a Grécia e o Reino Unido: “também se não foram pronunciadas contra a Itália, as últimas sentenças citadas contêm afirmações gerais que a própria Corte europeia considera aplicáveis para além da causa em exame e que a presente Corte considera vinculante para o ordenamento jurídico italiano”.

1552 Sentenças da Corte constitucional nn. 404/88, 278/92 e 388/99.

*proprium est vocaturque jus civile, quae jus proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quae quo jure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur*¹⁵⁵³”.

ii. A proteção da Convenção: um “piso”, não um “teto” (§§ 85-86)

85. Todavia, hoje já não é mais suficiente uma teoria constitucional dos direitos fundamentais sensível à Convenção. É necessária uma teoria constitucional que favoreça a Convenção, é um fato diferente e mais exigente. De um ponto de vista axiológico, mesmo que a Convenção e a Constituição estejam no mesmo plano, a primeira prevalece sobre a segunda em caso de um conflito inevitável, sobretudo em um momento em que a natureza intrinsecamente contra-majoritária dos direitos humanos é esquecida por alguns legisladores, juízes e outras autoridades públicas nacionais. A hipersensibilidade nacional a determinados interesses constitucionais ou, pior ainda, à transação puramente material entre os direitos da Convenção e “outros interesses constitucionais” não podem ser ocultados pelo instrumento argumentativo da maximização dos direitos fundamentais. Isso distorceria o sentido do Artigo 53 da Convenção. Como declarou recentemente o presidente Raimondi “a conformidade de uma determinada disposição legislativa com a Constituição não garante a conformidade com a Convenção cujas exigências, em certos casos, podem ser mais elevadas que aquelas da Constituição nacional”¹⁵⁵⁴.

86. Considerando o verdadeiro significado do Artigo 53 da Convenção, a relação entre a Corte e as cortes supremas e constitucionais deve respeitar a seguinte, clara, linha vermelha. As jurisdições nacionais podem além do nível de tutela concedido ao recorrente da Convenção, mas não podem permanecer abaixo, nem mesmo invocando a presumida consideração sistêmica de outros interesses constitucionais em jogo. Metaforicamente falando, a proteção garantida pela Convenção é um “piso”, não um “teto”¹⁵⁵⁵. Por consequência, as cortes constitucionais e supremas são chamadas a interpretar as sentenças da Corte e a confrontá-las com o contexto constitucional nacional no qual serão aplicadas.

1553 Gaio, *Institutiones, Commentarius Primus, I De Iure civili et Naturali, 1.1*: “Tutti i popoli governati da leggi o consuetudini si valgono di un diritto in parte proprio e in parte comune a tutti gli uomini; perché il diritto che ogni popolo si è stabilito da sé, è specificamente proprio di quel popolo e si chiama diritto civile, cioè diritto proprio della *civitas*; ma in verità il diritto che la ragione naturale ha stabilito tra tutti gli uomini viene osservato nello stesso modo presso tutti i popoli e viene chiamato diritto *dele genti*, nel senso di diritto del quale tutte le genti si valgono. Cosè il popolo romano si vale in parte di un diritto che gli è proprio, in parte di un diritto comune a tutti gli uomini.”

1554 G. Raimondi, “La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e le corti costituzionali e supreme europee”, *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 marzo 2018, p.10: “la conformità alla costituzione di una determinata disposizione legislativa non ne garantisce la conformità alla Convenzione, le cui esigenze, in certi casi, possono essere più elevate di quelle della costituzione nazionale”.

1555 V. a minha opinião separada em *Hutchinson*, supracitada.

Todavia, os juízes nacionais não podem “reescrever” a sentença da Corte. Em outras palavras, não podem reexaminar o caso à luz de “outros interesses constitucionais” e decidir a respeito de um recorrente que já tenha vencido a causa em Estrasburgo. As cortes supremas e constitucionais não devem atuar como um órgão de apelo para o governo requerido contra as sentenças emitidas em Estrasburgo em favor do recorrente. As cortes supremas e constitucionais não devem dar ao governo uma segunda¹⁵⁵⁶ ou, até mesmo, uma terceira¹⁵⁵⁷ possibilidade de rediscutir uma causa depois de haver perdido em Estrasburgo. Tratar-se-ia de uma distorção incompreensível do sistema da Convenção. Como Lord Rodger brilhantemente afirmou, *Argentoratum locutum, iudicium finitum* – “Estrasburgo falou, a causa está encerrada”¹⁵⁵⁸.

B. O desafio da retórica da “identidade nacional” (§§ 87-90)

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

87. Os riscos supracitados são evidentemente agravados pelo fato que “a identidade nacional” é um “*bom à tout faire*” (faz-tudo) que é facilmente confundido com a análise oportunista do “interesse nacional” no particular contexto político e social de uma determinada causa. O status da prescrição é um bom exemplo. Como pode um mesmo Estado sustentar em Luxemburgo o contrário do que defende em Estrasburgo? Como pode a mesma Corte constitucional sustentar diante da Corte de justiça da União europeia que os termos de prescrição é uma garantia material do direito penal sujeita ao princípio da legalidade¹⁵⁵⁹ - um elemento distinto e essencial dos “princípios fundamentais supremos da ordem constitucional do Estado membro” e dos “direitos inalienáveis da pessoa reconhecida pela Constituição do Estado membro”, em última análise, da “identidade nacional” italiana¹⁵⁶⁰ - e ao mesmo tempo sustentar diante da Corte de Estrasburgo que se trata de um elemento irrelevante do direito italiano como objetivos do princípio da legalidade, que não obsta sequer um confisco sem condenação nas causas de loteamento abusivo nas quais o crime é prescrito? Por que o mecanismo do tempo do esquecimento¹⁵⁶¹ constitui uma característica essencial do direito constitucional italiano para opor a aplicação de uma pena em Luxemburgo, mas não em Estrasburgo?

1556 No caso em que uma *Câmara* verifica que houve uma violação e a sua sentença se torna definitiva ou no caso em que a *Grande Câmara* decida depois declarar-se incompetente.

1557 No caso em que a *Grande Câmara* verifica que houve uma violação depois de uma sentença na *Câmara*.

1558 Palavras usadas por Lord Rodger na causa *AF v. Secretary of State for Home Department and Another* (2009) UKHL 28, §98.

1559 V. a segunda questão levantada na sentença n.24/2017 da Corte constitucional.

1560 V. a terceira questão levantada na sentença n.24/2017 da Corte constitucional.

1561 V. a nota n. 67 *supra*.

88. Essas não são perguntas retóricas. Essas buscam demonstrar que a relevância dos prazos de prescrição para a identidade nacional”, tutelados pelos famosos “*controlimiti*” invocados na sentença n. 24/2017, foi totalmente ignorada na sentença n. 49/2015, simplesmente porque isso não era oportuno para os fins da causa. Se é verdade que, como justamente afirma a sentença n. 24/2017 e como foi confirmado também pela Corte de justiça da União Europeia¹⁵⁶², a prescrição é uma garantia fundamental para os imputados no ordenamento constitucional e jurídico italiano, assim como o é no ordenamento jurídico europeu, é incompreensível que essa própria garantia não desempenhou um tipo de papel na motivação da sentença n. 49/2015.

ii. A “linha Maginot” entre a Convenção e a Carta dos direitos fundamentais (§§89-90)

89. Além disso, nenhum “*contro-limite*” pode ser invocado contra o direito da Convenção como interpretado pela Corte. Os “direitos humanos inalienáveis” italianos não podem ser usados como armas contra os direitos humanos europeus dada a profunda afinidade axiológica entre a Convenção e a Constituição democrática da República Italiana. Para usar as palavras de um dos melhores exemplos da jurisprudência constitucional italiana, os direitos humanos “garantidos também por convenções universais ou regionais subscritas pela Itália, encontram expressão, e não menos intensa garantia, na Constituição (...): não somente para o valor de atribuir ao reconhecimento geral dos direitos invioláveis do homem do Artigo 2 da Constituição, (...), mas também porque, para além da coincidência nos catálogos de tais direitos, as diversas formulas que os exprimem se integram, completando-se reciprocamente na interpretação”¹⁵⁶³.

Portanto, não é aceitável invocar “outros interesses constitucionais” tais como a tutela do ambiente, *in malam partem*, para estender o confisco sem condenação a um crime prescrito de loteamento abusivo¹⁵⁶⁴.

90. No final das contas, a “linha Maginot” que inicialmente tinha sido traçada entre o direito da Convenção e aquele da União europeia evaporou. Na realidade, sempre existiu uma ilusória barreira defensiva contra a plena atuação da Convenção, que inspirava um falso sentimento de segurança, mas não representava a natureza verdadeiramente entrelaçada do direito da Convenção e aquele

1562 Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Camara, 5 dicembre 2017, C-42/17. Para uma introdução a essa sentença ver Bassini e Pollicino, “Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome”, in *verfassungsblog.de*.

1563 Sentença n.388/1999 da Corte Constitucional.

1564 Na verdade, nem mesmo o direito internacional em matéria de confisco sem condenação é contrário a tal extensão, como demonstra a pesquisa da Corte (pontos 139-146 e 150 da presente sentença). Em todos os casos de confisco sem condenação, os crimes elencados nos documentos internacionais citados são muito mais graves que o crime de loteamento abusivo.

da União europeia com a sua Carta de direitos fundamentais. Ambos os direitos limitam a soberania do Estado. A preeminência sobre o direito interno, também sobre o direito constitucional, e o efeito direto no ordenamento jurídico interno também são características intrínsecas do sistema da Convenção¹⁵⁶⁵. Isso significa obviamente que todos os juízes ordinários são “juízes comuns da Convenção” habilitados a não aplicar o direito interno sempre que este última seja contrário ao direito da Convenção como interpretado pela Corte¹⁵⁶⁶. Uma organização tão difundida de convencionalidade favorece não somente a *comitas* internacional, mas também a transparência judiciária interna, evitando a tentação de uma interpretação “forçada” do direito interno de acordo com a Convenção, que levaria a uma não aplicação mascarada. A convergência da jurisprudência de Estrasburgo e de Luxemburgo e a influência recíproca dos respectivos *standards* jurídicos contribuem para a constitucionalização do ordenamento jurídico europeu.¹⁵⁶⁷ Se é absolutamente necessário determinar uma preponderância, os arts. 52 § 3 e 53 da Carta são muito claros: esses estabelecem a subordinação axiológica da Carta e, por consequência, de toda a legislação europeia aos *standards* em matéria de direitos humanos definidos pela Convenção segundo a interpretação da Corte¹⁵⁶⁸.

VI. Conclusão (§§91-95)

91. Sinto muito que a presente sentença não forneça a resposta à pergunta que claramente manifestei na sentença *Varvara*. Será para uma outra oportunidade. A maioria prefere contornar as principais questões de mérito, como a posição do princípio *nulla poena sine culpa* no Artigo 7 da Convenção e a questão espinhosa da compatibilidade da exigência do elemento subjetivo estabelecida na sentença *Sud Fondi*¹⁵⁶⁹ com a jurisprudência confusa e desvirtuada da Corte sobre presunções de responsabilidade. Invés de responder a tais questões, ela agrava a situação transpondo de maneira apodítica a tal jurisprudência do Artigo 7, sem qualquer explicação plausível e omitindo a natureza não derogável do Artigo 7.

1565 A Corte deu uma indicação deste primado na sentença *Parrillo c. Italia* [GC], n. 46470/11, §§ 98-99, 27 agosto 2015.

1566 A este respeito, não há qualquer diferença entre a Convenção e a Carta dos direitos fundamentais. Recentemente a Corte de justiça, na causa C-42/17 supracitada, reabilitou também as obrigações dos juízes italianos enquanto juízes ordinários da Carta de direitos fundamentais e, em geral, do direito da União Europeia. Este não é o lugar para discutir a enigmática *obter dictum* contida nos parágrafos 5.1 e 5.2 do *cons. In dir.* da sentença da Corte constitucional n. 269 emitida em 2017, que trata da relação entre a Corte constitucional e os juízes ordinários na aplicação da Carta. A sua compatibilidade com a sentença emitida pela Corte de justiça (*Grande Câmara*) 22 de junho de 2010 na causa *Melki e Abdelo*, C-188 e 189/10, é uma questão aberta. Em todo o caso, aquela *obter dictum* não é certamente suficiente para modificar a posição constante da Corte sobre a natureza do mecanismo de controle da constitucionalidade na Itália (*Parrillo*, supracitada, §§ 101-104).

1567 Não obstante as suas características particulares, o mecanismo de consulta do Protocolo n. 16 não faz mais que reforçar tal constitucionalização.

1568 V. as “Spiegazioni relative alla Carte dei diritti fondamentali”, 14 dicembre 2017, 2007/C 303/02: “A referência à CEDU diz respeito seja à Convenção como aos seus relativos Protocolos. O significado e o âmbito dos direitos garantidos são determinantes não só pelo texto desses instrumentos, mas também pela jurisprudência da Corte europeia dos Direitos do Homem e da Corte de justiça da União europeia”. Ver também a minha opinião separada em *Al Dulimi e Montana Management Inc.*, supracitada.

1569 *Sud Fondi*, supracitada.

Sobre essa vacilante base doutrinária, a maioria escolhe por afastar-se da sentença *Varvara* em relação do Sr. Gironda, mas não fornece qualquer motivação de princípio a essa escolha e toma uma posição que favorece unicamente à eficácia na matéria. Essa posição acompanha os tempos. No final das contas, o confisco urbanístico sem condenação não é salvo, enquanto sempre violará a presunção de inocência, como a mesma maioria admite.

92. Considerando que a aplicação de uma sanção ao crime de loteamento abusivo não requer, no direito italiano, uma declaração formal de culpabilidade, que a jurisprudência da Corte significa, sobre esse ponto, o contrário do que claramente e, em sentido mais amplo, que a sentença da Corte podem oportunamente ser ignoradas quando o seu : “princípio efetivo” não é claro, a sentença n. 49/2015 produz o efeito prático de permitir aos juízes nacionais de ignorar o efeito *erga omnes* das sentenças da Corte ou, na melhor das hipóteses, de aplica-las de maneira seletiva. Os princípios enunciados na sentença n. 49/2015 ameaçam limitar a eficácia prática da jurisprudência da Corte sobre os sistemas jurídicos nacionais de maneira manifestamente prejudicial para o funcionamento da união do sistema da Convenção. O risco de um contágio da desobediência entre os Estados Membros do Conselho da Europa não é menos evidente, como demonstram alguns exemplos recentes no Reino Unido e na Rússia. Todo o sistema da Convenção é um perigo.

93. Reconhecendo tal perigo, a Corte aproveita a ocasião para dar uma resposta e afirmar um princípio. A presente sentença é muito importante porquanto interessa à controversa questão do direito consolidado e será lembrada como um grande avanço para a tutela dos direitos do homem na Europa. O Juiz das leis não pode ignorar a mais importante mensagem enviada por Estrasburgo na presente sentença: que as sentenças da Corte “têm o mesmo valor jurídico [e que] seu caráter vinculante e a sua autoridade interpretativa não podem, portanto, depender do colégio judicante que as pronunciou”¹⁵⁷⁰. Esse princípio priva a sentença n. 49/2015 da sua pedra angular teórica. Com efeito, a Corte refuta a noção de “direito consolidado” que se encontra no centro dessa sentença. De tal modo, a *Grande Câmara* chama a Corte constitucional para rever os termos da sua relação com a Corte e não as deixa nenhuma “margem de apreciação” que as permitiria de se absterem. Ao fazer isso, a Corte constitucional deve prestar atenção ao valor da Convenção enquanto instrumento constitucional de ordem pública europeu e ao papel único e autoritário da Corte no panorama jurídico europeu¹⁵⁷¹.

1570 V. § 252 da sentença.

1571 A Corte constitucional já forneceu no passado notáveis exemplos da sua capacidade de desenvolver a própria jurisprudência de modo a estar do lado dos direitos humanos, como quando mudou a sua orientação entre a sentença n. 129/2008 e a sentença n.113/2011.

94. A presente opinião é um discurso retórico do princípio de universalidade dos direitos humanos. Na Europa, a Corte é a primeira intérprete dessa universalidade. Todavia, a sua autoridade interpretativa é posta em discussão e as suas sentenças não vêm sendo cumpridas por nenhuma das autoridades nacionais, em particular por algumas das cortes constitucionais e supremas. Além da pressão política recentemente exercida sobre a Corte, essa “relutância” de algumas cortes constitucionais e supremas coloca à dura prova o sistema da Convenção¹⁵⁷² por inteiro. É necessário superar essa postura desconfiante.

95. É tempo de acordar em face do risco sistêmico e sem precedentes que o sistema europeu de direitos humanos se encontra e deve enfrentar. Não é o momento de usar eufemismos constitucionais, e ainda menos de inflamar Estrasburgo com uma retórica de “identidade nacional” alimentada por um imaginário anti-cosmopolita. Enquanto pai fundador do sistema, a Itália tem uma responsabilidade particular no difícil período que hoje o sistema da Convenção atravessa. Espera-se que os pais fundadores deem exemplo aos outros. Não se pode esperar nada menos de uma Nação que fez tanto pela cultura jurídica europeia.

5. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM – SEÇÃO IV – ROLA C. SLOVENIA – RECURSO N. 12096/14 E N. 39335/16 – SENTENÇA DE 4 DE JUNHO DE 2019

O caso: O recorrente, Sr. Rola, cidadão esloveno, foi destinatário de um provimento de revogação da licença para o exercício da profissão de administrador falimentar, adotada pelo Ministério da Justiça em 2011, após a definição, no mesmo ano, de sua condenação pela acusação de “comportamento violento”, acontecido entre 2003 e 2004. O recorrente alegou a ilegitimidade da revogação da licença em decorrência de condenação penal, enquanto essa sanção era prevista em uma lei, chamada de *Financial Operations Act*, que entrou em vigor em 2008, após o cometimento do crime. Além disso, apesar da condenação ter sido retirada do certificado penal do recorrente em 2013, foi-lhe negado o reconhecimento de uma nova licença. O Sr. Rola apresentou dois recursos à Corte EDH (posteriormente aderida) alegando a violação do Artigo 7 da CEDH, do Artigo 1 do Protocolo n.1 da CEDH e do Artigo 4 do Protocolo n.7 da CEDH. Com a sentença de 4 de setembro de 2019, a Corte concluía pela inaplicabilidade do Artigo 7 da CEDH e a conseqüente incompatibilidade *ratione materiae* do Artigo 4 do Protocolo n.7 da CEDH. Em particular, segundo os juízes, a revogação da

1572 “Relutância” é o termo utilizado pela própria Corte para definir a reação da Corte constitucional à sentença *Maggio e altri*, supracitada (Documento preparatório al seminário, “La mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme: une responsabilité judiciaire partagée”, Corte europea dei diritti dell’uomo, 2014). Sobre a pressão política recentemente exercida sobre a Corte, ver P. Leach e A. Donald, “A Wolf in Sheep’s Clothing: Why the Draft Copenhagen Declaration Must be Rewritten”, EJIL: Talk!, 21 febbraio 2018; e Copenhagen: Keeping on Keeping on. A Reply to Mikael Raks Madsen and Jonas Christoffersen on the Draft Copenhagen Declaration”, EJIL: Talk!, 24 febbraio 2018; e A. Follesdal e G. Ulfstein, “The Draft Copenhagen Declaration: Whose Responsibility and Dialogue?”, EJIL: Talk!, 22 febbraio 2018.

licença não se enquadrava na noção convencional de “sanção penal”. A corte considerou, no entanto, a violação do Artigo 1 do Protocolo n.1 enquanto as autoridades nacionais interferiram na “*posse*” do recorrente, sem que este último pudesse razoavelmente prever as consequências da condenação penal imposta dada aplicação retroativa do *financial Operations Act* ao seu caso.

Palavras-chave: princípio *nulla poena sine lege* – revogação da licença seguida de uma condenação penal – natureza penal da medida – critérios Engel – aplicação retroativa da sanção penal.

Notas de rodapé: Giuseppe Losappio – Stefano Manacorda

Opiniões conjuntas parcialmente dissidentes dos juízes Pinto de Albuquerque e Bosnjack aderidas pelo juiz Kuris

1. Não podemos concordar com a maioria sobre a inaplicabilidade do Artigo 7 da Convenção no presente caso. Além disso, temos a opinião que o caso em questão revela uma violação do Artigo 7 da Convenção. Para esse propósito, desejamos recordar a opinião separada do Juiz Kuris, que votou conosco sobre a questão da reclamação relativa ao Artigo 7 da Convenção com a qual compartilhamos as posições nessa específica matéria.

2. No que diz respeito à reclamação do recorrente nos termos do Artigo 7 da Convenção, concordamos com a maioria em afirmar que a aplicabilidade de tal disposição depende do fato que a medida impugnada constitua ou não uma “pena” à luz do seu autônomo significado. Conforme os princípios enunciados na sentença que, em última análise, reformulam os critérios *Engel*, a Corte deve examinar (i.) a relação entre a decisão que declarou a pessoa culpada e a medida em questão; (ii) o procedimento envolvido; (iii) a qualificação da medida segundo o direito nacional; (iv) a natureza e a finalidade da medida; e (v) a gravidade da medida.

3. No que se refere ao primeiro critério, ou seja, a relação entre a condenação do recorrente e a medida impugnada, observamos que o Ministério da Justiça revogou a licença do recorrente nos termos da seção 109 do *Financial Operations Act* depois de ter recebido a notícia que a sua condenação pelos crimes cometidos em 2003 e 2004 tinha se tornado definitiva (ver os §§ 6 e 9 da sentença). A medida contestada foi imposta como consequência automática da condenação definitiva do recorrente. Não foi conduzida nenhuma verificação por parte da autoridade administrativa competente em relação à relevância do crime em questão para a aferição da aptidão do recorrente para a profissão de liquidante, nem mesmo a lei aplicável deixava espaço para tal verificação. Nesse sentido, a legislação, isto é, o *Financial Operations Act*, continha uma presunção absoluta (*praesumptio iuris et de iure*) segundo a qual uma pessoa condenada por um crime persecutível

ex officio cometido intencionalmente deveria ser considerada inapta à profissão de liquidante e, portanto, deveria ser privada da relativa licença (ver, ao contrário, *Muller-Hartburg c. Austria*, n. 47195/06, § 44, 19 febbraio 2013). Esse critério fala inequivocadamente a favor da natureza penal da medida.

4. No que concerne o segundo critério, a medida foi imposta pelo Ministério da Justiça, e sucessivamente reexaminada pela Corte administrativa no contexto de procedimentos que se inserem no âmbito do direito administrativo. De qualquer modo, a autoridade administrativa e as cortes nacionais não foram instadas a considerar as circunstâncias peculiares do recorrente, mas eram obrigadas a se basear no fato que ele havia sido condenado com uma sentença definitiva, e baseando-se somente aquele fato, a aplicar a medida em questão. Consideramos, portanto, que a natureza dos procedimentos não possa, no caso em exame, ter um peso particular na determinação da existência de uma “pena”.

5. Relativamente ao terceiro critério, ou seja, a qualificação legal segundo o direito nacional, a medida em questão indubitavelmente não entrava em qualquer das categoriais formais de sanção penal, assim como entendido pelo Código Penal ou pelo velho Código Penal. Ao contrário, como corretamente e unanimemente sustentou a *Câmara* no âmbito do exame do recurso nos termos do Artigo 1 do Protocolo n.1, a medida deve ser qualificada como uma “consequência jurídica da condenação”. De todo modo, essa única questão não exclui a medida impugnada da aplicabilidade das disposições de direito penal, como, por exemplo, no contexto específico do direito interno do Estado recorrido, do seu Código Penal ou do seu velho Código Penal. No caso concreto, as bases, a insurgência e os limites de uma “consequência jurídica da condenação” eram disciplinados pelo direito penal. Em particular, o Artigo 100 do velho Código Penal (assim como o Artigo 79 do Código Penal) indicavam as medidas que deveriam ser consideradas como: consequências jurídicas da condenação”, incluindo nisso a cessação da autorização do exercício de funções públicas e a interdição na aquisição de certos direitos, como, por exemplo, o direito de assumir cargos públicos e de desenvolver determinadas profissões. Além disso, o Artigo 99 do velho Código Penal (assim como o Artigo 78 do Código Penal) limitava uma série de consequências jurídicas da condenação aos casos de condenações detentivas. Também previa que apenas a lei poderia prescrever “consequências jurídica da condenação” e que esta última não poderia ser aplicada retroativamente (*ibid.*). Desejamos evidenciar que tais requisitos são expressões de dois princípios fundamentais de direito penal, qual seja, o princípio da legalidade e a proibição da aplicação retroativa da lei, ambos incluídos no Artigo 7 da Convenção (ver *Del Río Prada c. Spagna* [GC], n. 42750/09, § 78, CEDH 2013).

6. A conexão intrínseca entra a medida impugnada e as disposições do direito penal foi reconhecida pelo Governo que alegou que o *Financial Operations*

Act é uma “lei de atuação parcial no âmbito do Código Penal ou do velho Código Penal” (ver o § 52 da sentença). Contudo, as autoridades nacionais se omitiram de enfrentar a questão de saber se a medida impugnada era de direito penal e de determinar se as disposições do Código Penal eram aplicáveis ao caso do recorrente.

7. Relativamente quarto critério, ou seja, a natureza e a finalidade da medida, observamos como o recorrente não teve condição de solicitar novamente a licença uma vez removida a condenação penal do seu certificado penal. Essa peculiaridade da medida constitui, segundo a nossa opinião, um fator decisivo, enquanto mostra que o objetivo da medida não consistia meramente em valorar a idoneidade do recorrente para a atividade profissional em questão. A manutenção da impossibilidade de voltar a requerer uma licença para além do limite temporal da reabilitação jurídica indica claramente que a finalidade da medida era essencialmente de tipo punitivo, acrescentando posteriormente, e por certo mais pesado, ônus jurídicos contra o recorrente em relação à mesma sanção penal imposta a ele.

8. Por fim, no que se refere ao quinto critério, reiteramos a particular gravidade da medida imposta ao recorrente. Tal rigor obviamente incide sobre a categorização da medida enquanto “pena” nos termos do Artigo 7 da Convenção. A corte considerou que uma perpétua interdição da profissão ou a retirada da licença, que constituem o meio primário de subsistência de um indivíduo, são particularmente graves (ver, por exemplo, *Rivard c. Svizzera*, n. 21563/12, § 24, 4 ottobre 2016).

9. Consideremos, portanto, que o estreito e automático liame entre a condenação penal e a medida contestada, não deixam espaço às autoridades competentes para uma verificação das circunstâncias ou para o exercício poderes discricionários, para além do objetivo essencialmente punitivo da medida e das suas consequências bastante graves para o recorrente, permitem concluir que a contestada revogação da licença constitui uma “pena” nos termos do Artigo 7. Concordamos, portanto, que a Corte deveria ter rejeitado a objeção do Governo, concluindo pela aplicabilidade do Artigo 7 no caso em espécie.

10. Quanto a verificação a respeito da medida do Artigo 7 da Convenção, reiteramos que esta disposição veta a aplicação retroativa da lei penal em detrimento da pessoa acusada. Mais genericamente, essa incorpora o princípio segundo o qual somente a lei pode definir um crime e prescrever uma pena (ver *Koprivnikar c. Slovenia*, n. 67503.13, § 46, 24 gennaio 2017).

11. Além disso, observamos que no presente caso, de acordo com a lei aplicável no tempo da prática do crime, ou seja, no chamado *Bankruptcy Act*, os requisitos relevantes para a licença de liquidante se limitavam à ausência da condenação penal que tornasse a pessoa moralmente inadequado para exercer a

função de administrador. É indiscutível que essa lei não foi aplicada ao caso do recorrente, mas sim uma lei posterior (chamada de *Financial Operations Act*), que estende os requisitos, *inter alia*, a ausência de cada condenação por crimes cometidos intencionalmente e persecutíveis *ex officio*. Isso, segundo a nossa opinião, equivale a uma aplicação retroativa da lei desfavorável ao recorrente, e constitui, portanto, uma violação do Artigo 7 da Convenção (ver *Del Rìo Prada*, cit., § 116).

12. Para mais, constatamos que, tanto nos termos do velho Código Penal como do atual, uma suspensão condicional da pena de detenção, decretada contra o recorrente pelo juiz criminal, não poderia ter comportado qualquer consequência jurídica. Consideramos que o recorrente não deveria ter sido sujeitado a uma “pena” explicitamente proibida pela lei penal vigente ao tempo do cometimento do crime.

13. Em síntese, consideramos para todas as razões acima citadas, que a revogação da licença do recorrente não atendeu o princípio da legalidade consagrado no Artigo 7 da Convenção e que houve uma violação de tal disposição da Convenção.

COMENTÁRIOS SOBRE AS OPINIÕES

MUITO TEMPO (VAZIO) E POUCO ESPAÇO NA EUROPA CARCEROCENTRÍCA

SILVIA BUZZELLI

1. A superlotação e a bulimia penitenciária na Europa

O relatório anual SPACE I, que reúne os dados inerentes à população detida nos Estados membros do Conselho da Europa pode ser separado e analisado em diferentes maneiras, mas, baseia-se constantemente num número preocupante: em 2019, mais de um milhão e meio de pessoas eram confinadas nos cárceres do velho Continente (de acordo com o relatório publicado em 26 de março de 2020, a superlotação é muito elevada na Turquia, França, Bélgica, Hungria, Romênia, Áustria, Sérvia, Grécia e Itália; além disso, o nosso país registrou um aumento de 32% na detenção por crimes relacionais à droga). Na realidade, a causa da “superlotação” (numa acepção alargada, a “sobrelotação carcerária” inclui os institutos penitenciários e cada outra estrutura pública de detenção como, por exemplo, as estações de polícia; o termo presos da mesma forma, tem um significado muito amplo, indicando as pessoas em situação de custódia cautelar: assim adverte o juiz Pinto de Albuquerque na sua opinião em parte dissidente à Corte EDH, *Mursic c Croazía* [GC], 7334/13, 20 de outubro de 2016): a “aglomeração” seria o suficiente, posto que o substantivo já revela a concentração de um número exorbitante de indivíduos à desordem e às multidões. Poderia se per-

guntar, então, qual sentido dar ao prefixo “sobre”: o que está além da multidão? Provavelmente o colapso.

Esse é o problema dos problemas que se tornou, com o passar do tempo, cada vez menos individual e cada vez mais estrutural: para a Itália a transição é apresentada por dois provimentos emblemáticos da Corte europeia dos direitos do homem, o primeiro sobre o caso *sulejmanovic* (Corte EDH, *Sulejmanovic c. Italia*, 22635/03, 16 de julho de 2009) e segundo (sentença “pilota”) sobre o caso *Torreggiani* (Corte EDH, *Torreggiani e altri c. Italia*, 43517/09 e altri, 8 de janeiro de 2013).

Dizia-se que se tratava de um problema relativo à vida cotidiana das prisões europeias, que poderia comprometer, entre outras coisas, a cooperação judiciária penal, influenciado negativamente sobre a possibilidade de recorrer ao princípio do reconhecimento recíproco das sentenças no espaço de liberdade, segurança e justiça (como afirmado pelo resto, em várias ocasiões, pela Corte de justiça da União europeia, especialmente a partir da pronuncia, na data de 5 de abril de 2016, da Grande Seção nas causas unidas C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*).

Assiste-se, além disso, a um paradoxo (ou melhor, a uma dramática ridicularização): quando as pesquisas anuais registram a diminuição da taxa de detenção, ao mesmo tempo, desmascaram com força que isso não corresponde a um autêntico progresso sobre a superlotação [cf. por exemplo, Press Release-DC013(2017), *Europe’s prison population falls, but there is no progress in tackling overcrowding, says annual Council of Europe survey*, Estrasburgo, 14 de março de 2017].

As autoridades estatais parecem, por outro lado, proceder com uma injustificada transgressão – “*sloppiness*” (expressão utilizada pela Corte EDH, *Wainwright c. Regno Unito*, 12350/04, 26 settembre 2006, § 45, para verificar a violação do Artigo 8 da CEDH no contexto penitenciário), que ultrapassa os limites com uma espécie de estratégia política, não partilhando – o que é ainda mais grave – de uma noção comum de “espaço mínimo” (cf. Parlamento europeu, *Risoluzione del 5 ottobre 2017 sui sistemi carcerari e le condizioni di detenzione*, 2015/2062 (INI), punto Y, 9). O fator espaço é “frequentemente um fator muito significativo, se não decisivo” para avaliar se as condições de detenção constituem um tratamento desumano ou degradante (assim, CPT – Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti disumani o degradante, *Spazio vitale per detenuto negli istituti penitenziari*, Strasburgo, 15 dicembre 2015, § 24. Dessa forma, os parâmetros especiais variam de um Estado para o outro, tornando as comparações altamente complicadas, se não, até mesmo, impossíveis.

Na sua Resolução de outubro de 2017, dedicada aos sistemas carcerários e às condições de detenção, o Parlamento europeu deplora uma situação do gênero, convidando os Estados a seguirem escrupulosamente às sugestões seja aquelas contidas no Libro Bianco, CM (2016) 121-add 3, sobre a superlotação apresentado em setembro de 2016 pelo CDPC (Comitê europeu de Problemas Criminais), seja em fontes precedentes sempre da “Grande Europa”, um pouco datada, mas específica como, por exemplo a Recomendação R (99) 22 sobre a superlotação e o crescimento da população carcerária (cf. ainda, Parlamento europeu, *Risoluzione del 5 ottobre 2017 sui sistemi carcerari e le condizioni di detenzione*, cit., ponto 7, 4).

2. A jurisprudência da Corte europeia dos direitos do Homem

Por seu turno, a Corte de Estrasburgo estigmatiza continuamente a indiferença dos Estados e condena-os invocando o Artigo 3 da CEDH (recentemente, cf. a “*sentença piloto*” na Corte EDH, *Sukachov c. Ucraina*, 14057/17, 30 gennaio 2020), na tentativa de preencher as lacunas definitivas – anteriormente assinaladas – que devem à ausência de um critério comum.

No geral, esta intervenção apresenta um ponto fraco que ressalta nitidamente quando é lançado o estudo dos tantos provimentos sobre o mesmo objeto (a sobrelotação): em efeito, diante de casos análogos, a Corte não está disposta a oferecer soluções igualmente homogêneas e coerentes.

No caso *Mursic* – que mais interessa aqui – a violação do Artigo 3 da CEDH é declarada por unanimidade para o período de 18 de julho a 13 de agosto de 2010, durante o qual o recorrente dispunha de menos de 3 metros quadrados de espaço pessoal. No entanto, a maioria não vê qualquer violação do mesmo Artigo para os outros períodos, durante os quais as condições de vida do recorrente se mostravam diferentes por uma série de circunstâncias (não consecutividade, curta duração, espaço entre 3 e 4 metros quadrados, presença de “elementos aliviantes”, como a liberdade de movimento e a realização de atividades externas à cela).

Não obtêm, infelizmente, nenhuma resposta nem as reclamações relativas ao trabalho negado. Não obstante o recorrente tenha repetidamente requerido às autoridades nacionais para trabalhar nos institutos penitenciários em que se encontrava detido, nunca lhe foi dada tal oportunidade. Segundo a maioria, olhar a televisão por grande parte do dia, jogar ocasionalmente basquete ou ping-pong representam momentos de “tempo ocupado” e não um tempo vazio, não empregado de forma rentável, desperdiçado; além disso, a ausência de emprego produtivo para quem pretende trabalhar não é menos degradante do que um trabalho mal pago ou não remunerado [cf. a opinião parcialmente dissidente do juiz Pinto

de Albuquerque a *Mursic c. Croazia*, cit., § 58. Sobre o papel ressocializante do trabalho, cf. F. Zachè, *Il senso costituzionale della rieducazione*, in S. Buzzeli, M. Verdone (a cura di), *Salvati com nome, Carcere e rieducazione non violenta: il modelo dell'isola di Gorgona*, Torino, 2018, p. 1 ss.]. Também não há qualquer resposta às reclamações relativas aos obstáculos apresentados à manutenção dos contatos com a família devido à assim chamada dispersão penitenciária. Comportamento que, já diz por si, poderia infringir direitos e garantias ex Artigo 8 da CEDH. No caso em espécie, o recorrente não pode – em realidade - encontrar e manter contato com os familiares; a família, além disso, não tinha meios para chegar ao cárcere (e o Governo não contestou um dado semelhante); as autoridades penitenciárias, portanto, deveriam ter assegurado que o requerente pudesse telefonar mais vezes durante a semana, com um suplemento de dez minutos nos dias feriados. Não é clara a posição mantida pelo Governo em relação à requisição de transferência para uma instituição penal mais próxima da residência da família; certamente, a demanda foi ignorada e, depois, repetidamente rejeitada (cf. novamente, a opinião parcialmente dissidente do juiz Pinto de Albuquerque em *Mursic c. Croazia*, cit., § 59).

Essas carências – como bem observado – que contribuem para o estado de superlotação apenas agravaram a violação do Artigo 3 da CEDH (*ivi*, § 59).

3. O caso Mursic: a opinião do juiz Pinto de Albuquerque

Três opiniões separadas apoiam – de acordo com o Artigo 45 § 2 da CEDH e 74 § 2 do Regulamento – a sentença da *Grande Câmara*.

Para além da opinião citada em parte dissidente do juiz Pinto de Albuquerque, sobre a qual voltaremos oportunamente, os juízes Sajó, López Guerra e Wojtyczek também manifestaram opiniões dissidentes nas quais opinam que a maioria tenta explicar por que não assume os critérios do CPT como o ponto de partida para avaliar as condições de detenção, preferindo estabelecer um próprio critério. Os três juízes admitem que a diversidade da função desempenhado pela CPT em relação à Corte; consideram também que as recomendações do CPT – ainda que relevantes – não são decisivas para a interpretação da Convenção; porém, eles não estão absolutamente convencidos daquela parte do raciocínio em que a maioria enfatiza o dever da Corte de ter em conta “todas as circunstâncias pertinentes” para justificar a relutância em adotar o parâmetro do CPT (cf. Corte EDH, *Mursic c. Croazia*, cit., § 112). A CPT é reconhecida por uma experiência única e uma visão global das penitenciárias europeias, portanto, quando o assim chamado Comitê anti-tortura dita os seus critérios em matéria de espaço, fá-lo tendo em mente um quadro global do problema da sobrelotação e das inter-relações entre os diversos fatores.

Os juízes Lazarova Trajkovska, De Gaetano e Grozev também expressaram a sua própria opinião comum parcialmente dissidente a qual se baseia na convicção que, quando é chamada para intervir sobre as condições de detenção, a Corte opera em um contexto institucional complexo, não só em um contexto nacional, mas também em um internacional: é, então, muito mais importante que a sua posição seja verdadeiramente sincronizada com a dos outros atores que intervenham neste setor. Essa característica, ou melhor, a sincronização, é crucial para a eficácia da operação e para a clareza dos *standards* que a Corte europeia estabelece.

Uma atenção particular merece, porém, a opinião elaborada pelo juiz Pinto de Albuquerque que não parece contentar-se de manifestar uma parcial discordância: de fato, mais do que uma opinião, ele constrói uma verdadeira e própria sentença alternativa àquela redigida pela maioria. A sua tese é pré-disposta com um estilo claro de quem conhece a arte da retórica – e sabe fazer disso bom uso – ao ponto de caracterizar logo os dois pilares sobre os quais se sustentam todo andaime: por um lado, a natureza jurídica do *soft law* penitenciário, por outro o *standard* do espaço vital mínimo garantido a todos os detidos.

E aquele direito que – muitas vezes, e apressadamente, é qualificado como “mudo” (assim traduzimos o apelativo “*soft*”) – inicia a falar colocando à luz uma profunda contradição interno ao Conselho da Europa, no qual os principais órgãos parecem proceder de maneira esparsa quando se trata de criar um sistema pontual de proteção dos direitos do homem.

Disso deriva que a efetividade vacila e, com essa, os parâmetros fundamentais associados a um lema – nobre e precioso – como a dignidade [sobre esse ponto, P. Pinto de Albuquerque, *Il sovraffollamento carcerario e i diritti umani*, in F. Fiorentin (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019, p. XI]: não nos encontramos diante de um conceito banalmente abstrato; pelo contrário, a imagem de um critério ligado à dimensão física, ao “corpo encarcerado” e à relação destinada a ser estabelecida entre as autoridades individuais e estatais.

Essa questão não é pouca coisa, pelo contrário, a descoordenação operacional oculta um enorme risco, isto é, aquele de deteriorar o nível das garantias de quem se encontra privado da liberdade pessoal e forçados a viver em um lugar em que falta o espaço mínimo *pro persona* (cf. a opinião em parte dissidente do juiz Pinto de Albuquerque em *mursic c. Crozia*, cit., spec. § 57, no qual o juiz não é capaz de entender como a maioria possa valorar as estatísticas, omitindo a importância dos adjetivos “curto, ocasional e menor” – referindo-se ao espaço pessoal inferior ao mínimo obrigatório – e permanecendo indiferente diante de um dado: o recorrente viveu mais de dois terços da sua detenção em celas su-

perlotadas, de acordo com o *standard* do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, do CPT e do PC-CP do CDPC).

Esta última é uma condição inaceitável que não pode ser tolerada sobre a base do comportamento geral individual do instituto penitenciário; nem pode ser compensada pelos chamados fatores atenuantes que devem simplesmente existir, e que não podem resultar igualmente como concessões graciosas.

No final, a leitura do Artigo 3 da CEDH, núcleo duro de toda a Convenção [refere-se, no geral, a A. Colella, F. Cassibba, *Artigo 3. Proibizione della tortura*, in G. Ubertis, F. Vigàno (editado por), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 64 e ss], que não pode mais ser suspenso, mesmo nos estados de exceção (ver, cf. S. Buzzelli, *Artigo 15. Deroga in caso di stato d'urgenza*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 320 ss.), sai renovada uma visão que visa reforçar (*endurcissement*) das Regras penitenciárias europeias R (2006)2.

Há uma importância em tudo isso: a abordagem do juiz Pinto de Albuquerque – sem trair a abordagem tradicional casuística da Corte – visa a ordem conceitual, afastando o perigo de que a lei do caso dite as respostas. A cada palavra contida na sua opinião, então, é reservado o lugar que é devido a ela e é bem compreendido o alongamento inicial sobre *soft law*, apenas aparentemente extravagante.

4. Além do caso Mursic: a validade da abordagem cumulativa pro persona

Realçar a interconexão entre a Corte de Estrasburgo e o Comitê para a prevenção da Tortura (CPT) assume ainda mais relevância e atualidade hoje – na fase de emergência sanitária de Covid-19 que estamos vivendo desde os primeiros meses de 2020 – no qual os muitos isolamentos sofridos pela instituição prisional total e dos seus habitantes vulneráveis aumentaram dramaticamente, enquanto a demanda básica permanece a mesma e toca, como de costume, o complexo equilíbrio segurança/liberdade (cf. o Comunicato *Covid-19: “Che l’eccezione non diventi la nuova norma”*, Strasburgo, 24 aprile 2020, que relato uma parte do discurso do Presidente da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa: “precisamente nos períodos de dificuldade” observa Rik Daems “os mecanismos fundamentais de um Estado são postos mais severamente à prova”; o presidente da APCE, em seguida, continua perguntando-se uma questão crucial: “em um contexto cujo os efeitos do confinamento e das medidas de urgência começam a ser sentidos com dureza, estamos seguros de preservar o equilíbrio que sempre foi necessário entre segurança e liberdade?”).

A sobrelotação continua a causar gastos e sofrimento, como se pode ver, indiretamente, a partir da consulta dos princípios específicos que o CPT emitiu em 20 de março de 2020 sobre o mérito do tratamento dos sujeitos privados da liber-

dade pessoal no contexto da pandemia: “enquanto um contato pessoal contribui para difusão do vírus, as autoridades devem concentrar os próprios esforços sobre o recurso de medidas alternativas à privação da liberdade pessoal. Tal aproximação assume uma natureza imperativa, particularmente em situações de superlotação carcerária” [cf. CPT, *Principi relativi al trattamento dei soggetti privati della libertà personale nell’ambito della pandemia del coronavirus (Covid-19)*, 20 marzo 2020, principio n.5] em que os indivíduos “podem reagir de forma diferente às ulteriores medidas restritivas que lhe sejam impostas” (cf. World Health Organization, *Preparedness, prevention and control of Covid-19 in prison and other places of detention, Interim guidance*, 15 de março de 2020; Associazione Antigone, *Il cárcere al tempo del Coronavirus – XVI Rapporto sulle condizioni di detenzione*).

Infelizmente, os comunicados dos órgãos de controle, internacionais e não (cf. l’apposita sezione “Covid 19” del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, consultabile sul sito garantenazionaleprivatiliberta.it), circulam pouco, diferentemente das campanhas de desinformação que se multiplicam e são altamente poluentes, como advertia o Conselho da Europa no Relatório publicado há três anos (C. Wardle, H. Derakhshan, *Information Disorder Toward and interdisciplinary framework for research and policymaking*, Council of Europe Report DGI-2017/09, 27 de setembro de 2017); além disso, na Itália ao caos midiático se acrescenta à “fúria legislativa inútil” (L. Cesaris, *Il d.l. n. 29 del 2020: un inutile e farraginoso meccanismo di controllo*, in *Giurisprudenza penale* 2020, 5; c. F. Gianfilippi, *D.l. 10 maggio 2020 n.29, rivalutazione delle detenzioni domiciliari*, in *Giustizia Insieme*, 12 maggio 2020) de duvidosa legitimidade constitucional (por ordem do magistrado de supervisão de Spoleto que levantou a questão de legitimidade constitucional em referência ao *Decreto-legge 10 maggio 2020, n. 29*; c. a esse propósito, M. Bortolato, *Alla Corte costituzionale il decreto-legge sulle “scarcerazioni”*, in *Questione Giustizia*, 29 maggio 2020, e depois J. Della Torre, *Il magistrato di sorveglianza di Spoleto non demorde: il “d.l. antiscarcerazioni” di nuovo alla Consulta*, in *Sistema penal*, 23 settembre 2020). Entretanto, as Seções Unidas da Corte de Cassação resolveram algumas questões de critérios para o cálculo do “espaço mínimo” para cada detento (cf. Cass., Sez. Um pen., 24 settembre 2020, informazione provisória n. 17).

A HUMANIDADE RESTRITA. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA QUESTÃO DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA COMO DEFINIDA NO CASO MURSIC C. CROAZIA

GRABRIELE DELLA MORTE

1. Introdução

Entre as sete obras de misericórdia corporais, transmitidas pelo segundo Evangelho segundo Matheus e depois cristalizadas na tradição cristã para obter

perdão dos pecados, está presente aquela para visitar os encarcerados. Sobre o tema, havia debatido uma vez com o Juiz Pinto no curso de uma caminhada para visitar os magníficos afrescos em uma igreja em Milão. É em memória dessa agradável discussão que escrevo esta breve introdução.

Uma das mais grandiosas reproduções das obras de misericórdia é aquela pintada em 1607 por Michelangelo Merisi, chamado Caravaggio, para a Congregação do Pio Monte della Misericordia de Nápoles. Em um único retábulo imponente se concentram as ações de todas as obras e na economia da narrativa síncrona do “*visitar os encarcerados*”, junto com o “*dar o que comer aos famintos*”, estão concentrados num único episódio: aquele de Pero e Cimone. Este último, na representação transmitida pelos historiadores romanos, é um homem idoso condenado à morte por fome que, apesar da segregação, é secretamente visitado por sua filha (Pero), que o alimenta com seu próprio leite. Na narração mítica o misericordioso gesto gera consequências consideráveis: embora Pero tenha sido descoberta pelo responsáveis pela justiça, eles ficaram tão impressionados de modo que concederam a libertação do pai e ordenaram a construção, no próprio local, de um templo dedicado à Deusa Pietà (hoje convertido numa Basílica: aquela de San Nicola in cárcere, a Roma).

2. O caso Mursic diante da Câmara da Corte europeia dos direitos humanos

O senhor Mursic, condenado a cumprir dois anos e onze meses de reclusão por roubo, depois de ter esgotado em vão os recursos internos do Estado croata, queixou-se diante da Corte europeia dos direitos do homem de que as condições de detenção que acompanhavam a sua detenção não eram adequadas e incluíam uma violação do Artigo 3 da CEDH, nos seguintes termos: “ninguém pode ser submetido a tortura ou a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”. Mais especificamente, o recorrente reclamava perante os juízes de Estrasburgo que no instituto penitenciário de Bjelovar (Croácia), onde tinha passado um ano e cinco meses, além da falta de espaço, foram ressaltados outros incômodos, tais como, *inter alia*, a falta de limpeza das celas, o pequeno número de cadeiras, a inexistência de casas de banho separadas, para além da falta de trabalho e da insuficiência de atividades criativas e de educação.

Estas últimas circunstâncias, com exceção da falta de trabalho, foram facilmente contestadas pelo Governo croata, segundo o qual a redução do espaço disponível para o requerente era ocasional e devido a uma certa reestruturação da estrutura. Em todo caso, acrescentou-se que essa limitação foi compensada por outros fatores – como a luz natural, ar, aquecimento, ventilação, etc. - adequado para fazer as condições de detenção adequadas (ver TEDH, Muršić c. Croácia, 7334/13, 12 de março de 2015, §§ 46-47, que precede o julgamento da Grande

Câmara de 20 de outubro de 2016. O caso, na integralidade, foi amplamente discutido na doutrina; ver, entre outros, A. Albano, *Primeiras observações sobre o acórdão de 20 de outubro de 2016 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no processo Muršić c. Croácia*“, em *Penitentiary and Criminological Review* 2015, p. 149 e segs.; F. Can cellaro, *Prisão em menos de 3 metros quadrados: a Grande Câmara e seus critérios para apurar a violação do Artigo 3 CEDH*, in *Contemporary Criminal Law*, 13 de novembro de 2016; F. Cappelletti, *Penelope desfaz a tela: mas é, realmente, o caso de transformar isso em uma tragédia? Os fatores que qualificam os tratamentos desumanos e degradantes na superlotação prisional (re) vistos com uma abordagem cumulativa de Estrasburgo e as repercussões internas evitáveis*, em *Jurisprudência criminal Web* 2017, 4).

Com a sentença de 12 de março de 2015, a Câmara do Tribunal concluiu, por unanimidade, que a parte da denúncia fundamentada na violação do Artigo 3 A CEDH deveria ser considerada admissível (uma outra parte da reclamação, que não foi julgada admissível, tinha por fundamento a alegada violação do Artigo 13 CEDH dedicado ao direito a um recurso efetivo), para depois rejeitar no mérito com seis votos a um. A razão que é a base na qual a decisão foi tomada e que levou à exclusão da violação do Artigo 3 CEDH começou com a reconstrução dos princípios gerais sobre os padrões internacionais de detenção (cf. TEDH, *Muršić c. Croácia* [GC], cit., § 49, em que é reiterado que o Estado deve assegurar que uma pessoa seja detida em condições compatíveis com o respeito à dignidade humana, e que a execução da medida não a submeta a angústia ou privação que ultrapasse o nível inevitável de sofrimento inerente à detenção e certifique-se de que, dadas as exigências práticas da detenção, a saúde e o bem-estar sejam adequadamente garantidos), e pela aplicabilidade considerada destes princípios gerais ao presente caso - a este respeito, o Tribunal observa que a informação prestada pelo Governo parece plausível [...] e foi confirmada pelo juiz de execução criminal em suas conclusões (ibid., § 61). Um interessante voto divergente do Juiz Sicilianos fundou-se na falta de consistência entre as diferentes orientações do Tribunal sobre a matéria.

3. O caso Muršić perante a Grande Câmara da Corte Europeia de Direitos Humanos

Tendo a questão sido submetida perante a Grande Câmara da Corte Europeia de Direitos Humanos, esta última anulou, pelo menos em parte, a sentença anterior e, em 20 de outubro de 2016, condenou unanimemente a Croácia por violação do Artigo 3º da CEDH em relação ao período de 27 dias em que o requerente esteve confinado a um espaço igual a 2,62 m².

A Grande Câmara, por sua vez, considerou, por 10 votos a 7, que deveria ser confirmada a decisão da Câmara que não considerou violado o Artigo 3 da

CEDH com referência à detenção do requerente em espaço inferior a 3 m² por períodos não consecutivos de menor duração e na presença dos chamados “Fatores de alívio”; e também, por 13 votos a 4, que o Artigo 3 da CEDH não seria considerado violado com referência ao período de detenção durante o qual o requerente esteve confinado a um espaço entre 3 e 4 m².

Este processo argumentativo, como o anterior, é baseado na reconstrução dos princípios que podem ser extraídos principalmente da jurisprudência anterior do próprio Tribunal. Continuando nesta linha, a Grande Câmara considerou os seguintes três perfis de maior importância. Em primeiro lugar, na hipótese em que o recluso tenha à sua disposição um espaço inferior a 3 m², bem como nos restantes casos em que não tenha cama própria ou superfície que lhe permita deslocar-se no espaço da cela, configura-se situação de “forte presunção” de violação do Artigo 3 CEDH (conforme indicado anteriormente pela CEDH, *Ananyev e outros c. Rússia*, 42525/07 e 60800/08), 10 de janeiro de 2012). Em segundo lugar, quando o espaço se situa entre 3 m² e 4 m² há uma violação do Artigo 3 somente se essa restrição espacial for adicionada a outros aspectos relativos à inadequação da detenção (como ar natural, capacidade de realizar atividade física, etc.). Terceiro, que mesmo quando o espaço disponível para o preso for superior a 4 m², as demais condições de detenção ainda precisam ser avaliadas antes de se excluir quaisquer discrepâncias em relação ao que é estabelecido nos termos do Artigo 3 CEDH.

4. As opiniões parcialmente divergentes anexadas à decisão da Grande Câmara no caso Muršić (com particular referência ao parecer do Juiz Pinto de Albuquerque)

À sentença acima são acrescentadas três opiniões parcialmente divergentes elaboradas, respectivamente, pelos juízes Sajó, López Guerra e Wojtyczek (primeira opinião); Lazarova Trajkovska, De Gaetano e Grozev (segundo); e Pinto de Albuquerque (terceiro).

Com o primeiro parecer, considera-se que subsiste todos os diferentes intervalos de tempo em que o requerente se encontrava em um espaço inferior a 3 m² ou entre 3 e 4 m².

A justificativa para esta orientação diferente é de tentar se repetir, em um curto espaço de tempo, esta situação, que é acrescida à crítica de não ter dado a devida consideração aos parâmetros gerais indicados pelo Comitê para a Prevenção da Tortura (de acordo com este Comitê, o padrão mínimo para os detidos que se encontram em uma célula compartilhada é igual a 4 m², razão pela qual a presunção de violação deve se aplicar a todas as situações em que este parâmetro

mínimo não é respeitado: cf. a opinião parcialmente divergente dos juízes Sajó, López Guerra e Wojtyczek em Muršić c. Croácia, cit., § 5).

Com a segunda opinião, considera-se que a violação deve ser estendida a todos os intervalos de tempo em que o reclamante teve menos de 3 m². A razão diferente desta posição adicional é baseada na convicção pela qual a Corte atua em um contexto institucional complexo, do que deriva a necessidade de sincronizar seu próprio posicionamento com o dos outros atores que estão interessados nessas questões (ver a opinião parcialmente divergente dos juízes Lazarova Trajkovska, De Gaetano e Grozev em Muršić c. Croácia, cit., § 3).

Finalmente, quanto à substancial terceira opinião parcialmente divergente, do Juiz Pinto de Albuquerque, ele desenvolve por meio dela um argumento articulado voltado para a reconstrução autônoma dos princípios de direito aplicáveis. Mais especificamente, no raciocínio jurídico do juiz Pinto de Albuquerque, esses princípios são deduzidos de um exame escrupuloso do papel que as normas de *soft law* são chamadas a interpretar em um contexto caracterizado, por um lado, pela ausência ou insuficiência de trabalho de codificação e, por outro, pela necessidade de se levar em consideração uma pluralidade de sistemas de referência: do direito internacional, do direito europeu dos direitos do homem e do direito do Conselho da Europa.

A primeira parte da poderosa opinião é dedicada a esta reconstrução (§ 2, e depois dos §§ 3-33), que poderíamos definir como reconhecimento. Este último será usado para argumentar, na segunda parte dedicada às deduções (§§ 34- 59), sobre a existência de uma tendência para reconhecer um valor de progressivo “Endurecimento” aos princípios da *soft law* em matéria penitenciária.

Precisamente com base neste último fenômeno, Pinto de Albuquerque atribui um valor mais rigoroso às regras penitenciárias europeias, cujo sistema de referência jurídica, na perspectiva do juiz português, “ao afastar-se de um antigo *jus inter gentes*, [...] tornou-se um verdadeiro *jus gentium* baseado em um sistema de criação de direito internacional participativo e responsável em muitos níveis, o que não é reservado aos Estados” (§ 25).

Tendo considerado isso, a opinião em questão difere do raciocínio da maioria dos juízes porque para Pinto de Albuquerque os argumentos usados pela Grande Câmara não são suficientes para fornecer uma adequada proteção de direitos. Mais especificamente, segundo o juiz português, a abordagem pela qual a falta de espaço pessoal adequado pode ser contrabalançada por outras condições favoráveis - como liberdade de movimento suficiente, etc. - é errônea, pois essas condições devem ser consideradas como comuns, quase como pré-requisitos, de uma prisão correta e não os elementos úteis a um contrabalanceamento (“a lógica diria que as circunstâncias negativas extraordinárias são balanceadas apenas por

contra-circunstâncias positivas extraordinárias. Não é o caso do raciocínio da maioria”; *ibid.*, § 53).

Além disso, novamente do ponto de vista desta posição parcialmente divergente, a maioria dos juízes errou ao não atribuir o peso correto ao que os 47 Estados membros do Conselho da Europa aceitaram por unanimidade por intermédio do Comitê de Ministros e através do “notável trabalho realizado por conceituados especialistas jurídicos, médicos, psicológicos, sociológicos e penalistas renomados, como os que têm assento no CPT e no Conselho de Cooperação Penal do Conselho da Europa” (*ibid.*, § 62). O risco, em síntese, é o de uma aplicação da CEDH “estritamente casuística e dependente dos fatos” (*ibid.*, § 63), substancialmente inadequada aos esforços de reforma. A fragilidade do processo argumentativo da Grande Câmara é, portanto, de maneira lapidar exposta nas conclusões do voto de Pinto de Albuquerque, onde se observa como “[I] a circularidade do argumento redundante da maioria é evidente: quando a falta de espaço pessoal é justificada por uma imagem impressionista da situação geral da instituição penal, o exercício de compensação torna-se um mascaramento que serve apenas para ocultar o rebaixamento do nível geral de proteção dos direitos humanos dos prisioneiros (*ibid.*, § 61)”.

5. Conclusões

Estou escrevendo esta nota na primavera de 2020, em um momento em que, na Itália, a questão das prisões é mais uma vez levada ao noticiário, não em virtude da superlotação estrutural pela qual nosso país está por vários anos sob observação (sobre o assunto, é permitido referir-se a G. Della Morte, *A situação do cárcere italiano viola estruturalmente as normas sobre direitos humanos* (à margem do julgamento Torreggiani c. Itália), in *Human Rights and International Law* 2013, p. 147 e seguintes; e *Id.*, *A questão carcerária entre o direito e a clemência*, in Il Mulino, 2014, p. 399 ss.) mas por conta de uma série de revoltas provocadas pelo agravamento das condições dos reclusos e trabalhadores penitenciários devido à gestão da crise epidêmica da Covid-19 (ver, neste ponto, *ex multis*, E. Dolcini, GL Gatta, *Carce re, Coronavirus, Decreto “Cura Italia”: aos males extremos, remédios tímidos, no Sistema Criminal*, 20 de março de 2020; e o documento da Associação de Estudantes do Julgamento Criminal “GD Pisapia”, intitulado *Emergência COVID- 19 e custódia na prisão: perplexidades e propostas*, também em vista da conversão do d.l. n. 18/2020, in *Direito Penal*, 3 de abril de 2020).

Diante do que está ocorrendo, ficam ainda mais evidentes as vulnerabilidades do sistema prisional como um todo, a sua natural vocação a representar o último grau sobre o qual se reserva, em progressivo declínio, a volatilidade de

todo o sistema voltado a garantir justiça e paz social e isso, principalmente em um período, como o atual, de grande crise social e institucional.

De jure condendo, resta-nos observar como é difícil imaginar que a decisão da Grande Câmara do Tribunal Europeu no caso Muršić, ponderada pelo lastro de opiniões divergentes tão bem fundamentadas, resista ao desgaste do tempo. A proteção dos direitos fundamentais em condições críticas como a detenção - *a fortiori* nas condições ainda mais críticas de uma detenção durante uma pandemia - certamente requer o nível mais alto de garantias possíveis, senão mesmo um *quid de pietas*, como a descrita no quadro mencionado no início deste documento. Por este motivo, alinhamo-nos com convicção a essa doutrina segundo a qual “seria desejável, que num futuro próximo a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo seja alterada, res melius perpensa, para a posição defendida pelo juiz Pinto de Albuquerque no voto dissidente anexado à sentença em comentário” (ver F. Cappelletti, cit., p. 11, nota 30)

“SENTINELA, QUANTO RESTA DA NOITE?” ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A MISSÃO DE DISSIDENTE DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE A PARTIR DO CASO HUTCHINSON C. REINO UNIDO

TANIA GROPPI

*“Sentinela, o que resta da noite? Sentinela, quanto resta da noite? ”.
A sentinela responde: “A manhã está chegando, depois também a noite;
se você quiser perguntar, peça, converta-se, venha!” Is 21, 11-12*

A reflexão sobre as funções das opiniões individuais dos juízes é agora um clássico dos estudos de justiça constitucional e está a caminho de tornar-se também para aqueles estudos sobre jurisdições internacionais. Nas páginas a seguir tentarei mostrar que, ao lado das funções tradicionais, as opiniões divergentes também desempenham o papel de “vigilância”: uma palavra cuja etimologia (do latim *vigília*, despertar) nos leva à ideia de estar desperto, desvelado, consciente. O juiz que decide redigir sua decisão, principalmente se dissidente, posiciona-se como “sentinela contra o vento”, para denunciar para os seus contemporâneos e para a posteridade os problemas escondidos nas dobras da decisão da maioria: ele os desvela, coloca-os sob o olhar de todos, obrigando-os a olhá-los de frente, a enfrentá-los. Claro, esta função, que se torna uma missão real, não é automática, no sentido de que não pode ser atribuída a todas as decisões separadas: depende das características do caso e ainda mais do caráter do juiz. Eu acho que posso dizer que muitas das decisões separadas do juiz Paulo Pinto de Albuquerque tendem a este fim no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (conforme ele próprio nos

relata no parecer separado ao TEDH, G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália, 1828/06, 34163/07 e 19029/11, 28 de junho de 2018, § 95: “É hora de acordar para o risco sistêmico sem precedentes que o Sistema europeu de direitos humanos está enfrentando”. Muitas dessas decisões dos anos 2011-2015 foram coletadas e publicadas em Italiano no volume P. Pinto del Albuquerque, Direitos humanos numa perspectiva europeia. Opiniões concorrentes e dissidentes (2011-2015), editado por Davide Galliani, Torino, 2016).

Sem dúvida, sinto vontade de ler sua decisão divergente sobre ECtHR, Hutchinson c. Reino Unido [GC], 57592/08, 17 de janeiro de 2017: uma decisão que volta à questão da prisão perpétua sem possibilidade de libertação condicional (prisão perpétua sem liberdade condicional) no Reino Unido e que é comumente considerada como um “revés” em jurisprudência convencional sobre este assunto delicado.

1. Identidade (Europeia)

Eu parto de longe. O debate sobre a identidade europeia que floresceu nas últimas décadas está muitas vezes envolto numa retórica açucarada, quando não assume um carácter explicitamente conflituoso: a procura dos “nossos” valores, de “nosso” estilo de vida parece ter como objetivo separar “nós” de “eles”, para compactar as linhas no que, embora disfarçado de “resistência” para o invasor que chegou em “nossa casa”, muitas vezes assume a forma de uma batalha pela supremacia no cenário global.

No entanto, não se pode negar que, assim como para os indivíduos, também organizações de sociedades humanas, sejam elas estados ou entidades supranacionais, adquirir consciência das próprias características essenciais seja útil para a própria sobrevivência: e ainda mais quando essas características são o resultado de um acervo resultante de longas e acidentadas jornadas, que viram os esforços e as energias de gerações convergirem, passaram pelo escrutínio de acontecimentos dolorosos e dramáticos. É aquilo que os psicólogos chamam de “força do ego”, uma base sólida de autopercepção e de seus próprios valores fundantes, que os terapeutas de crise identificam como um dos fatores capazes de favorecer o sujeito na resolução de crises pessoais, por meio de processos de mudança seletiva, que possibilitam identificar novas soluções em harmonia com as habilidades e peculiaridades de cada pessoa (J. Diamond, *Upheaval. Turning Points for Nations in Crisis*, trad. Isto. Crise. Como as nações renascem, Torino, 2019, p. 18).

Na construção (ou melhor, na reconstrução, após os dramas do século XX) desta “fundação de si” no espaço europeu após a Segunda Guerra Mundial, um papel fundamental foi desempenhado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que trouxe à luz as características distintivas de uma verdadeira identidade

européia, começando com um pequeno tratado de 1950, não desprovido de significativas ambiguidades, o TEDH foi preciso.

Um aspecto central deste trabalho do Tribunal de Estrasburgo é o julgamento jurídico sobre o Artigo 3º da CEDH, que estabelece a proibição da tortura e punição e tratamentos desumanos ou degradantes, o único que não prevê exceções ou derrogações: regra esparsa, que por si só constitui um traço comum dos principais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e constituições contemporâneas, mas que encontrou ampla interpretação pelo Tribunal, investindo múltiplas áreas e condutas.

Aqui reside a jurisprudência sobre prisão perpétua, pena que é mero substituto da pena de morte (cuja proibição também constitui a identidade europeia: mas sobre esta se abriria outra história que deixo de lado) tem mudado cada vez mais sua natureza, também por meio da jurisprudência do TEDH, para abrir a um incomprimível “direito à esperança” que também deve ser oferecido aos presos perpétuos, como um aspecto importante e constitutivo da pessoa humana (sobre o “direito à esperança”, c. especialmente a decisão do Juiz Power-Forde no Tribunal EDU, Vinter e outros c. Reino Unido [GC], 66069/09, 130/10 e 3896/10, 9 Julho de 2013. Na doutrina, E. Dolcini, E. Fassone, D. Galliani, P. Pinto de Albuquerque e A. Pugiotto, *O direito à esperança. Prisão perpétua no direito penal constitucional*, Torino, 2019).

A pedra angular desta jurisprudência foi definida pela Grande Câmara com o julgamento de Vinter. Para resumir esta rica decisão, eu uso as palavras de uma sentença subsequente (ver TEDH, Viola c. Itália (n. 2), 77633/16, 13 de junho de 2019, § 136) que declarou ser contrária à CEDH a pena de prisão perpétua prevista pela lei italiana: “O Tribunal recorda aquela dignidade humana, que está no centro do sistema implementado pela Convenção, evita privar uma pessoa de sua liberdade em forma coercitiva sem trabalhar ao mesmo tempo para sua reintegração e sem lhe dar a chance de um dia recuperar essa liberdade” (cf. TEDH, Vinter e outros c. Reino Unido, cit., § 113) “.

2. Instrumento vivo

Mas como se chegou aqui? Um resultado como o de Vinter seria inimaginável sem a interpretação evolutiva. Basta pensar que na CEDH nada é dito sobre a função educativa da pena, ao contrário do que fazem algumas constituições nacionais, como por exemplo a italiana (Artigo 27, parágrafo 3º, da Constituição).

Conforme explicado no acórdão Golder (ECtHR, Golder c. Reino Unido, 4451/70, 21 de fevereiro de 1975), o Tribunal faz uso dos critérios interpretativos indicados nos arts. 31-33 da Convenção de Viena sobre a lei dos tratados, enfatizando em particular o objeto e a finalidade da CEDH, identificados na proteção

e promoção dos direitos fundamentais através do estabelecimento de um sistema eficaz de tutela coletiva. Esta abordagem teleológica deixa amplo espaço para uma interpretação evolutiva e dinâmica da Convenção, vista como um instrumento vivo, que leva em consideração a mudança no quadro jurídico e no contexto social (a doutrina da A convenção como um instrumento vivo foi introduzida a partir de Corte EDU, *Tyrer c. Reino Unido*, 5856/72, 25 de abril de 1978, § 31).

A doutrina do instrumento vivo também constitui a principal justificativa para o afastamento do TEDH de seus precedentes (A. Mowbray, *Um Exame do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Análise da superação de sua jurisprudência Anterior*, em *Human Rights Law Re view* 2009, p. 187 ff.). Embora no sistema da Convenção não haja o princípio do “*stare decisis*”, o Tribunal normalmente adere aos seus próprios precedentes, que constituem o principal argumento utilizado no raciocínio: a continuidade com os precedentes é vista não apenas como necessária à luz do princípio da segurança jurídica (neste sentido, Corte EDU, *Cossey c. Reino Unido*, 10843/84, 27 de setembro de 1990, § 35; veja L. Wildhaber, *Precedent in the European Court of Human Rights*, in P. Mahoney (ed.), *Protection de droits de l’homme: la perspective européenne*, Köln, 2000, p. 1529 e segs.), mas também como uma fonte de legitimidade frente ao público “restrito”, isto é, aos Estados, chamados a implementar as decisões (L. Garlicki, *Conferencia introductoria: Universalism c. Regionalismo? O papel do diálogo judicial supranacional*, in J. García Roca, P. A. Fernández, P. Santolaya, R. Canosa (coordenadores), *O Diálogo entre os Sistemas Europeu e Americano de direitos Humanos*, Cizur Menor, 2012, p. 394). A atitude do Tribunal revelaria que eles são “autoridade persuasiva”, a tal ponto que se falava de uma doutrina “de fato” do precedente vinculante (A. Mowbray, *op. cit.*, p. 182).

Portanto, embora o Tribunal apenas raramente admita que está fazendo *overruling* (muitas vezes os *overruling* ocorrem na forma de *distinguishing* e são revelados por juízes dissidentes: assim, A. Mowbray, *op. cit.*, p. 198), no entanto, em algumas decisões, o Tribunal afirmou explicitamente que é possível se afastar de seus precedentes anteriores, “por razões impositivas”, quando isto é necessário “para garantir que a interpretação da Convenção reflita mudanças sociais e permaneça alinhada com as condições atuais” (então TEDH, *Cossey c. Reino Unido*, *cit.*, § 35; no mesmo sentido, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, 28957/95, 11 de julho de 2002, § 74), precisamente com a finalidade de assegurar a relevância contínua da Convenção como “instrumento vivo” (cf. TEDH, *Selmouni c. França*, 25803/94, 28 de julho de 1999, § 101).

3. Interpretação?

Se durante décadas a doutrina da Convenção como instrumento vivo serviu para assegurar uma garantia cada vez mais ampla de direitos (embora não

livre de problemas, como o do impacto inevitável do aumento da garantia de um direito sobre os demais direitos que porventura surjam e que possam entrar em conflito), também foi observado o risco que possa ocorrer ao dar amparo a processos retrógrados: em suma, que a interpretação evolutiva possa ser convertida em uma interpretação involutiva, especialmente em face de uma mudança no espírito dos tempos e na prática dos Estados-Membros, que conduzir à produção de um consenso europeu comprovado por um nível de garantia inferior (S. Van Drooghenbroeck, *Retour sur l'interprétation "involutive" de la Convention européenne des droits de l'Homme*, em *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Bruxelas, 2018, p. 417 e segs.).

O caráter “vivo” da Convenção, a sua permeabilidade às mudanças sociais e jurídicas nos Estados-Membros, seria susceptível de bidirecionalidade, a menos que se considere a existência de um princípio de não regresso, que parece derivar da referência, no Preâmbulo da própria Convenção, ao “desenvolvimento” dos direitos humanos, o que implicaria sempre e em qualquer caso uma interpretação evolutiva pro persona (neste sentido, justamente no que se refere à prisão perpétua, invocando interpretação evolutiva pro persona para que esta pena seja declarada *tout court* contra a CEDH, cf. o voto dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, *Khamtokhu e Aksenchik c. Rússia*, 60367/08 e 961/11, 24 de janeiro de 2017, spec. §§ 32-38).

A atualidade desses receios é evidente. É um dado de fato que o tribunal avança em um cenário caracterizado por retrocesso da democracia constitucional em muitos dos estados membros, onde as tendências populistas colocam muitas vezes em discussão o acervo da tutela de direitos e inclinam-se a uma instrumentalização política do direito penal (este cenário foi bem descrito, em todo o seu drama, pelo voto dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque na Corte EDU, *G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália*, cit., §§ 57-63 e 80). Por ser um tribunal internacional, isso implica pelo menos duas ordens de problemas. Por um lado, dado que as nomeações dos juízes dependem em grande medida das maiorias políticas dos Estados-Membros (não podendo aqui ser sutil, quero apenas destacar o grave problema que continua a envolver a composição do Tribunal), é bem possível que juízes fiéis a novos governos não democráticos queiram mostrar essa lealdade tentando repelir a jurisprudência europeia. Por outro lado, uma vez que a execução das sentenças é confiada aos Estados-Membros, as dificuldades são cada vez mais prováveis e mesmo reais revoltas, o que poderia levar o Tribunal a reduzir os padrões exigidos, para atender às pressões vindas do nível nacional e certificar-se de que seus pronunciamentos não sejam desconsiderados

4. Vigilância

Parece-me que o caso *Hutchinson* deve ser lido neste cenário. Ante a necessidade de o Reino Unido implementar a decisão do Tribunal no julgamento

de Vinter, que pediu ao estado britânico que nos casos de prisão perpétua estabelecesse uma definição clara e eficaz da oportunidade e dos caminhos para voltar um dia à liberdade, uma maioria de 14 juízes de 17 da Grande Câmara está satisfeita com a explicação dada pelo Tribunal de recurso no acórdão McLoughlin, segundo a qual os poderes discricionários do Secretário de Estado de libertar um detido “em circunstâncias excepcionais” e “por motivo de compaixão” deve ser interpretado com base da jurisprudência do TEDH: tudo isso na ausência de qualquer mudança regulatória no Reino Unido, através de uma motivação baseada em dados jurídicos já existentes à época do caso Vinter, sem que haja quaisquer novos elementos de fato ou prática tenham surgido.

Em outras palavras, embora não se trate formalmente de um *overruling*, também estamos diante de uma interpretação que reduz, em vez de aumentar, o nível de proteção dos direitos do indivíduo. E é aqui que se coloca o voto dissidente de Pinto de Albuquerque, que constitui um verdadeiro grito de alarme quanto à interpretação involutiva: sublinha fortemente que a decisão da Grande Câmara de retroceder em relação à decisão tomada em Vinter é de molde a determinar “consequências sísmicas que”, no sentido de uma verdadeira “crise existencial” do TEDH, vindo a constituir mais uma etapa de uma série de decisões, principalmente relativas ao Reino Unido, que sofreram diminuição e mudanças da jurisprudência europeia. Um “cenário pré-catástrofe” que está piorando ainda mais se considerarmos o efeito de contágio da decisão de Hirst (sobre direito de voto dos presos, no centro de uma disputa de longa data com o Reino Unido) nos tribunais e, mais geralmente, em toda a Rússia. O risco, afirma sem meias palavras o juiz Pinto, é que o Tribunal acabe por se tornar uma espécie de comissão extrajudicial formada por 47 especialistas de alto nível, que não emitem decisões vinculativas, pelo menos no sentido de alguns estados, mas meras recomendações, apoiando-os no cumprimento das suas obrigações internacionais (ver a decisão do juiz Pinto de Albuquerque a Hutchinson c. Reino Unido, cit., § 38). Risco que se torna ainda mais concreto, acrescentaria, por meio do Protocolo XVI que, embora concebido justamente para dar flexibilidade ao sistema, é suscetível de diferentes e agora imprevisíveis mutações.

Observe, nós dissemos. A opinião se move em pelo menos três níveis de “vigilância”.

Em primeiro lugar, no que se refere à jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, da qual ele destaca a inconsistência, afirmando que a Grande Câmara “volta a sua decisão de Vinter, admitindo que o tribunal de apelação estava certo “e afirmando que o sistema legal britânico já naquela época tinha um mecanismo de liberação condicional para o condenado a prisão perpétua compatível com a CEDH (ibid., § 35). Que Hutchinson possa constituir uma violação da jurisprudência de Vinter é por outro lado sublinhado pelo fato de que é colocada no

centro de outra dissidência, que vai exatamente na direção oposta da que estamos analisando, a saber, a do juiz polonês Wojtyczek em *Viola c. Itália* (no. 2), cit., que defende uma interpretação involutiva do Artigo 3 CEDH.

Então, no que diz respeito à execução das sentenças de Estrasburgo por parte dos Estados. É sobre esta questão que a decisão é mais clara, destacando os riscos, seja de um duplo standard, na sequência da deferência da CEDH para um único Estado-Membro, seja para a garantia dos direitos em si, especialmente para as minorias mais vulneráveis e para a própria autoridade da sentença da Corte, sempre mais frequentemente colocada em discussão pelos juízes nacionais (§ 37).

Por fim, sobre o diálogo entre os tribunais. O divergente não apenas informa que, ao acreditar que o Tribunal de Recurso corrigiu as deficiências do sistema britânico destacado em *Vinter*, “o diálogo entre os tribunais corre o risco de se resolver em dois monólogos paralelos que se prolongam até que um dos dois se esgote” (§ 17). Mas há mais: o diálogo corre o risco de se tornar unilateral, ou ir na direção de maximizar o impacto da legislação nacional sobre a Convenção, como o Reino Unido vem solicitando há algum tempo, por meio de múltiplas intervenções de seus representantes pontualmente relatadas na decisão (spec. §§ 39-40). Enquanto, pelo contrário, as autoridades nacionais, incluindo os juízes, devem agir em conformidade com o princípio *pacta sunt servanda* e cumprir a letra e os princípios das decisões do Tribunal, ao qual é confiada a uniformidade da ordem pública europeia, nomeadamente quando o nível de proteção nacional é inferior ao garantido pelo Tribunal (*ibid.*, § 45).

5. Quem é o mestre?

Uma viva passagem da decisão se refere ao diálogo entre Alice e Humpty Dumpty que tem tanto sucesso com juristas: “Quando eu adoto uma palavra - disse Humpty Dumpty com um tom um tanto desdenhoso - tem exatamente o significado que desejo dar. Nem mais nem menos”. “A questão é - disse Alice - se você pode fazer palavras como esta significarem muitas coisas diferentes “. “A questão é,” disse Humpty Dumpty, “quem deveria ser o mestre - isso é tudo”.

Apesar desta referência - que se encaixa na parte da decisão dedicada à interpretação *contra litteram* que o Tribunal inglês dá à legislação nacional, a fim de satisfazer Estrasburgo - com base no “vigilante dissidente” de Pinto de Albuquerque, eu acho ser capaz de ler uma concepção oposta à de Humpty Dumpty. Para o juiz português, ninguém é dono das palavras. A interpretação é, ou - mais exatamente - deve ser, o produto de uma atividade coral, envolvendo ao mesmo tempo a CEDH e os tribunais nacionais. E quando dizemos TEDH, isso implica o Tribunal em si mesmo, maioria e minoria, na sucessão de nomeações e no fluxo de jurisprudência.

Em conclusão, parece-me que a perseverança que caracteriza a atividade do Juiz Pinto de Albuquerque, incansável divergente em Estrasburgo, deriva desta concepção “coral”. Uma concepção na qual, atrevo-me a dizer, a esperança e até a fé de que mesmo um único “Juiz vigilante” pode influenciar a interpretação da CEDH e, desta forma, pode contribuir para a guarda (e, por que não, para o desenvolvimento) daquele patrimônio de direitos, de dignidade, de humanidade, que constitui o fundamento da mais autêntica identidade europeia.

* * *

HUMANIDADE DA PENA: QUIMERA OU META POSSÍVEL

ANTONIO GULLO

1. Raciocinar nesses tempos sobre a função reeducativa e a humanidade da pena pode parecer um exercício retórico. Nos últimos anos se verificou, de fato, o ressurgimento avassalador de uma linguagem e de políticas baseadas na lógica da lei e da ordem. Foram desenterrados slogans que conquistaram opiniões comuns na última década, voltando ao centro do palco o tema onívoro da segurança.

Não ficou alheio a esta tendência o setor de justiça penal onde a lógica da ‘tolerância zero’ abriu caminho em várias áreas da disciplina. Em nome de uma ideia mal compreendida da certeza da punição - que nenhuma relação guarda com a de Beccaria, uma punição moderada, mas certa (ver o título do relatório introdutório à Conferência organizada pelo Centro Nacional de prevenção e defesa social em memória do espólio de Adolfo Beria di Argentine de E. Dolcini, A punição é moderada, mas certa, em AA.VV., Sistema de sanções: eficácia e certeza da pena, Milão, 2002, p. 31 e seguintes) - reapareceu a tendência perigosa de considerar a prisão exclusivamente como um lugar de expiação de sofrimento e destino de uma viagem sem qualquer possibilidade de retorno (neste ponto veja as lindas páginas de E. Dolcini, Cárcere, problemas velhos e novos, em Direito Penal Contemporâneo, 19 de novembro de 2018, p. 4 e seguintes; Id., La pena de prisão perpétua na lei italiana. Notas e reflexões, in Contemporary criminal law, Quarterly magazine, 2018, 3, p. 29 ff. e P. 37. Em tópico v. também M. Pelissero, prisão perpétua e execuções hipotecárias. A fragilidade de um automatismo esquecido e a força expansiva da função de reabilitação, na Revista Italiana de Lei e Processo Penal 2018, p. 1373 ff.). E mesmo no campo da produção normativa, os rótulos orgulhosamente afixados em medidas recentes atestam um direito penal que não liga muito para deixar espaço para a recuperação do ofensor, estando bastante inclinado a sua neutralização (a referência é, claro, à chamada lei “corrupta arrebatadora” que, mesmo na tradução recebida no foro supranacional

(“Bribe Destroyer Bill “) - v. o quarto Relatório de Conformidade de Greco na Itália de 7 Dezembro de 2018, p. 5 -, reflete a tendência mencionada). Emblema deste discurso é a criticada inclusão dos crimes de corrupção no corpo do Artigo 4-bis do sistema penitenciário, alimentando assim a proliferação de tipos de autor muito além dos limites da luta contra o crime organizado - e em particular do tipo mafioso.

No entanto, o horizonte que há poucos anos se abria aos olhos de um observador atento parecia abrir perspectivas diferentes: uma nova estação parecia ter se inaugurado com a lei 28 de abril de 2014, n. 67, e com os vários institutos nela contemplados que, de diferentes ângulos, estavam preocupados com contribuir para um processo de humanização da pena. As peças do quebra-cabeça concebidas pelo legislador com o objetivo, acima de tudo, de garantir aquela que é uma pré-condição para a execução de pena compatível com a dignidade da pessoa, que é a existência de espaços e, portanto, condições de vida que não sejam degradantes e, ao mesmo tempo, não comprometam irreparavelmente um possível caminho para a reintegração social (para uma visão geral ver, para todos, F. Palazzo, No labirinto de reformas recentes e futuras, em *Jornal Italiano de Direito e Processo Penal* 2014, p. 1696 ff.).

Sabemos que, após o exercício da delegação, o design não foi totalmente realizado - faltando ao apelo aquilo que, em última análise, representaria culturalmente a novidade mais significativa, a inclusão entre as penas principais de figuras de detenção não carcerária – e como parte dos efeitos relacionados à inclusão no código da “particular fragilidade do fato” terem sido esterilizados pelas alterações feitas na última fase do processo parlamentar e, sobretudo, pelas contínuas intervenções de elevar os quadros normativos de infrações penais.

Esta temporada, merecidamente seguida de uma complexa estratégia voltada para a superação de automatismos herdados da chamada lei ex Cirielli e para atualizar as figuras existentes (para uma reconstrução das intervenções em questão, ver A. P. Della Bella, *Prisão de emergência e sistema penal*, Torino, 2014), em seguida, exauriu seu impulso propulsor com a lei delegada de 23 de junho de 2017, n. 103, e a experiência dos Estados em geral de execução penal sem, no entanto, que o desenho geral da política penitenciária encontrasse realização; e isso, como é bem sabido, devido aos cada vez mais fortes ventos contrários aos mencionados acima, que acabaram por condicionar a ação do Governo então em exercício (em questão, também para algumas notas críticas ao dd.lgs. 2 de outubro de 2018, nos. 123 e 124, adotado pelo governo subsequente, sem, no entanto, implementar totalmente o quadro de reformas referido acima, ver E. Dolcini, O sistema de penalidades do direito penal entre ameaças de involução e o antídoto oferecido pela Carta Constitucional, em *Italian Review of Law and Criminal Procedure* 2019, p. 510 e segs.).

No futuro imediato, a experiência mencionada brevemente deixou um legado importante: a significativa contração da população carcerária. E por outro lado, devemos sempre ter em mente que tudo foi dali que começou: a partir da sentença piloto Torreggiani e da pressão que o “monitoramento” do Tribunal de Estrasburgo tinha exercido sobre o Estado italiano. Um efeito que, no entanto - são sempre os dados que nos lembram (para uma análise dos dados estatísticos, ver E. Dolcini, O princípio da reeducação dos condenados: ontem, hoje, amanhã, na Revista Italiana de Direito e Processo Penal 2018, pp. 1675 ff.); Id., A respeito das “leis de esvaziamento”, em Direito Penal Contemporâneo, Revista trimestral, 2018, 3, p. 227 ff.) - foi logo suplantado por um novo aumento progressivo de presos, com o reaparecimento de fórmulas como “capacidade tolerável” (sobre a ambigüidade desta expressão ver T. Padovani, Em busca de uma racionalidade penal, no Direito italiano e processo penal 2013, p. 1091) e semelhantes.

Não há razão para otimismo, então?

A ocasião da publicação dos escritos contidos neste volume nos diz que este não é o caso. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre a relação entre o castigo e o respeito pela dignidade humana e a leitura das decisões de Paulo Pinto de Albuquerque lembram-nos que há sempre um Juiz em Estrasburgo e lembram-nos também - na parte em que o TEDH inicia um diálogo fecundo e constante com a nossa Consulta - a corajosa trajetória seguida, principalmente por recentemente, pelo Tribunal Constitucional (a referência é a sentença nº 149 de 2018 ao qual voltaremos a seguir), sob a bandeira da centralidade de finalidade reeducativa da sentença prevista no Artigo 27 da Constituição lida através do prisma do proporção e flexibilidade do tratamento sancionatório reservado para o recluso.

Vamos agora tentar dar uma olhada nesses perfis, apesar da economia dessas notas.

2. O que está em jogo é claro: é uma questão de verificar a consistência da arquitetura da punição em nosso sistema legal de acordo com os princípios das disposições constitucionais e convencionais. É uma questão de depurar a pena - por sua própria natureza um instrumento aflitivo - de todos aqueles componentes que cedem sua natureza irreprimível para que se mostre capaz de deixar espaço para a recuperação do sujeito à vida civil, para fazê-lo de qualquer maneira compatível com um caminho de repensar e reelaborar pelo condenado. Enfim, aquela ideia de castigo que vai além da lógica do equilíbrio - da inflição do mal como única resposta ao mal causado -, a favor da construção de um caminho, de um projeto partilhado (sobre estes aspectos ver os numerosos contributos de L. Eusebi incluindo, mais recentemente, Pena e perdão, in Italian Journal of Criminal Law and Procedure 2019, p. 1137 e segs.). E mais em geral, o desafio é imaginar

o possível itinerário de uma punição verdadeiramente compatível com o quadro de direitos humanos constitucionalmente e convencionalmente reconhecidos.

O ponto de partida é o papel a ser atribuído à reeducação e à reinserção social entre as finalidades da pena.

Sabemos bem como a atitude do Tribunal Constitucional - e também da jurisprudência da legitimidade - se alicerçou durante anos no cuidado: existem inúmeras decisões em que os juízes encontram abrigo confortável por trás da natureza polivalente da pena. Sintomáticas desta abordagem são as decisões que também são esclarecedoras em certas passagens, como aquelas em sujeito de prisão perpétua emitida no início de 1990 (Tribunal Constitucional, 8 de julho 1993, n. 306). Com efeito, se o Tribunal não hesitar na parte final da sua fundamentação em falar, no que diz respeito à disciplina então recentemente adotada em matéria de “compressão significativa da finalidade reeducativa da pena”, e da mesma forma, não deixar de apontar como “a tipificação por títulos criminosos não parece estar de acordo com os princípios de proporcionalidade e individualização da pena que caracterizam o tratamento penitenciário”, ou mesmo celebrar abertamente a própria preocupação “com a tendência à configuração normativa de ‘tipos de autor’, para os quais a educação não seria possível ou não poderia ser perseguida”, o resultado final é no sentido da conformidade da Constituição com a prisão perpétua. E até certo ponto isto reflete a posição do Conselho sobre as finalidades da pena, expressas algumas linhas antes das citadas passagens onde se destaca que “entre os fins que a Constituição atribui à pena - por um lado, o de prevenção geral e defesa social, com as características relacionadas de afluência e retributividade, e, por outro lado, as de prevenção especial e reeducação, que tendem a envolver uma certa flexibilidade da pena de acordo com o objetivo de ressocialização do infrator - uma hierarquia estática e absoluta, válida de uma vez por todas, não pode ser estabelecida a priori e em todas as condições “. E, em seguida, acrescentando que “[i] o legislador pode, isto é - dentro dos limites da razoabilidade - fazer prevalecer, de vez em quando, um ou outro propósito da pena, mas com a condição de que nenhum deles seja obliterado”.

Além disso, não houve falta de ímpeto por parte do Tribunal Constitucional: alguns anos antes, os juízes das leis, em uma sentença não por acaso frequentemente citada na doutrina (ver, por exemplo, A. Pugiotto, *Mudança de estação no controle da constitucionalidade sobre a extensão da pena*, na revista italiana de direito penal e processo de 2019, p. 799, e M. Pelissero, *prisão perpétua e preclusões*, cit., P. 1373), haviam afirmado com veemência, no que se refere à tendência de reeducar conforme o preceito constitucional, que “longe de representar uma mera tendência genérica referindo-se apenas ao tratamento, ao invés indica precisamente uma das qualidades essenciais e gerais que caracterizam a pena no seu conteúdo ontológico, e a acompanham desde o nascimento, na abs-

trata disposição legislativa, até que seja efetivamente extinta “(Tribunal Constitucional, 26 de junho de 1990, n. 313). Um primeiro passo para uma ampliação do componente reeducativo, limite na definição do modelo legal, mas sobretudo um guia no caminho de execução da pena e, correlativamente, se quiser levar a sério o dispositivo constitucional, interrompa uma invasão na fase de tratamento de componentes inspirados na pura lógica do terror ou do perigo vinculado à prática do ato criminoso (sobre esses aspectos ver G. Marinucci, E. Dolcini, GL Gatta, Manual de Direito sob pena da Parte Geral, Milão, 2018, pp. 9 e 17 seguintes).

Para testemunhar uma mudança decisiva de ritmo, no entanto, devemos esperar pela sentença nº 149 de 2018, cujo impacto potencialmente revolucionário foi compreendido e destacado: a Corte afirma claramente que o “grau particular do crime cometido, ou [...] a necessidade de lançamento um sinal robusto de dissuasão para a generalidade dos consolos pode [...] legitimamente ser considerado pelo legislador na fase de imposição da pena; mas - assim como não podem justificar presunções absolutas na fase de verificação do grau e adequação das medidas cautelares durante o julgamento (sentença nº 331 de 2011) - também não posso, na fase de execução da sentença, operar em chave distônica em relação a ao imperativo constitucional da função reeducadora da própria pena mas, para ser entendida como sua orientação fundamental para o objetivo último de reintegração do infrator na sociedade (sentença nº 450 do 1998), e a ser declinada na fase executiva como necessidade de avaliação constante, primeiro pelo legislador e depois pelo juiz, do quanto realizado pelo condenado durante todo o período de expiação da pena”. Um caminho que encontra seu término ideal na sentença nº. 253 de 2019 em que, como se sabe, o Tribunal - evocando também nesta ocasião “os imperativos de ressocialização inerentes à sentença” - declarou a ilegitimidade constitucional parcial da disciplina de que trata o Artigo 4-bis ord. penal., considerando, entre outras coisas, a presunção absoluta nela consagrada de modo a impedir “de avaliar a trajetória carcerária do condenado, em contraposição à função reeducativa da pena, entendida como a recuperação do infrator do convívio social, nos termos do Artigo 27, parágrafo terceiro, da Constituição”.

Em ambas as sentenças citadas há uma interlocução com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e com os principais processos sobre o tema da ameaça à vida. De fato, as decisões do Tribunal Constitucional não deixam de recordar, respectivamente, os desembarques alcançados em Vinter e - esta passagem em em certa medida descontada - as observações no TEDH, Viola c. Itália (nº 2), 77633/16, de 13 de junho de 2019, quanto à irracionalidade da presunção absoluta contida no Artigo 4-bis com base na falta de cooperação do condenado. E neste jogo de referências, os próprios juízes europeus não hesitam em referir a decisão do Conselho de 2018, acima referida, destacando a sua importância e potencial impacto.

Uma leitura conjunta de Vinter e Murray, que justamente são vistos como julgamentos na apresentação do Juiz Pinto de Albuquerque gêmeos, oferece as coordenadas para reconstruir as características de uma punição de face humana.

O TEDH não se esconde por trás do fato de que a pena cumpre funções diferentes - e os componentes que correspondem aos fins usuais acima mencionados são evocados neste contexto - mas o reconhecimento de que o equilíbrio entre eles pode mudar ao longo do curso da execução da pena é cheio de significado, evidenciando também a tendência atual de atribuir importância central ao componente de reabilitação (ver Tribunal EDU, Vinter e outros c. Reino Unido [GC], 66069/09, 130/10 e 3896/10, 9 Julho de 2013, § 111 “incluirá punição, dissuasão, proteção pública e reabilitação. Muitos desses motivos estarão presentes no momento em que uma sentença de prisão perpétua é imposta. No entanto, o equilíbrio entre essas justificativas para a detenção não é necessariamente estático e pode mudar no curso da sentença. Qual pode ser a principal justificativa para a detenção no início da sentença pode não ser assim após um longo período de serviço de A sentença. É somente realizando uma revisão da justificativa para a continuação da detenção em um ponto apropriado da sentença que esses fatores ou os turnos podem ser devidamente avaliados”, bem como, em relação ao segundo trecho, § 115).

As afirmações sobre a necessidade da prisão perpétua parecem ser ainda maiores do que um possível processo de reabilitação para o condenado. A Grande Câmara em Vinter dá passos importantes à frente do precedente Kafkaris (TEDH, Kafkaris c. Chipre [GC], 21906/04, 12 de fevereiro de 2008), e, na medida em que subordina, em primeiro lugar, a legitimidade da prisão perpétua à perspectiva de libertação e possível revisão, parece-nos refazer caminhos não diferentes daqueles batidos por nosso Tribunal: é reconhecido que a reeducação já deve pesar na fase da imposição - mas, em retrospectiva, do mesmo planejamento da sentença – e deve representar ainda mais a Estrela Polar na fase de execução.

Naturalmente, também existem outros perfis nos quais o TEDH decidiu - partindo da necessidade de que já no momento da imposição da pena, as condições e pressupostos para poder estabelecer a perspectiva de reexaminar a própria posição -; aspectos sobre os quais não podemos nos demorar aqui.

No entanto, o fundamento da sentença parece ser o reconhecimento ao condenado de um direito efetivo a ter sua situação revista; uma revisão, no entanto, que responde a características tais como permitir a duração do estado de detenção apenas na presença daqueles que o Tribunal resume na fórmula de “fundamentos penológicos legítimos” (TEDH, Vinter e outros c. Reino Unido, cit., § 111) - na avaliação que devemos sempre considerar a centralidade coberta pela reeducação: enfim, o que o juiz Pinto de Albuquerque qualifica de direito

à palavra (parecer dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque em Tribunal EDU, *Hutchinson c. Reino Unido* [GC], 57592/08, 17 de janeiro de 2017: “[i] não por outras palavras, a Convenção garante o direito à libertação antecipada, se e quando forem cumpridos os requisitos legais para a sua obtenção”).

Em Murray, o TEDH vai ainda mais longe, como efetivamente enfatiza em seu parecer, o Juiz Pinto observa que os fundamentos penológicos legítimos não podem ser confundidos com os de compaixão. Motivos - mesmo grosseiramente, recorde-se que, neste último caso, o agressor sai da prisão para não realizar um processo de reintegração mas para terminar seus dias com a devida assistência médica e a proximidade de entes queridos (ECtHR, *Murray c. Holanda* [GC], 10511/10, 26 Abril de 2016, § 14). Da mesma forma nas passagens em que se destaca como uma autêntica “tensão” da pena em relação à reeducação exige um real e eficaz compromisso do Estado na preparação de um programa de reabilitação.

E justamente neste ponto as reflexões ainda realizadas são fascinantes. Do Juiz Pinto em seu parecer, objetivando justamente dar vida ao princípio reeducativo em continuidade com o itinerário argumentativo seguido do Tribunal de Murray: a necessidade de um plano de recuperação e reintegração do criminoso personalizado, a distinção apropriada entre uma obrigação de apenas meio pelo Estado com relação à realização da meta - a ressocialização do condenado -, e uma obrigação em vez do resultado quanto à preparação dos instrumentos para que o propósito possa ser alcançado, com a preparação - antes de tudo em face de quaisquer respostas draconianas - recursos adequados para resolver o problema (ver o parecer do Juiz Pinto de Albuquerque em *Murray c. Países Bassi*, cit., § 2 e segs., Com extensas referências também à jurisprudência pertinente do TEDH).

3. Pode, pois, existir uma fisionomia punitiva que respeite autenticamente a dignidade da pessoa? A breve análise realizada, sujeita a certas oscilações fisiológicas e depois de alguns contratempos na posição dos Tribunais, ele nos dá um quadro reconfortante.

Limitando-nos aqui a lembrar as características da pena prevista pelo Tribunal EDU e o Tribunal Constitucional, eles primeiro parecem consistir em sua flexibilidade e por ser sensível à mudança do único infrator.

A flexibilidade da pena parece-nos referir à necessidade de já nascer iluminada pela tensão rumo à reeducação dos condenados e coloca em zelar pelo perigo representado por presunções e automatismos, elementos capazes de gerar uma resposta inadequada do sistema jurídico - e, portanto, percebida como injusta - e de desacelerar ou mesmo interromper um processo de reeducação pela raiz; caráter de flexibilidade que expõe todos os problemas da prisão perpétua, cuja sobrevivência, como muitas partes efetivamente observaram, ele deve estar

na contradição de uma pena perpétua que “desde o início” não deve aparecer como tal (ver E. Dolcini, A sentença de prisão perpétua, cit., P. 26; G. M. Flick, Uma nova cultura de punição: primeiros passos difíceis, no *Jornal da Associação Italiana de constitucionalistas* 2017, 4, p. 1 s.; F. Palazzo, About E. Dolcini, E. Fassone, D. Galliani, P. Pinto de Albuquerque, A. Pugiotto, O direito de esperança. Pena de prisão perpétua no direito penal constitucional, com prefácio de M. Palma, Torino, 2019, no *Jornal Italiano de Direito e Processo Penal* 2019, p. 2209; M. Pelissero, Prisão perpétua e foreclosures, cit., P. 1361; A. Pugiotto, Três telegramas sobre o assunto da prisão perpétua, in *Italian Journal of Law and Criminal Procedure* 2017, p. 1520; L. Riscato, O castigo perpétuo entre a crise da finalidade reeducativa e a traição do sentido de humanidade, in *the Italian Journal of Criminal Law and Procedure* 2015, p. 1244).

O tratamento progressivo evoca essa mudança individual - com potência relembada pelo Tribunal Constitucional na sentença no. 149 de 2018, que é a caracterização do direito à esperança tão bem descrito na sua opinião no caso Vinter do Juiz Power Forde e que vibra nas palavras do Juiz Pinto de Albuquerque em vários dos seus pareceres – sobre em que o ordenamento jurídico deve apostar, estimulando, favorecendo, apoiando, alimentando o impulso do indivíduo em rever sua posição. E este é um compromisso que o Estado deve assumir desde a fase da fixação da pena à de sua execução, com programas dirigidos ao indivíduo e com uma tensão constante para perseguir o propósito reeducativo na lógica mencionada acima.

E neste processo destaca-se a centralidade do papel do juiz interlocutor privilegiado do condenado e intérprete esclarecido de sua estação de mudança; juiz que será chamado para acompanhar o condenado em seu caminho e que terá que dosar com equilíbrio e abertura as diferentes ferramentas que o sistema jurídico elabora na perspectiva de ressocialização.

Recordamos no início que os tempos não facilitam um processo de mudança, mas sim os caminhos trilhados pela CEDH e pelo Tribunal Constitucional eles podem ser uma bússola útil para um debate que, como bem observado (ver E. Dolcini, A sentença de custódia perpétua, cit., p. 38), deve ser também cultural - e preciosos guias são as palavras do Papa Francisco sobre a prisão perpétua e as condições de detenção (a referência é à última declaração do Papa Francisco aos participantes do XX Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Penal (Cidade do Vaticano, 15 de novembro de 2019), precedida do discurso de saudação da Professora Paola Severino, publicado em *Criminal Law and Trial* 2019, p. 1688 ss., Bem como para a Carta do Papa Francisco aos participantes do XIX Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal e no III Congresso da Associação Latino-Americana de Direito Penal e Criminologia, em *Italian Revival of Criminal Law and Procedure* 2014, pp.

1019 ff., Com comentários por L. Eusebi, A necessária assimetria entre crime e punição) - e dirigido a dissipar inúmeros clichês alimentados na opinião pública.

Por outro lado, quando se trata de punição e prisão, está em jogo o nível de civilização de um país, como já apontou Beccaria. Deixando a sentença do Juiz Pinto de Albuquerque: “As prisões não deveriam ser como as portas do Inferno, onde se cumprem as palavras de Dante: Deixa toda a esperança, tu que entras” (ver parecer parcialmente divergente do Juiz Pinto de Albuquerque ao TEDH, Ocalan c. Turquia (no. 2), 24069/03, 197/04, 6201/06 e 10464/07, 18 de março de 2014, § 24)

RESISTÊNCIA À CLASSIFICAÇÃO CRIMINAL DE SANÇÕES RESERVADAS A UM CÍRCULO RESTRITO DE DESTINATÁRIOS

GIUSEPPE LOSAPPIO

1. O caso

Em 2010, o requerente foi condenado por comportamento violento em 2003 e 2004, ocasião em que a disciplina jurídica sobre a suspensão da pena (de que beneficiou o Sr. Rola, cidadão esloveno) impedia a «aplicação de outras restrições medidas contra o infrator (Artigo 99, § 2º, do Código Penal vigente à época dos fatos, quase repetido no texto do dispositivo correspondente de arte. 70 do novo Código Penal de 2008). No entanto, passada em julgado a sentença, o Ministro da Justiça revogou do Sr. Rola a licença necessária para o exercício da profissão de síndico nos procedimentos de insolvência, aplicando uma disciplina, subsequente ao momento da comissão das infrações, segundo as quais a condenação definitiva por crime doloso, passível de ação de ofício, envolvia a revogação das “licenças”, inclusive as emitidas anteriormente à Lei de Operações Financeiras. Em relação a essa premissa, o requerente expôs (entre outras coisas) a violação do Artigo 7º da Convenção reclamando da aplicação retroativa (e imprevisível) no momento da prática das infrações) do direito penal.

2. A decisão do Tribunal

Com uma maioria estreita (4 a 3), o Tribunal descartou o caráter penal de “incapacitação” e, conseqüentemente, a violação do princípio da não retroatividade. A motivação parte da premissa, já amplamente consolidada, de que a natureza da sanção, objeto de fiscalização “Atrás das aparências”, será avaliada obrigatoriamente compulsando os cinco critérios com os quais a jurisprudência

subsequente prevalecente traçou melhor o perfil das três (origens) do acórdão Engel (cf. TEDH, Rola c. Eslovénia, 12096/14 e 39335/16, 4 de junho de 2019, § 53): (i) a conexão entre a afirmação de responsabilidade e a extensão em discussão; (ii) o procedimento que levou à provisão; (iii) a natureza da medida no direito interno; (iv) a natureza e o objetivo; (v) a gravidade. A opinião majoritária reconhece a ligação entre a inabilitação do requerente e a condenação em processo penal, mas exclui que os outros parâmetros de avaliação regem a aplicação das garantias previstas nos artigos 6 e 7 da CEDH. As avaliações referentes ao quinto e, sobretudo ao quarto critério parecem ser decisivas: a finalidade da inabilitação não parece ser para infligir uma punição em relação a um crime pelo qual o autor foi condenado, mas para garantir a confiança do público na profissão de liquidatário da falência. De consequência, a revogação da licença não tem o objetivo punitivo e dissuasor da sanção penal. Por fim, a medida não é grave porque a incapacidade não impede o autor de exercer qualquer outra profissão, nem, em relação a esta circunstância, o caráter permanente da própria inabilitação pode levar a outra avaliação

3. Parecer parcialmente divergente dos juízes Pinto de Albuquerque e Bošnjak

As premissas a partir das quais se baseia a motivação do voto contra dos juízes Pinto de Albuquerque e Bošnjak correspondem àquelas das razões da decisão. Muito diferente, no entanto, é a declinação dos mesmos cinco critérios. Quanto ao procedimento que motivou a provisão e a conexão entre a desclassificação do recorrente e a sentença criminal (respectivamente, primeiro e segundo critérios), a opinião divergente argumenta que a medida foi imposta como uma “consequência automática” da sentença, sem qualquer avaliação relativa adicional à fiabilidade profissional do síndico, avaliação, aliás, não exigida por lei. É, portanto, uma presunção absoluta de inadequação. O “critério”, portanto, “fala inequivocamente a favor da natureza penal da medida”. A discussão leva à mesma conclusão as características da medida na legislação local. Na verdade, a incapacidade não se enquadra na categoria de sanções penais, mas isso não exclui que a medida deva ser considerada uma “consequência jurídica da condenação”, até porque tanto o antigo como o novo código neste conceito incluem a revogação da autorização para o exercício de funções e cargos públicos ou do direito ao exercício de determinadas profissões e ambos os códigos excluem a aplicação retroativa dessas consequências acessórias da condenação.

Quanto ao critério da natureza e finalidade da medida, o parecer parte da consideração de que devido ao efeito do registo criminal o requerente já não poderá obter a licença, ainda que no processo penal se beneficie da reabilitação.

Este aspecto da medida mostra que o propósito da disposição não é para proteger a confiabilidade da atividade profissional.

A desqualificação cumpre uma finalidade punitiva que agrava a dimensão aflictiva da própria sanção penal. Por último, os juízes Pinto de Albuquerque e Bošnjak sublinham que a gravidade da medida deve ser avaliada em relação à duração perpétua da incapacitação e da impossibilidade de adquiri-lo novamente, bem como a ausência de proporcionalidade. A medida, portanto, tem natureza criminal e é a aplicação retroativa da disposição é ilegal.

4. Sanções disciplinares, mistas e criminais

Em uma primeira leitura superficial, certamente parece mais do que surpreendente observar como no caso principal de Öztürk c. Turquia, o Tribunal tenha reconhecido questões criminais em um crime descriminalizado que envolvia a imposição da sentença para pagar uma quantia de algumas dezenas contra os rendimentos mais do que amplos do requerente (ver Tribunal EDU, Öztürk c. Turquia [GC], 22479/93, 28 de setembro de 1999), enquanto a qualificação criminal da medida foi excluída devido à sanção muito mais substancial infligida ao Sr. Rola.

Um levantamento mais aprofundado, sem extinguir completamente o efeito surpresa, porém, permite identificar alguns traços mais ou menos explicativos, mais ou menos explicitamente presentes na jurisprudência do Juiz de Estrasburgo.

Nesta perspectiva, é útil dar um passo para trás e voltar ao acórdão Engel (ECtHR, Engel e outros c. Holanda [GC], 5100/71 e outros, 8 de junho de 1976, § 80), onde são distinguidas as infrações disciplinares, para as quais questões criminais não são normalmente descritas, daquelas mistas que existem quando a ofensa pode ser punida com uma sanção também de natureza criminal ou com sanção disciplinar e criminal. E verifico que esta distinção constituirá um modelo de motivação conducente à exclusão da natureza penal das “prisões simples” e do “aggravati” enquanto foi admitida por medidas de “detenções rigorosas provisórias” e a “atribuição a uma unidade disciplinar” por um período inclusivo de três a seis meses em um local de detenção onde a execução foi programada também de sanções penais militares.

A ambiguidade do fio vermelho que estava surgindo na distinção entre ofensas criminais, ofensas mistas e ofensas disciplinares é bem ilustrada na opinião divergente do juiz Eurigenis onde é enfatizada a necessidade de estabelecer um vínculo mais estreito entre a qualificação da medida e a privação de liberdade pessoal, curta ou longa que ambos, o que o mesmo acarreta. Sob outro aspecto, as ambigüidades da sentença Engel também reaparece na citada decisão Öztürk,

a qual - deve ser reiterado - refere-se a uma sanção quase irrisória mas, portanto, não estava sujeita a habilitação penal, também porque a medida não foi “tratada a um grupo especial de disciplinas, como regras disciplinares “mas” a todos os cidadãos como usuários das estradas “(TEDH, Öztürk c. Alemanha, cit., § 53).

5. Pequenos grupos-alvo e objetivo da medida

A decisão de Öztürk consolida e estende a ideia da decisão Engel ao traçar uma equivalência substancial entre sanções disciplinares e sanções reservadas a “um grupo especial de sujeitos”. A mesma correspondência é repetida nas decisões de Bendenoun e Jussila onde, mais uma vez, a consideração de que as medidas não eram aplicáveis a uma determinada categoria de assuntos (ver TEDH, Bendenoun c. França, 12547/86, 24 Fevereiro de 1994 e Jussila c. Finlândia [GC], 73053/01, 23 de novembro de 2006).

Esta é uma noção mais ampla e genérica do que a das regras disciplinares, uma vez que estas certamente não são disposições “gerais”, mas nem todas as regras que se referem a uma categoria de destinatários definida mais ou menos seletivamente podem ser consideradas (como no caso Rola) sanções disciplinares. Uma equivalência explicativo-argumentativa transformou-se em suporte para uma analogia de conteúdo que interfere fortemente na aplicação dos critérios de Engel, mesmo na versão evoluída utilizada na sentença em questão, subtraindo penas, mesmo as muito graves.

O perfil quantitativo original da correspondência entre sanções disciplinares e sanções *inter pares* (não *erga omnes*) foi posteriormente combinado com a polaridade das medidas punitivas dialéticas e medidas preventivas.

Assim é que no caso Haarvig a interdição do exercício da profissão médica não é considerada criminosa porque a desqualificação não tem por objetivo punir o autor da infração, mas sim para evitar que, no futuro, ele possa causar danos ao comprometer a confiança “pública” na confiabilidade do exercício da profissão (ver TEDH, Haarvig c. Noruega [dez.], 11187/05, 11 de dezembro de 2007). O mesmo é verdade no caso Storbråten em que o Tribunal, mais uma vez, afastou a natureza punitiva da disposição pela qual o requerente foi proibido de exercer funções exponenciais em uma empresa (cf. ECtHR, Storbråten c. Noruega (dec.), 12277/04, 1 de fevereiro de 2007), informando que a finalidade da incapacitação foi para proteger os acionistas, credores e a empresa (como um todo) do risco de perdas e má gestão que uma pessoa irresponsável e desonesta provavelmente poderia gerar se pudesse continuar a agir sob a égide da responsabilidade limitada (para uma reconstrução ampla e pontual desta jurisprudência, ver L. Masera, *The Constitutional Notion of Criminal Matters*, Torino, 2018, cap. II).

6. Decisões a serem reconsideradas e remediação da decisão Rola

O itinerário que desde as primeiras indicações embrionárias da sentença de Engel leva às chegadas mais recentes do TEDH destaca a grande cautela da jurisprudência de Estrasburgo quando se trata de revisar a natureza de direito penal de medidas não *erga omnes*, mas destinadas a um público mais ou menos circunscrito de assuntos. É como se a ofensa com subjetividade restrita fosse sintomática de uma conotação preventiva intrínseca e como tal alternativa ao propósito punitivo. Este não é o lugar para explorar em maior profundidade os fundamentos do que às vezes parece até se manifestar nas formas de um pré-entendimento, nem para desenvolver as sugestões que surgem da justaposição entre esta “abordagem” e a dialética entre Kernstrafrecht, por um lado, Nebenstrafrecht e Interventions-Prävention Recht, por outro.

Em vez disso, leva em consideração que algumas passagens desta posição jurisprudencial devem ser reconsideradas para iluminar os aspectos mais críticos e problemáticos.

A distinção entre finalidade punitiva e finalidade preventiva não tem consistência conceitual para sustentar os serviços seletivos que o Tribunal alega para atribuí-los. As motivações inspiradas por essa dicotomia parecem amplamente expostas ao risco de inversão metodológica ou mesmo de paralogismo.

Nos crimes com subjetividade restrita (sobretudo, mas não só), é realizada a avaliação do caráter preventivo do delito (como no caso Rola) exclusivamente no abstrato, com referência à disciplina da medida em lei “local”, sem verificar se a finalidade preventiva existia ou não nas circunstâncias do caso em questão, nem revisando se a própria disciplina local previa uma avaliação da existência real de pedidos cautelares, aos quais a medida deveria ter funcionado.

Se, ao julgar a subjetividade ilícita, o Tribunal enfatiza o critério da finalidade, significa, ao contrário, que tende a rebaixar os demais critérios ou que para a qualificação criminal da ofensa requer que outros critérios são manifestados com evidências ainda mais elevadas do que o que é necessário para ofensas “comuns”.

Nesse sentido, duas passagens argumentativas da decisão Haarvig que - como já foi referido - diz respeito à incapacidade temporária de um médico para o exercício da profissão de saúde. Para confirmar a gravidade da sanção, o Tribunal afirma que a interdição não impede o requerente de exercer outras atividades e, sobretudo, que o presumível o atraso na carreira profissional não é um argumento suficiente para reconhecer a natureza criminoso da medida.

Esses pontos críticos até parecem exasperados na motivação de Rola. A tirania do propósito de precaução, apenas presumida e não apoiada por qualquer

verificação da efetiva existência e proporcionalidade da medida, pelo contrário, aniquila qualquer outra consideração da avaliação das evidências da conexão com a sentença criminal à gravidade inelutável de incapacidade perpétua e irrevogável, mesmo em caso de reabilitação. Todos os aspectos pontualmente destacados na opinião divergente de Pinto de Albuquerque e Bošnjak.

7. Finalidade preventiva e medidas *erga omnes*

Outros elementos de compreensão desta orientação da jurisprudência de Estrasburgo derivam do exame das decisões sobre o assunto de medidas preventivas *erga omnes*. Um conhecimento que, como se quisesse dizer, não decola, nos termos do voto dissidente do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, *De Tommaso c. Itália* [GC], 43395/09, 23 de fevereiro 2017). Com referência específica às medidas preventivas pessoais italianas, Pinto de Albuquerque (*ibid.*, § 9) queixa-se de que o Tribunal providenciou pouca contribuição para combater a “rotulação errônea da realidade” de tais medidas, evitando uma análise aprofundada das características substanciais, além da censura de ponta da falta de qualidade da lei (*ibid.*, §§ 9 e 25). À luz dessas considerações esclarecedoras, a decisão de *De Tommaso* não parece realmente introduzir qualquer subversão da direção brevemente delineada nas páginas anteriores. O Tribunal, de fato, rejeitou as reclamações referentes a artigos 6º e 7º da CEDH em seu volet pénal, julgando – em conformidade com o TEDH, *Guzzardi c. Itália*, 7367/76, 6 de novembro de 1980 - que a vigilância especial não é comparável a uma sanção criminal, visto que o procedimento que conduz à sua aplicação não envolve a avaliação de uma acusação criminal. O caráter preventivo da medida parece, portanto, mais uma vez escamotear a qualificação da medida como punição, apesar de seu conteúdo claramente repressivo.

A alegação de ilegitimidade “veio” por outros caminhos, driblando (com bastante precisão) a questão da natureza criminal da medida.

É difícil dizer se a natureza geral do (tipo de) provimento na *De Tommaso* influenciou em certa medida o resultado parcialmente diferente do julgamento europeu, canalizando a censura sobre os parâmetros convencionais diferentes, com os quais o Tribunal não se envolve, como no acórdão *Rola*, quando a sentença incidir sobre medida correspondente a ato infracional de subjetividade restrita. Com base nisso, é igualmente difícil dizer se o golpe (*F. Viganò*, o Tribunal de Estrasburgo desferiu um golpe severo na disciplina italiana de medidas de prevenção pessoal, de conhecimento da CEDH, Grande Câmara, 23 de fevereiro de 2017, *De Tommaso c. Itália*, em *Direito Penal Contemporâneo*, 3 Março de 2017), certamente difícil, infligido à regulamentação italiana de medidas de prevenção pessoal, tem a força do KO. Como uma andorinha comum, a sen-

tença De Tommaso pode não ter necessariamente introduzido a «primavera» de despedida dos aspectos mais iliberais das medidas de prevenção (A. M. Maugeri, Medidas de prevenção e casos de perigo genérico: o Tribunal Europeu condena a Itália pela falta de qualidade da «lei», mas uma rondine não faz primavera, nota à CEDH, Grande Câmara, enviada. 23 fevereiro 2017, De Tommaso c. Itália, in *Contemporary criminal law, Quarterly review*, 2017, 3, p. 15), mesmo que uma longa onda na legislação nacional seja inegável (tomo emprestada a expressão de G. Amarelli, A onda longa da sentença De Tommaso: horas contadas para a proibição da máfia “Genérico” nos termos do Artigo 84, co. 4, lett. d) ee) do Decreto Legislativo 159/2001, em *Direito Penal contemporânea*, revista trimestral, 2017, 4, p. 294).

Em todo caso, um aspecto da motivação parece confirmar ainda mais a linha expositiva dessas considerações, sob um outro perfil. O Tribunal também critica a disciplina italiana de vigilância especial porque a indeterminação dos critérios de identificação dos destinatários (além dos do conteúdo) da medida não garante a previsibilidade dos seus efeitos (cf. TEDH, De Tommaso c. Itália, cit., § 113). A motivação lembra a jurisprudência do Tribunal Constitucional onde, a propósito da expressão considerada ilegítima, “propensão a cometer um crime” entre outras coisas a lei que “a fórmula jurídica não cumpre (...) a função de caso autêntico, de identificação, ou seja, de ‘casos’ exigidos pelo Artigo 13, que arte. 25, parágrafo terceiro, da Constituição -, mas oferece às operadoras um espaço de arbítrio incontrolável”. É (também) em relação a esta premissa que o escrutínio do tribunal não para, como (por exemplo) no Rola, Haarrvig e Storbråten com a mera consideração dos dados legislativos, mas vai para uma reconstrução precisa da decisão do juiz italiano que, em essência, havia justificado a aplicação da medida considerando o alegado sujeito “passível de cometer crimes”, categoria, imprecisa e indeterminada, que foge da necessidade de uma definição precisa das premissas de aplicação medidas de caráter preventivo. Por outro lado, é razoável acreditar que uma seleção mais precisa do círculo de destinatários da medida teria induzido o Tribunal a erguer o escudo de propósito preventivas e impediram investigações posteriores.

8. Observações finais e breves perspectivas sobre o tema dos chamados “Anti-máfia interditivo”

A decisão do processo Rola e a opinião divergente dos juízes Pinto de Albuquerque e Bošnjak respondem por duas linhas de força complementares e, por enquanto assimétricas, na jurisprudência do Tribunal. Por um lado, trata-se de uma maioria refratária a aprofundar a questão no âmbito, sem dúvida, muito vasto e heterogêneo de medidas sancionatórias que, de diversas formas, potencializam os efeitos afletivos de uma condenação ou de processo penal que

impossibilite, em nome de necessidades de caráter cauteloso, o exercício de determinadas atividades. Por outro lado, um endereço minoritário, mas consolidado e consistente que sustenta uma noção de natureza penal que não vai por si só “por trás das aparências”, mas não fica presa em xeque da finalidade, visto que, mesmo em nome da função preventiva, podem ser previstas e impostas medidas puramente penais.

É difícil prever a evolução desse «contraste». Certamente, a justaposição entre a sentença de Rola e a de De Tommaso carrega uma indicação importante para todos os operadores com experiência jurídica em tirada com o «labirinto» das interseções entre o direito penal e as fontes supranacionais (tomo emprestada a expressão de V. Manes, *O juiz no labirinto. Perfis das interseções entre o direito penal e as fontes supranacionais*, Roma, 2012). As medidas afitivas - que certamente são aquelas examinadas pelas decisões mencionadas nos parágrafos anteriores - pode ser combatidas em toda a linha não apenas «atacando» o lado das garantias penais dos artigos 6 e 7 da CEDH. O horizonte deve se abrir para apelar ou pelo menos para o confronto com parâmetros convencionais não relacionados à «caixa de ferramentas» do advogado criminal. Verifica-se a necessidade de um novo e mais amplo *koiné* entre os juristas além das especializações profissionais mais ou menos necessárias e as segmentações cada vez mais artificiais dos notórios setores disciplinares científicos. É importante porque o vasto e heterogêneo campo de medidas afitivas que orbitam em torno do centro gravitacional do direito e do processo penal, por sua própria natureza, eles são caracterizados por uma disciplina na qual o aspecto “punitivo” se confunde com os regulamentos privados ou administrativos. Pense no caso da chamado interdição anti-máfia. Nesso perspectiva, o despacho de um Tribunal Administrativo que questionou a legitimidade da medida, reclamando, entre a outra, a violação da lei europeia (mas também convencional) no balcão (ver TAR Puglia - Bari, Seção III, 13 de janeiro de 2020, no. 20).

* * *

As opiniões divergentes no caso Rola c. Eslovênia da CEDH “rip o véu” sobre os efeitos criminais da sentença (por Stefano Manacorda) 1. Introdução: o status dogmático incerto dos efeitos da sentença direito penal e o valor agregado de opiniões divergentes A sentença proferida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em Caso Rola (TEDH, Rola c. Eslovênia, 12096/14 e 39335/16, 4 de junho 2019), embora não apareça entre os casos principais da CEDH, nem parece ter atraído a atenção dos comentaristas, em um exame restrito, por outro lado, apresenta perfis de certa relevância. Já na primeira leitura, um elemento é destacado: a decisão foi acompanhada por três decisões, uma das quais parcialmente concorrente (juízes Kjølbro e Ranzoni), uma segunda parcialmente concorrente e parcialmente dissidente (juiz Kūris) e uma terceira parcialmente

dissidente – sobre a qual a nossa análise recairá - assinada pelos juízes Pinto de Albuquerque e Bošnjak, com quem o juiz Kūris concordou. Como vai se ver, tão fragmentada em um painel de sete juízes é uma indicação do fato que a decisão foi particularmente dolorosa e levou à rejeição de algumas das queixas com uma maioria de apenas quatro votos (B. van Bok kel, *Um Tribunal Dividido: discórdia e desacordo em Rola c. Eslovênia*, em *Stra sbourg Observers*, 9 de julho de 2019), confirmando a relevância que têm como dissidentes resumidas opiniões na jurisprudência do Tribunal ao longo do tempo EDU, especialmente por juízes de autoridade com experiência criminal (sobre o papel das opiniões divergentes, ver J. Ringelheim, *The arte de discordar. Algumas palavras sobre o legado do juiz Tulkens*, em *Strasbourg Ob Servers*, 22 de agosto de 2012). Não é de estranhar, pois, que o Juiz Pinto de Albuquerque, que sempre se destacou pela sua autonomia de julgamento e particular perspicácia em propor questões “fora do coro”, mesmo nesta ocasião mostra uma grande consciência da necessidade de o TEDH supervisionar cuidadosamente a área “substancialmente criminal” com uma ampla gama de garantias substantivas e processuais (P. Pinto de Albuquerque, *Direitos humanos numa perspectiva europeia. Decisões concorrentes e dissidentes (2011-2015)*, editado por D. Galliani, Torino, 2016).

Para ir ao fundo da questão, a sentença diz respeito a certos efeitos da condenação criminal de natureza formalmente administrativa na legislação eslovena, e em particular a revogação e recusa de registro em registro público exigido para o exercício de determinada atividade profissional. A previsão de execuções hipotecárias contra a pessoa que sofreu uma condenação criminal, em geral sem um quadro dogmático definido, gera considerável incerteza sobre a qualificação das medidas em questão, especialmente se previstas nos extracodificísticos e extra-criminais estatutos de garantia à luz da Convenção. A categoria de efeitos penais da condenação, por outro lado - também do ponto de vista italiano - apresenta perfis de considerável problemática (ver para todos F. Palazzo, *As penas acessórias na reforma da parte geral e da parte especial do código*, em *AA.VV., Studies in honor of G. Musotto*, IV, Palermo, 1980, spec. p. 12 e segs.). Encontramo-nos perante uma questão que hoje abrange, também em chave prática, um papel decisivo no desdobramento de um arsenal preventivo e punitivo renovado que afeta o direito penal da economia, onde se multiplica o uso de sanções ou medidas de desqualificação, muitas vezes previstas por leis extra-penais.

Também neste caso, os critérios de natureza puramente formal são um teste difícil e se prestam à “fraude de rótulo”, que teve que ser encontrada algumas décadas atrás em relação ao assunto criminal (para todos C. E. Paliero, “Matéria penal” e ofensa administrativa de acordo com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos: uma questão “clássica” para um ponto de viragem radical, na *Italian Review of Law and Criminal Procedure* 1985, p. 894 WL .; F. Mazzacuva, *As penalidades ocultas. Topografia de sanções punitivas e modulação do estatuto*

de garantia, Torino, 2017; L. Masera, a noção direito constitucional em matéria penal, Torino, 2018; M. Donini, L. Foffani (a cura di), O “assunto penal” entre o direito nacional e europeu, Torino, 2018).

O TEDH, recorrendo à perspectiva anti-formalista de que distingue a interpretação com referência a “noções autônomas” (além dos escritos já mencionados, adde F. Palazzo, The limit of “político questão” entre o Tribunal Constitucional e os Tribunais Europeus. O que é “substancialmente criminoso”?, Em Criminal Cassation 2018, p. 461 e seguintes; V. Manes, Profili e limites da infração para-criminal, em Italian Review of Law and Criminal Procedure 2017, p. 988 ss.), está na posição de poder “rasgar o véu” das categorias de direito interno e reconhecer a eficácia das garantias da lei criminal. Como se verá, é justamente nessa oportunidade que o juiz Pinto de Albuquerque, afastando-se da maioria e acompanhado de outros dois juízes, enfrenta o dogma do nullum crimen.

Nessas breves notas, primeiro se ficará ciente da história levada à atenção do Tribunal e às conclusões a que chega, partindo dos contornos do caso concreto e das três queixas apresentadas pelo requerente. Estes se relacionam com o Artigo 7 da CEDH, que notoriamente enuncia o princípio de nullum crimen sine lege; no Artigo 1 do Protocolo nº 1 à CEDH, que estabelece o direito de propriedade; e Artigo 4 do Protocolo n. 7 à CEDH, que fundamenta a proibição de bis idem, três perfis aos quais o advogado criminalista tornou-se particularmente atento ao longo dos anos para a erupção de uma densa série de decisões sobre questões criminais (ver amplamente V. Manes, V. Zagrebelsky (ed.), A Convenção Europeia sobre Direitos Humanos no Direito Penal Italiano, e AM Stile, S. Manacorda, V. Mongillo (editado por), Os princípios fundamentais do direito penal entre as tradições nacionais e as perspectivas supranacionais, Nápoles, 2015). Os aspectos mais problemáticos do ditado do Tribunal, é claro, giram em torno da contestada qualificação da medida em questão como uma sanção penal à luz de parâmetros amplamente inspirados pelos chamados Critérios de Engel, e é de fato em relação a esta interpretação de que existe a divisão mais profunda entre os juízes, três dos quais acreditam que houve uma violação do Artigo 7 da CEDH e que a maioria não fez uma boa governança dos critérios em questão.

Assim surgirá em toda a sua problemática, numa leitura que se inspira precisamente da opinião dissidente de Paulo Pinto de Albuquerque e outros juízes signatários, o estado de incerteza dos efeitos acessórios da sentença.

2. A revogação perpétua de uma qualificação profissional e as censuras em termos de legalidade, ne bis idem e direitos de propriedade: as tímidas conclusões do tribunal

O requerente é um cidadão esloveno que enfrentou uma condenação criminal com pena suspensa, esta última circunstância destinada a assumir relevân-

cia abaixo, para violência doméstica cometida entre 2003 e 2004, com sentença proferida em 3 de junho de 2010 e que se tornou definitiva em 17 Junho de 2011. A sentença foi enviada ao Ministério da Justiça, competente para cuidar do cadastramento de profissionais habilitados ao exercício das funções de liquidante, sendo este comunicado ao interessado, em 27 de junho de 2011, foi revogada a autorização para o exercício da atividade apesar de - convém recordar - se tratar de infrações menores, na sua totalidade não relacionadas com o exercício da atividade profissional então sujeita a uma medida interditiva. Esta medida de revogação foi baseada na Lei de Operações Financeiras, Processos de Insolvência e Dissolução Obrigatória (doravante chamada de “Lei das Operações Financeiras”), que entrou em vigor em 1 de outubro de 2008, que introduziu a caducidade em questão caso o interessado tivesse uma condenação criminal.

Contra disposição do Ministério, o interessado reclamou perante o juiz administrativo a aplicação retroativa de medida não vigente no momento da concessão da licença: esta última havia sido emitida em 2004, de acordo com um regime jurídico que não envolvia esta consequência, que em vez disso havia sido estabelecida por quatro anos posteriormente apenas com a entrada em vigor da Lei de Operações Financeiras. No curso da ação, foi proposta, entre outras coisas, a violação do princípio da legalidade penal, reconhecido pela Constituição eslovena, e incluindo a proibição da retroatividade das sanções penais.

Ao indeferir a reclamação, o juiz administrativo interno considerou legítima a medida de caducidade, com base na constatação de que a data a ter em consideração para efeitos de sua aplicação era a se considerar aquela em que a decisão tenha assumido a condição de res iudicata, e, portanto, após a entrada em vigor da legislação pertinente, sem, portanto, haver violação do princípio a presunção de inocência ou outro direito fundamental. O requerente fez novos apelos internos e o Supremo Tribunal também rejeitou as queixas, alegando, entre outras coisas, que a lei que institui a medida não fez distinção entre sentenças de entrada anteriores e futuras em vigor, nem entre disciplinas já inscritas na lista especial do Ministério ou que tenham solicitado a sua inscrição em data posterior. Posteriormente a rejeição foi seguida de recurso para o Tribunal Constitucional, no qual igualmente foram invocados os argumentos da injustiça da medida a ilegalidade do texto regulamentar, recurso que não surtiu efeito, dando origem a uma decisão de inadmissibilidade.

A medida assumiu também a forma de consequência permanente: um novo pedido da recorrente foi, de fato, rejeitado com base na Lei de Operações Financeiras, que prevê que não pode ser concedida a licença para qualquer pessoa que tenha sido a destinatária de uma medida de revogação. Seguindo da experiência de meios adicionais de impugnação, foram esgotados os remédios jurisdicionais

internos também com referência a esta segunda linha, sem que as reclamações do recorrente fossem, ainda que parcialmente, procedentes.

Das três queixas apresentadas pelo requerente perante o TEDH, todas consideradas admissíveis, a maioria dos juízes acredita que pode reconhecer apenas um, em especial considerando o Artigo 1 de No. do protocolo 1, notoriamente pertencente ao livre gozo do direito de propriedade. De acordo com um esquema argumentativo já encontrado em algumas de nossas decisões relativas à Itália (pense em particular no TEDH, De Thomas c. Itália [GC], 43395/09, 23 de fevereiro de 2017, em matéria de medidas de prevenção pessoal, sobre o qual ver F. Viganò, O Tribunal de Estrasburgo desfere um golpe severo à disciplina italiana de medidas de prevenção pessoal, em *Direito Penal Contemporâneo, Revisão Trimestral*, 2017,3, pág. 370 ss., D. Pulitanò, Medidas de prevenção e modelos sancionatórios, em *Criminal Jurisprudence* 2017, 10, e mais recentemente M. Cerfeda, A previsibilidade aos limites da matéria penal: sentença no. 24/2019 do Tribunal Constitucional e o destino das medidas policiais, no *Arquivo Criminal* de 2019, 2), o Tribunal entende que a aplicação automática da medida não estava prevista pela lei no momento da comissão do fato e não era razoavelmente previsível pelo recorrente, integrando assim a violação do parâmetro convencional. Em outras palavras, a legalidade criminal (que o Tribunal tentará provar ser ineficaz no presente caso) não é relevante, tanto quanto a previsão da lei dos limites ao pleno gozo dos direitos, um requisito muito mais geral.

Deve-se notar incidentalmente que, neste ponto, na opinião comum parcialmente concorrente dos juízes Kjølbro e Ranzoni (unidos pela opinião pelo juiz Kūris), chegamos ao mesmo resultado, porém seguindo um caminho argumentativo diferente. Embora tenha que excluir, à luz de acórdãos dos tribunais eslovenos, que no caso em apreço carecem de previsibilidade da medida, a reclamação segundo esses juízes, no entanto, continua procedente, sobre o quanto a proibição parece desproporcional, dado que durante seis anos o recorrente continuou a exercer a profissão sem qualquer consequência e que, sobretudo, a medida é de natureza perpétua.

Voltando à alegada violação do Artigo 7 da CEDH, ao que parece excluídos pelo Tribunal, tendo alcançado - com uma maioria limitada de quatro votos a três, como mencionado - a conclusão de que o levantamento da licença, com as características acima descritas (automaticidade, perpetuidade, inerente a crime desprovido de vínculo com a profissão), não representa uma sanção criminal. Conclui-se que não há violação do *nullum crime*, nem - consequentemente - um *vulnus* à proibição de duplo julgamento. Trata-se de elementos sobre os quais é necessário nos determos em detalhe, a fim de analisar a trajetória motivacional dos juízes e as ressalvas da minoria. Deve-se observar que a argumentação relativa ao Artigo 7 da CEDH condiciona também a fundamentação do Tribunal a res-

peito do princípio ne bis in idem: mesmo que em termos um tanto precipitados - referindo-se indevidamente à noção de “processo penal” (em vez de “processos penais”) - o Tribunal considera que a questão que lhe foi submetida excede o âmbito material do Artigo 4 do Protocolo No. 7 à CEDH.

3. Boa governança dos critérios relativos à qualificação de uma medida como “pena” nos termos do Artigo 7 da CEDH

Particularmente significativa é a denúncia feita sobre a violação do referido Artigo 7º da CEDH, disposição notória no seu conteúdo e nas suas aplicações jurisprudenciais, que marcaram uma extensão progressiva do campo de aplicação das garantias, induzindo notoriamente também perfis de tensão com uma concepção formalista de *nullum crimen* (A. Bernardi, Artigo 7 “nenhuma punição sem lei”, em S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (ed.), *Comentário sobre a Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, Pádua, 2001; V. Manes, Artigo 7 CEDH, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (ed.), *Breves comentários sobre a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais*, Pádua, 2012; para os efeitos sobre o sistema jurídico italiano, especialmente após o caso *Contrada*, F. Palazzo, *A sentença “Contrada” e os curtos-circuitos da legalidade, no Direito Penal e Julgamento 2015*, p. 1061 e seguintes; M. Donini, *O caso Contrada e o TEDH. A responsabilidade do Estado devido à falta de tributação / tipicidade de uma lei penal retroativa de formação judicial*, na *Revista Italiana de Direito e Processo Penal 2016*, p. 346 e seguintes; D. Putilanò, *Paradoxos da legalidade. Fra Strasbourg, hermenêutica e sujeito à lei*, in *Contemporary Criminal Law, Quarterly Review 2015*, 2; F. Viganò, *O princípio da previsibilidade da decisão judicial sobre o assunto penal*, em AA.VV., *A crise da legalidade. O “sistema vivo” das fontes criminosas*, Nápoles, 2016, p. 213 ss., V. Manes, do “caso” ao “anterior”: notas sobre “deontologia hermenêutica”, em *Criminal Cassation 2018*, p. 2222 WL.).

No ponto central da perspectiva do recorrente estão as disposições do Código Penal Esloveno, que pode ser discutido aqui apenas brevemente. De acordo com o Artigo 99, 100 e 101 do texto original, retomado em termos substancialmente idênticos nos Artigos 78, 79 e 80 do novo código, as consequências acessórias da pena consistem na perda de direitos particulares ou na impossibilidade de exercê-los, com exceção do caso em que a pena envolva mera sanção pecuniária, pena suspensa - circunstância de cuja pertinência não se pode duvidar - ou a dispensa da pena. Essa disciplina geral, que em seguida, refere-se a disposições específicas para identificar as hipóteses de crime e as consequências resultantes, é acompanhado por garantias relevantes em termos de legalidade, tanto no sentido de que só a lei pode prever as consequências em questão, como no sentido de que se aplicam apenas se previstas no momento da comissão do fato e após a en-

trada em vigor do padrão instituído. O Código Penal também detalha o tipo de tais efeitos acessórios que são fundamentados na proibição do exercício público funções, de uma atividade profissional ou na negação de autorizações e licenças estatais. Além disso, somente com o resultado de uma sentença definitiva as consequências em questão surtirão efeito e cessarão quando a condenação for passível de cancelamento do registro criminal, circunstância que pode ser relevante no presente caso.

Com base nesta premissa, o requerente argumentou que, no caso levado ao conhecimento do Tribunal, não foram respeitadas as garantias expressamente contempladas pelo código, apesar da indiscutível severidade da medida: a desqualificação para a profissão de síndico não estava sujeita à disposição legal no momento da prática do fato, com a consequência de que o pedido foi retroativo e não consentido; o requerente foi condenado à pena suspensa, circunstância em que a aplicação das penas acessórias em causa foi expressamente excluída. Em última análise, foi afirmado que uma nova lei não poderia derogar as disposições do código, com a consequência de que o confisco e a consequente desclassificação ocorreram sem qualquer fundamento legal.

Precisamente no ponto de qualificação dessas últimas medidas, um debate interessante no Tribunal: a defesa do governo visava na verdade, a tese adversa para a qual elas não deveriam ser considerados sanções penais, ainda que acessórias, mas medidas inerentes ao exercício de uma profissão, prevista em dispositivo extra-criminal que visa identificar os requisitos de integridade, ou mais amplamente os critérios subjetivos, para o exercício de uma profissão, como a de síndico, que requer a confiança dos devedores, credores e do público em geral (“trust público”). Nos termos explícitos, um argumento muito recorrente é apresentado: a medida em questão tem natureza administrativa e não criminal, como o procedimento que leva à aplicação da mesma. A circunstância relativa ao momento do cometimento do crime é destituída, nesta perspectiva, de qualquer relevância, uma vez que o requisito subjetivo deve ser analisado nas diferentes instâncias da concessão da autorização, numa perspectiva que visa o futuro e visando a salvaguarda dos interesses públicos acima mencionados. Também parece, mas as perspectivas do governo esloveno não aparecem claramente declaradas no julgamento, que nenhuma contradição pode ser encontrada entre os diversos textos regulamentares, uma vez que as disposições da Lei de Operações seriam entendidas como medidas de implementação do direito penal e não iria contradizê-lo, nem iria derogá-lo como uma *lex specialis*.

A maioria do Tribunal assume uma posição favorável a esta última perspectiva, a partir da reconstrução do significado autônomo do Artigo 7 da CEDH e o conceito de “pena” nele contido. Se, recorde-se, para a qualificação em questão é relevante o facto de existirem consequências decorrentes do cometimento de

um crime, outros critérios são relevantes, como a natureza do procedimento, a finalidade e a severidade da medida. O ponto é crucial: pra preencher a noção autônoma de “pena” de acordo com o conteúdo de Artigo 7º da CEDH, deve-se recorrer - segundo a maioria - a critérios semelhantes (mas não idênticos) aos estabelecidos na jurisprudência Engel, que é a famosa referência ao conceito de “acusação criminal” relevante nos termos do Artigo 6 ECHR. A sentença estabelece em parte os critérios desenvolvidos ao longo de tempo para efeitos da noção autônoma de “pena”, que pode ser resumida da seguinte forma: “(i) a relação entre a decisão em que a pessoa foi considerada culpada e a medida em questão; (ii) o procedimento envolvido; (iii) a caracterização da medida no direito interno; (iv) a natureza e o propósito da medida; e (v) a gravidade da medida”. No entanto, e este é um ponto central na reconstrução que aqui se propõe, desses critérios, segundo os juízes dissidentes, o Tribunal não faz bom governo no caso em apreço, o que exige um exame mais atento das diferentes interpretações em causa.

Já o juiz Kūris em sua própria opinião - além de sublinhar a estreita proximidade entre os cinco critérios desenvolvidos para efeitos do Artigo 7 da CEDH e os três critérios de Engel relevantes para o Artigo 6º da CEDH - alega, com muitos argumentos, que estes não têm sido corretamente aplicados. Apesar de admitindo que os três primeiros podem não ser satisfeitos, seu raciocínio é baseado em uma apreciação diferente dos critérios da função e da gravidade. A primeira das duas, interpretada pela maioria, sem dúvida ofuscaria o caráter também punitivo da medida. A gravidade da medida para o infrator seria indiscutível e, de fato, é objeto de uma avaliação muito sumária na sentença. Observo, não sem razão, que os critérios de Engel sempre foram alternativos e não cumulativo (mais recentemente, ver ECtHR, A e B c. Noruega [GC], 24130/11 e 29758/11 de 15 de novembro de 2016), segue-se que a medida em questão deve ser realizada - independentemente da qualificação formal na lei eslovena - como uma “pena” de acordo com a noção autônoma do Artigo 7º da CEDH e, além disso, também o Artigo 4 do Protocolo No. 7 à CEDH é violado. Ainda mais extensas são as críticas dirigidas à maioria pelos juízes Pinto de Albuquerque e Bošnjak, cujo parecer é acatado pelo Juiz Kūris: todos cinco critérios enunciados pelo Tribunal são revistos e para cada um deles chega a conclusões antípodas às do último prevalecido. Em relação ao primeiro critério (“a relação entre os condenação do requerente e da medida impugnada”), o dissidente evidencia violação do Artigo 7 da CEDH. A previsão de uma presunção absoluta, *iuris et de iure*, pela qual aquele que foi condenado, para um crime sem qualquer relevância para o exercício de uma profissão, é restrito ao banimento automático e perpétuo da qualificação exigida para o mesmo, é considerado um indício inequívoco da natureza criminal da medida.

Também parece correta a ideia, na verdade não totalmente cultivada, para a qual o segundo critério relativo à “natureza do procedimento” – que tinha levado a maioria *sic e simpliciter* a concluir que o procedimento pelo qual o confisco foi infligido tinha natureza administrativa e era totalmente independente do processo penal - não pode assumir um valor decisivo e, em particular, a circunstância de a administração não ser chamada a fazer qualquer avaliação do trabalho do requerente, mas ter se baseado em termos exclusivos na condenação penal certamente não se prova no sentido da exclusão de uma violação do Artigo 7 da CEDH.

O terceiro critério também é relevante: existe, observam corretamente o três juízes dissidentes, um regime jurídico aplicável às consequências acessórias da condenação - como implicitamente reconhecido também pelos demais juízes na suposta violação do Artigo 1 do Protocolo nº 1 para CEDH - mas a maioria não percebeu que a medida contemplada pela Lei de Operações Financeiras tem um “vínculo intrínseco” com as projeções do Código Penal, que limita - como foi observado - a aplicação das medidas em causa aos casos de imposição de pena privativa de liberdade não suspensa e requer a validade prévia da regra da lei, proibindo qualquer aplicação retroativa.

O quarto fator é considerado determinante pelos juízes signatários do parecer, centrado na “natureza e finalidade da medida”. É um dos critérios caracterizados por maior incerteza, dos quais a sentença considera ser capaz de ‘libertar’ simplesmente observando que a extensão da proibição perpetua aqui não assume conotações punitivas, mas visa garantir a confiança do público no desempenho das funções de liquidatário, sem, no entanto, oferecer uma demonstração deste passo crucial. Iluminado, pelo contrário, é o argumento que visa chegar à conclusão contrária sublinhada por Pinto de Albuquerque e os demais juízes: “Manter a incapacidade de solicitar uma licença novamente para além do limite de tempo de reabilitação legal indica claramente que o objetivo da medida era essencialmente punitivo, acrescentando outro, e de certa forma mais carga legal pesada para o requerente em comparação com a mesma sanção criminal”. Comentando sobre este ponto, atenção especial deve ser dada neste caso, mas também de forma mais geral em outras decisões, para a fácil tentação de traçar uma linha clara entre punição e prevenção, na conscientização que estes componentes podem coexistir e que não se pode pretender ao papel dos primeiros negar abertamente o carácter punitivo da medida, aqui particularmente evidente pelo seu automatismo, pela inexistência de vínculo com o delito pelo qual foi feita a condenação, pela impossibilidade de o infrator alterar, e - como será visto agora - para a gravidade intrínseca das consequências que dela derivam para o interessado.

O quinto critério, relativo à gravidade, intervém, portanto, *ad adiuvandum* a consequência a que o recorrente está exposto, que os juízes dissidentes

consideram existir em termos particularmente graves no presente caso, dando origem a uma exclusão vitalícia durante, e sem a possibilidade de reabilitação, da profissão que constitui o principal meio de subsistência do requerente. Com base nesta qualificação, que lidera a medição no espectro das penas do Artigo 7º da CEDH, conclui no sentido da violação da proibição de retroatividade das sanções penais. Sem mencionar que eles acabaram são expressamente excluídas as penas suspensas, como aquela em que é incorrida o requerente.

Em conclusão, ele só pode concordar com o esforço reconstrutivo e o resultados críticos que caracterizam esta opinião divergente assinada - entre os outros - do Juiz Pinto de Albuquerque, atrás do qual podemos vislumbrar outro mas mais amplo do que a qualificação dos efeitos criminais da sentença, a instituto híbrido que também merecerá um exame cuidadoso no futuro, mesmo com referência à lei italiana onde as consequências negativas se multiplicam (especialmente em um nível profissional) contemplado por leis formalmente extra-criminais. Forte é a esperança de que esta opinião divergente devolva vigor ao debate, numa perspectiva crítica e garantidora, a que o raciocínio da CEDH tem-nos educado progressivamente, para além dos rótulos formais.

* * *

A CONTRIBUIÇÃO DE PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE PARA A TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

GIUSEPPE MARTINICO

Paulo Pinto de Albuquerque, que aqui celebramos, sempre se distinguiu pela sua indubitável contribuição para o desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, mas também pela sua constante contribuição para a discussão académica. A opinião separada no Tribunal EDU, G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália [GC], 1828/06, 34163/07 e 19029/11, 28 de junho de 2018, que escolhi comentar neste breve post, é a confirmação disso. Em particular, a atenção ao debate italiano realizado na sequência da decisão de Varvara (TEDH, Varvara c. Itália, 17475/09, 29 de outubro de 2013). Paulo Pinto de Albuquerque oferece uma revisão muito detalhada dela, na tentativa de ir além da oposição fácil e compreender as razões da dissidência expressa pelo Tribunal Constitucional no acórdão nº. 49/2015. Nas palavras de Paulo Pinto de Albuquerque, um diálogo sincero entre tribunais não pode ignorar as críticas dos magistrados constitucionais, mas deve prestar-se a um debate franco e aberto.

Talvez, para além da capacidade analítica apresentada por Paulo Pinto de Albuquerque nessa opinião, o que mais me impressiona é o ótimo respeito pelas

razões do interlocutor e confiança no pluralismo e diálogo, vistos como fonte de desenvolvimento e progresso da cultura jurídica.

Não foi possível encontrar palavras melhores do que as usadas na opinião para sublinhar a proximidade entre dois conceitos que muitas vezes na literatura foram apresentados como antitéticos, o do conflito (aqui entendido como desacordo interpretativo) e o do diálogo.

Do confronto - às vezes também desencadeado por episódios de desacordo - pode muitas vezes levar a “um diálogo judicial sincero”. Para evitar a reabertura de discussões puramente teóricas, é suficiente aqui lembrar que existe uma doutrina que definiu seriamente o que se entende por diálogo (A. Torres Pérez, *Conflitos de Direitos na União Europeia: Uma Teoria da Adjudicação Supranacional*, Oxford, 2009, p. 118 e segs.). Referindo-se a esta literatura escrupulosa - e compartilhando, ao mesmo tempo, o ceticismo dos Mestres do Direito que expressaram acertadamente dúvidas relacionadas ao abuso de conceito (G. De Vergottini, *Além do diálogo entre os tribunais*, Bolonha, 2010) - sim esta troca de argumentos entre sujeitos talentosos define o diálogo de igual dignidade e aceitos por seus respectivos interlocutores (A. Torres Pérez, *Conflitos de Direitos*, cit., p. 118 ss.).

Ainda nesse parecer, Paulo Pinto de Albuquerque analisou também o debate italiano sobre o papel do TEDH na jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano, antes e depois das famosas sentenças “Gêmeos” de 2007 (n. 348 e n. 349 de 24 de outubro de 2007), antes de focar na reação italiana à sentença Varvara do TEDH.

Depois de contestar a evolução da jurisprudência italiana, Paulo Pinto de Albuquerque abordou a questão da distinção entre jurisprudência estabelecida e jurisprudência não consolidada. Por ocasião da citada sentença n.º 49/2015, na verdade, ao querer diferenciar entre jurisprudência consolidada e não consolidada, o Tribunal Constitucional italiano tinha distinguido o “peso” dos anteriores países europeus, atribuindo-lhes, desta forma, diferentes efeitos consoante a natureza consolidada ou não da jurisprudência do TEDH. Na sentença n.º 49/2015, de fato, o Tribunal Constitucional italiano havia acrescentado que “Somente no caso de haver um ‘direito consolidado’ ou uma ‘sentença piloto’, o juiz italiano será obrigado a implementar a regra identificada em Estrasburgo, adaptando-lhe o seu critério de julgamento para superar quaisquer conflitos com relação a uma lei interna, em primeiro lugar para meio de ‘cada ferramenta hermenêutica à sua disposição’, ou, se assim for não foi possível, recorrendo ao incidente da legitimidade constitucional (sentença n.º 80 de 2011) “.

Nessa sentença, resultou ambígua a justaposição da “sentença piloto” à “jurisprudência consolidada”. Era de fato um paralelismo impróprio como “as

‘sentenças piloto’ (que têm natureza variada e estrutura) não têm força vinculante específica “(V. Zagrebelsky, Corte Const n 49 de 2015, jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Artigo 117 da Constituição, obrigações decorrentes da ratificação da Convenção, in Observatório Constitucional da Associação Italiana de Constitucionalistas, 2015).

Na verdade, são dois os principais motivos que levaram a doutrina a criticar a sentença n.º. 49/2015 e sobre o qual é difícil não concordar: o “problema da “restrição” à jurisprudência não consolidada e a natureza dos indicadores fornecidos pelo Tribunal Constitucional para orientar os juízes italianos na bagunça jurisprudencial do TEDH. Aqui também, no entanto, é importante se evitar conclusões extremas. Quanto aos indicadores, é sem dúvida verdade que correm o risco de confundir o juiz comum. Como foi corretamente escrito, esses são critérios que são “difícilmente inteligíveis e suscetíveis de crítica” (G. Sorrenti, *On the triple relief of Corte cost.*, Sent. n 49/2015, que redefine a relação entre a legislação nacional e a CEDH e sobre as primeiras reações de Estrasburgo, no Fórum de Quaderni Constitucional 7 de dezembro de 2015; ver também as críticas de D. Tega, *A sentença do Tribunal Constitucional n. 49 de 2015 sobre o confisco: o domínio axiológico da Constituição sobre a CEDH*, no Fórum de Quaderni Constitucional, 30 de abril 2015). No entanto, deve ser lembrado que as relações entre os tribunais europeus e nacionais fazem muitas vezes são alimentados com diretrizes como essas. Ao mesmo tempo, a relação entre os tribunais foi muitas vezes alimentada por testes igualmente ambíguos: basta lembrar aqui o que escreveu a doutrina na sequência do Tribunal de Justiça da UE, 6 de outubro de 1982, processo C-283/81, *Cilfit*, e os critérios identificados pelo Tribunal do Luxemburgo. Obviamente, o paralelismo com *Cilfit* é relativo: nesse caso foi o mesmo Tribunal de Justiça que deu aos juízes nacionais as orientações para distinguir dentro da sua própria jurisprudência, aqui em vez disso, temos um tribunal nacional que afirma fornecer critérios úteis à leitura da jurisprudência do TEDH. Mais interessante é o problema da restrição. A este respeito, o Tribunal Constitucional italiano escreveu o seguinte:

“Quando todas ou algumas dessas pistas se manifestam, de acordo com um julgamento que não pode ignorar as peculiaridades de cada evento individual, não há razão que obrigue o juiz comum a compartilhar a linha interpretativa adotada pela TEDH para decidir determinada polêmica, desde que não seja uma “sentença piloto” no sentido estrito [...] Somente no caso em que se encontre na presença de um “direito consolidado” ou de uma “sentença piloto”, o juiz italiano será obrigado a implementar a norma identificada em Estrasburgo, adaptando a ela seu critério de julgamento para superar possíveis conflitos com respeito ao direito interno, sobretudo por meio de ‘todos os instrumentos hermenêuticos à sua disposição’, ou, se tal não for possível, recorrendo ao incidente da legitimidade

constitucional (acórdão n.º 80 de 2011) “(Tribunal Constitucional, acórdão n.º 49/2015).

Em outro lugar, tentei contextualizar algumas passagens objetivamente ambíguas contidas na sentença no. 49/2015 à luz do direito comparado (G. Martinico, *A jurisprudência da desobediência. O papel dos conflitos na relação entre o Tribunal Constitucional e o Tribunal Europeu dos Direitos do homem, os limites de controle. Primazia das normas europeias e defesa de princípios fundamental*, Nápoles, 2017, 407 e segs.). Uma das razões pelas quais é necessário comparar, também de forma sincrônica, a sentença no. 49/2015 decorre justamente do benefício que o intérprete em casos como este pode retirar dos acórdãos de outras ordens jurídicas.

Como se sabe, a distinção proposta pelo Tribunal Constitucional foi claramente rejeitada pelo Tribunal de Estrasburgo no caso G.I.E.M e também Paulo Pinto de Albuquerque não se eximiu, no parecer separado aqui comentado, de expressar fortes reservas sobre ele e outros aspectos da jurisprudência constitucional italiana.

Em particular, Pinto de Albuquerque recordou o contributo histórico do TEDH para a maximização dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos nacionais e as ambiguidades que não só o acórdão n.º. 49/2015, mas também outras decisões tomadas pelo Conselho na sequência da virada de 2007, apresentada aos olhos do Tribunal de Estrasburgo.

Posteriormente, Paulo Pinto de Albuquerque tentou ler o caso Italiano à luz do “espírito da época”, especialmente mais tarde e em seguida ao surgimento de novos movimentos populistas e partidos extremistas, que fizeram do Tribunal de Estrasburgo (e além) o alvo de ataques ferozes.

Em seu pensamento, a sentença de G.I.E.M. poderia representar uma oportunidade ideal para fornecer uma resposta inequívoca, reiterando sua “liderança mundial” nesta área. Na última parte da sua opinião Pinto de Albuquerque reconstituiu a importância do direito da Convenção Europeia abrange no direito constitucional multinível, em que ajuda a fortalecer a natureza contra-majoritária dos direitos e do constitucionalismo. Observe também a atenção dada ao uso de identidade nacional na saga Taricco (Tribunal de Justiça da UE, 8 de setembro de 2015, processo C - 105/14, Taricco; 5 de dezembro de 2017, processo C-42/17, M.A.S. e M.B.; Tribunal Constitucional, 23 de novembro de 2016, n. 24), que oferece a Pinto de Albuquerque a oportunidade de dizer algumas palavras sobre o potencial polêmico que o conceito de identidade oferece.

Na verdade, o aspecto da política de identidade representa uma das principais características da abordagem populista às categorias do direito constitucional, na construção de contra-narrativas que frequentemente tendem a revisitar

os pilares do constitucionalismo, em particular daquele pós-totalitário. A fase de redescoberta da identidade é seguida por aquela do contraste entre o sujeito constitucional por excelência (o “povo”) e o “outro”, macrocategoria genérica a que as “minorias” dissidentes” foram reconduzidas. Neste contexto, a jurisprudência nacional que manifestou dúvidas sobre o trabalho do Tribunal de Estrasburgo assume um valor especial. Pinto de Albuquerque destacou a perigosa ligação entre esta nova onda de populismo e o surgimento de jurisprudência nacional cada vez mais crítica. São casos conhecidos, já analisados pela doutrina. Alguns autores, para descrevê-los, usaram conceitos diferentes, como o de “Resistência baseada em princípios” (M. Breuer, *Principled Resistance to ECtHR Judgments - A New Paradigm?*, Heidelberg, 2019), outros tentaram classificar atitudes semelhantes que também podem ser encontradas em uma escala comparativa (P. Popelier, S. Lambrecht, K. Lemmens (eds.), *Criticism of the European Tribunal de Direitos Humanos. Mudando o sistema de convenção: contra-dinâmica a nível nacional e da UE*, Cambridge, 2017). De acordo com essas reconstruções, pode-se dizer que um juiz nacional passa a ser o protagonista de um ato de “resistência” quando decide não seguir a solução resultante da jurisprudência de Estrasburgo, com base em uma série de argumentos que visam induzir o TEDH a uma interpretação diferente da anteriormente prevista, por não respeitar a margem de apreciação ou porque é baseado em uma reconstrução errônea do “consenso” (K. Dzeh tsiarou, *Consenso Europeu e a Interpretação Evolutiva da Europa Convenção sobre Direitos Humanos*, in *German Law Journal* 2011, p. 1730 ff.).

Em outro lugar (ver G. Martinico, *A jurisprudência da desobediência. O papel conflitos na relação entre o Tribunal Constitucional e o Tribunal Europeu dos Direitos dell'uomo*, em A. Bernardi (editado por), *Os contra-limites. Primazia das regras europeias e defesa dos princípios constitucionais*, Nápoles, 2017, p. 407 ff.), Tentei fazer uma distinção entre o uso populista do conceito de identidade nacional e a função crítica exercida pelos tribunais constitucionais e supremos, diferenciando no contexto do direito da UE - lembrado no parecer de Paulo Pinto de Albuquerque - entre tribunais constitucionais (ver, por exemplo, Tribunal Constitucional da Hungria, decisão no. 22 de 2016, em <https://huncourt.hu/dontes/decisao-22-2016-sobre-exercicio-conjunto-de-competencias-com-a-eu/>, §§ 62-66) que se referiu ao argumento de identidade sem tomar medidas o processo prejudicial e os tribunais, como o italiano no caso da saga Tarich, que fez uso do Artigo 4 § 2 TEU sem evitar confronto com o Tribunal de Luxemburgo. Apesar deste esclarecimento, acredito que as palavras de Pinto de Albuquerque acertaram em cheio. Os amantes do direito constitucional não podem ceder à tentação de reduzir o constitucionalismo à sua epifania estatal; pelo contrário, constitucionalismo, entendido como fenômeno filosófico-político, é enriquecido pelo contributo oferecido pelo direito da Convenção (e pelo direi-

to da UE) que prestam aos operadores outros argumentos nacionais (incluindo juízes) para limitar e canalizar processual rastreia as reivindicações de poder político. Atacar o direito da Convenção (mas neste o TEDH trava uma batalha comum a dos tribunais constitucionais, constantemente sujeito a ataques políticos) significa pretender reduzir o princípio democrático a uma regra da maioria, negligenciando o ensino do constitucionalismo pós-totalitário. Nesse cenário, o constitucionalismo europeu (mas poderia falar também de um constitucionalismo pós-nacional, afinal) não é fundado na negação do estado ou constitucionalismo estadual, mas, pelo contrário, como também sublinhado pelos teóricos da governança multinível e mais primeiro por Milward (A. Milward, *The European Rescue of the Nation-State*, Los Angeles, 1992), o estado continua sendo o mais importante dos níveis hoje do governo. Por outro lado, como destacado, o constitucionalismo europeu pode trazer valor agregado às conquistas alcançadas ao longo do tempo pelo constitucionalismo estatal, oferecendo “um acréscimo de proteção a todo o sistema de direitos fundamentais” (Tribunal Constitucional, 30 de novembro de 2009, n. 317).

* * *

SOBRE AS PENAS PERPÉTUAS: UMA COMPARAÇÃO GERAL SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE A CORTE DOS DIREITOS E A JURISPRUDÊNCIA INTERNA

VALERIO ONIDA

A questão das condições de admissibilidade das penas de prisão perpétua se apresenta em termos que são em parte ainda discutidos e incertos em muitas jurisdições. Na jurisprudência do Tribunal Europeu, é estabelecido o princípio segundo o qual o Estado pode por vezes prever a pena de prisão perpétua para crimes graves, uma vez que a possibilidade de libertação está, em qualquer caso, prevista quando já não existem razões legítimas inerentes às funções da pena que justificam a continuação da detenção, e é conhecido pelo condenado, desde o momento da sentença, qual é o caminho e quais as condições em que pode conseguir, após um determinado tempo, a libertação. Portanto, não pode haver condenação perpétua que não possa ser objeto de libertação, sob pena de violação do Artigo 3 CEDH, que proíbe “punições ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

Na Itália o instituto, fornecido pelo legislador, idôneo ao escopo é a liberdade condicional, que é concedida ao infrator que deu prova de “arrependimento” ou ressocialização, após pelo menos vinte e seis anos (que pode ser reduzido a vinte e um em virtude da libertação antecipada) de expiação da pena, e que apenas

recentemente foi objeto de uma decisão do Tribunal de Estrasburgo (ver TEDH, *Viola c. Itália* (n. 2), 77633/16, 13 de junho 2019). Este julgou a lei como incompatível com a CEDH Italiano (Artigo 2 de d.l. 13 de maio de 1991, n.152, convertido em lei de 12 de julho 1991, n. 203, que se refere ao Artigo 4-bis do sistema penitenciário), a qual para certas categorias de infratores (crime organizado de tipo mafioso ou terrorista, ou outros crimes graves) sujeita a liberdade condicional à condição inevitável de que o prisioneiro coopere com a justiça, facilitando a detecção e repressão de crimes: a menos que tal “colaboração” seja, na prática, impossível ante o papel irrelevante do infrator na organização criminosa.

A ideia de que a libertação dos condenados à prisão perpétua deve ser capaz de alcançar não apenas uma avaliação discricionária das autoridades sobre quaisquer condições de saúde particular ou idade do infrator (razões “humanitárias” no sentido de estrito), mas também para a conclusão de um processo de ressocialização que o recluso deve poder cumprir na prisão (tendo em vista o “fim reeducado” a que a pena deve visar, conforme expresso no artigo 27.º, n.º 3, da Constituição italiana): sem prejuízo da liberdade dos Estados-Membros para configurar concretamente de forma diferente o instituto da libertação, aplicado por uma autoridade judicial ou mesmo administrativa, mas desde que o detido esteja habilitado para saber desde o início as condições e o tempo mínimo após o qual pode ser aplicada, seja repetível e haja proteção judicial adequada.

Opinião divergente do Juiz Pinto de Albuquerque em juízo EDU, *Hutchinson c. Reino Unido* [GC], 57592/08, 17 de janeiro de 2017, a respeito de uma decisão em que foi considerada suficiente para considerar não violada especificamente a Convenção, a disposição na legislação do Reino Unido de liberar quando “circunstâncias excepcionais justificarem esta medida para razões de humanidade”, como esta regra é interpretada pela jurisprudência.

Mas a opinião divergente de Pinto de Albuquerque é na verdade muito mais do que a motivação de um desacordo a respeito de uma decisão concreta de “não violação” do Artigo 3 da CEDH em caso de aplicação da legislação britânica sobre penas perpétuas. Na verdade, é um argumento amplo e “ensaio” não apenas sobre o significado e o escopo da jurisprudência europeia sobre o assunto, mas também e talvez acima de tudo sobre as relações em geral entre

jurisprudência interna (em particular do Reino Unido), por um lado, CEDH e a jurisprudência do Tribunal Europeu, por outro lado. Um tema que vai para além do assunto específico da prisão perpétua, por investir na dinâmica das relações entre sistemas jurídicos e entre tribunais.

O argumento geralmente diz respeito à posição da Convenção Europeia no que se refere aos sistemas jurídicos internos dos Estados-Membros, que se configuram de forma diferente nos vários sistemas jurídicos nacionais. Não é só

sobre isso da colocação das disposições da Convenção no quadro do sistema de fontes de direito interno. A convenção vive no sistema jurídico sobre como suas disposições são confirmadas pela jurisprudência da Corte à qual foi atribuída a tarefa de aplicá-la, afirma a Corte de Estrasburgo.

Os artigos da CEDH estabelecem o conteúdo dos direitos e, acima de tudo os pré-requisitos para a legítima “interferência” dos estados no confronto de seus próprios titulares, de forma relativamente genérica (basta pensar na indicação recorrente de que determinada interferência para ser legítima deve atender a critérios de proporcionalidade e ser “necessária em uma sociedade democrática”). No entanto, as decisões do Tribunal de Estrasburgo (pelo menos se se excluem os dados a juízes internos sob a forma de parecer nos termos do novo Protocolo nº. 16 à CEDH) por si só são sempre prestados em relação aos casos únicos de alegada violação, ainda que partindo da declaração de princípios gerais. Portanto, eles surgem do ponto de vista de interpretação, em um nível diferente do das leis internas correspondentes. Eles não têm como objetivo a interpretação em abstrato das normas internas aplicadas no caso, nem para se pronunciar sobre a compatibilidade destes com a CEDH, mas apenas para verificar se no caso específico havia ou não violação dos direitos por ela sancionados.

No entanto, isso não significa que o Tribunal possa e deva muitas vezes tomar posição, tendo em vista a solução do caso concreto, a compatibilidade das regras internas, conforme interpretadas e aplicadas por juízes internos, com as regras da CEDH conforme interpretadas pelo próprio Tribunal. E isso, portanto, pode encontrar a existência de uma violação “estrutural” onde a solução do caso concreto, dada pelos juízes internos, segue pela aplicação de uma norma interna, cuja compatibilidade com a Convenção é questionada: de modo que a Corte é levada a decidir não apenas sobre a existência da violação denunciada na prática, mas sobre essa compatibilidade.

Se, portanto, por um lado, cabe ao Tribunal identificar a via interpretativa (e também evolutiva, já que a Convenção vive no tempo) o significado das regras convencionais, em vez disso, cabe aos juízes internos a tarefa de se pronunciar sobre o significado das regras internas, encontrando e resolvendo problemas com base no sistema específico de fontes da sua compatibilidade com a CEDH. As duas operações interpretativas muitas vezes tendem a se sobrepor em casos, como o da Grã-Bretanha, em cuja norma interna não é apenas de natureza legislativa, mas é ela própria também da jurisprudência interna (sistemas em que a jurisprudência constitui, por sua vez, uma fonte direta de direito), enquanto nos sistemas de direito escrito a própria jurisprudência já não é uma fonte autônoma de lei, mas instrumento de interpretação e aplicação de regras escritas: embora, na verdade, essa distinção muitas vezes tenda hoje a ser atenuada ou desaparecer.

Neste último, como no sistema italiano, a relação entre as duas leis jurídicas (interna e europeia) se expressa em termos de uma separação mais clara: por um lado, os juízes internos têm a palavra final sobre o significado da lei, por outro lado, o Tribunal de Estrasburgo tem a última palavra sobre o significado da regra convencional como regra de direito internacional. A intersecção entre as duas operações no caso específico não autoriza o juiz interno para sobrepor sua própria interpretação divergente da norma convencional ao do Tribunal de Estrasburgo, nem este último a sobrepor sua própria interpretação divergente da norma interna, relevante no caso, à do juiz interno: só pode levar à verificação de uma possível incompatibilidade entre as duas regras abstratamente aplicáveis ao caso. Esta incompatibilidade, por sua vez, dá origem às consequências previstas pelo ordenamento jurídico interno.

Para o sistema jurídico italiano, as regras da CEDH pertencem a um sistema jurídico externo (o internacional) e se refletem no direito interno de acordo com as regras (constitucionais) deste concernente às modalidades de transposição das normas internacionais para o direito interno e “Classificação” de padrões derivados internacionalmente.

Um esclarecimento decisivo a este respeito ocorreu na Itália com a introdução na Constituição da norma segundo a qual a autoridade legislativa (ordinária) é exercida em cumprimento, além da Constituição, das restrições decorrentes, entre outras coisas, de “obrigações internacionais” (Artigo 117, § 1º, introduzido por l. custo. 24 de outubro de 2001, n. 3). A consequência, destacado pelas famosas “sentenças gêmeas” n. 348 e n. 349 de 24 de Outubro de 2007 do Tribunal Constitucional, é que as regras internas correspondentes aquelas internacionais de origem de tratado (como as regras da CEDH) adquiriram, no sistema de fontes, uma “classificação” que não é mais uniforme em comparação com as normas legislativas ordinárias com as quais as obrigações decorrentes das normas internacionais foram implementadas (no caso da CEDU a lei de execução ordinária de 4 de agosto de 1955, n. 848), mas subordinado às normas da legislação interna ordinária (anterior ou posterior), embora subordinado às normas constitucionais. Assim, assumem a qualidade de “parâmetros interpostos” no julgamento da legitimidade constitucional das leis: ou seja, são “conformes” com as normas constitucionais, mas prevalecem sobre as normas legislativas ordinárias, e no caso de constatada incompatibilidade, cabe ao Tribunal Constitucional anular e as reconhecer como inaplicáveis, desde que, por sua vez, as ditas regras convencionais não sejam incompatíveis com outras regras constitucionais internas (neste caso, não vinculariam o legislador e os juízes internos).

Em última análise, a jurisprudência de Estrasburgo, na parte em que afirma a interpretação a ser dada às disposições da Convenção é válida na Itália como lei prevalente sobre outras leis ordinárias, com a única condição de que

não seja por sua vez, considerada em conflito com a Constituição. Essa doutrina pode ser encontrada amplamente resgatada e reafirmada, novamente, na sentença constitucional n. 236 de 19 de julho de 2011, na qual a Corte confirma “que não pode rever a interpretação da Convenção fornecida pela Corte de Estrasburgo”, portanto, as regras da CEDH “devem ser aplicadas no significado que lhes é atribuído pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, e o Tribunal Constitucional “pode, no entanto, avaliar como e em que medida o produto da interpretação do Tribunal Europeu se encaixa no sistema jurídico Constitucional italiano”.

O sistema de competências é, portanto, claro: é debatido e será possível discutir novamente, em face de decisões individuais do TEDH, se sua autoridade assume o valor de res interpretada e, portanto, estabelece a interpretação vinculante a ser dada à disposição convencional de que a violação foi denunciada, ou se, em vez disso, for apenas o caso de uma decisão específica (violação ou violação não concreta do direito invocado no caso), que não imponha ou modifique a interpretação vinculativa do nome convencional. Mas a fronteira entre a interpretação do regra convencional (pertencente ao Tribunal de Estrasburgo) e suas consequências (definidas pela jurisprudência interna) no contexto do sistema jurídico italiano.

As coisas se apresentam de maneira parcialmente diferente no caso do ordenamento jurídico britânico, a que se refere o Juiz Pinto de Albuquerque no seu parecer sobre o caso Hutchinson. Nele, por um lado, ambas as disposições da lei são destacadas (neste caso muito formuladas em modo muito restritivo quanto às condições de liberação) e a jurisprudência interna a esse respeito; por outro lado, a lei britânica não confere às regras da CEDH, conforme interpretadas pelo Tribunal de Estrasburgo, a “classificação” superordenada no que diz respeito à lei interna. Ele apenas prevê (por meio da Lei de Direitos Humanos de 1998) que, ao julgar os casos apresentados a eles, os juízes britânicos devem “levar em consideração”, para efeitos de decisão do caso concreto, as normas da CEDH, na medida em que resultam da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, interpretação da lei interna, quando possível, de acordo com ele; mas no caso de detectada a incompatibilidade de leis internas com eles certamente não pode decepcionar estes últimos, mas devem limitar-se a reportar o assunto ao Parlamento. Por outro lado, no sistema britânico não existe uma instituição correspondente à jurisdição constitucional, com base na qual cabe a um Tribunal Constitucional declarar nulas, e portanto inaplicáveis em casos específicos, as normas legislativas que não podem ser interpretadas em um sentido conforme à Constituição e às normas “interpostas”, como as do CEDU.

O parecer do Juiz Pinto de Albuquerque contém uma vigorosa consideração do caráter vinculativo, mesmo para os juízes britânicos, da interpretação de

que as normas da CEDH são dadas pela jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo (criticando a reclamação para considerar vinculativa para os juízes internos apenas uma jurisprudência “clara e constante”), e a afirmação da tendencial incompatibilidade com a Convenção da Lei interna britânica sobre a libertação de prisioneiros condenados à pena perpétua, conforme entendida pela jurisprudência interna. Daí a sua crítica clara da tese da maioria no julgamento de Hutchinson, devido ao qual ele argumenta que o Tribunal de Estrasburgo sobre o assunto teria entrado “em crise existencial plena”, que a decisão pode levar a um “terremoto” para o sistema europeu de proteção dos direitos humanos, e que haveria o risco de uma “aplicação a duas velocidades” da CEDH.

Ao fundo aparece a crítica aos traços de uma concepção “soberana” (ou suposta primazia do direito interno) emergindo no pensamento jurídico Britânico, então algumas autoridades nacionais parecem considerar os direitos do homem apenas como “algo que pode ser exportado e não importado” no Reino Unido, de modo que a adesão deste último à CEDH (e de fato a iniciativa de promover a própria Convenção) teria nascido mais pela ideia de que era bom servir de exemplo para os outros, para ajudar a garantir que “todos os Estados-Membros respeitem estes direitos fundamentais básicos, que não foram culturalmente definidos, mas refletem a nossa humanidade comum” (o juiz Hoffman é citado no § 39 do parecer dissidente de Pinto del Albuquerque). A partir daqui, parece entender, alguma dificuldade em admitir que a lei do Reino Unido possa ser retrógrada (portanto, no que diz respeito às condições de admissibilidade de prisão perpétua) no que diz respeito à jurisprudência sobre os direitos elaborada pelo Tribunal de Estrasburgo.

É um caso, entre outros, em que opiniões divergentes podem produzir uma contribuição significativa para a evolução da jurisprudência do Tribunal Europeu mas também dos tribunais internos.

* * *

QUANTO ESPAÇO PARA DIZER HUMANO

MAURO PALMA

Não há dúvida: a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso Muršić (TEDH, Muršić c. Croácia [GC], 7334/13, 20 de outubro 2016) foi muito aguardada na Itália. Por que a questão do “espaço mínimo” a se garantir a toda pessoa privada de liberdade pessoal era - e é - um tema particularmente sensível no país, especialmente devido à superlotação endêmica que caracteriza

o sistema de detenção italiano. Mas não só: também porque se após a sentença de 2009 no caso - então ainda isolado - de violação do Artigo 3 CEDH relativo à detenção de uma pessoa na prisão da capital (TEDH, Sulejmanovic c. Itália, 22635/03, 16 de julho de 2009), o debate foi escasso e marginal, na sequência da sentença “piloto” quatro anos depois no caso Torreggiani e outros (Cor te EDU, Torreggiani e outros c. Itália, 43517/09 e outros, 8 de janeiro de 2013) - quando os casos de condições de detenção inaceitáveis devido ao espaço limitado fornecido para cada pessoa detida se tornaram milhares - um grande debate se desenvolveu no país.

Um debate que se estendeu do âmbito acadêmico do setor à discussão pública, também graças à atividade promovida por alguns stakeholders associados atuantes em questões de execução criminal e prisão. Envolveu até mesmo a mídia, geralmente desatenta a essas questões, com ampla discussão sobre como remediar a situação a fim de restaurar o sistema prisional à sua aceitabilidade, pelo menos em termos de espaços e números, seguindo as indicações do Tribunal de que com aquela sentença “pilote” ao longo da estrada a empreender. A atenção foi amplamente motivada pela necessidade de evitar danos muito concretos em termos de compensação aos milhares de recorrentes, mas em outra parte significativa surgiu a consciência da gravidade de uma condenação por violação de uma das obrigações que você não cumpre permitir exceções, mesmo em circunstâncias excepcionais ou de emergência, contra um Estado parte da CEDH e, além disso, contra o próprio fundador do Conselho da Europa.

Não se trata aqui de refazer as medidas então adotadas tanto no plano regulatório, quanto no da organização da vida prisional; é por fim, na elaboração de um software de monitoramento constante de cada sala de internação, a fim de manter sob controle o número de pessoas restritas nela e o espaço disponível para cada uma delas. Essas medidas levaram ao encerramento do procedimento de análise do cumprimento do disposto na decisão: o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 8 de março de 2016, encerrou o procedimento relativo à Itália, informando que o Estado havia cumprido os requisitos da sentença. A população carcerária caiu de 66.008 para 52.342, um sistema de medidas preventivas foi introduzido no sistema penitenciário - Artigo 35-bis ord. caneta. - e compensatório - Artigo 35-ter ord. caneta., foi instalado um sistema informatizado para detectar o estado de lotação de cada sala de detenção dos cerca de 200 presídios do país, foi introduzida uma Autoridade Supervisora para a privação de liberdade: o Fiador Nacional das pessoas detidas ou privadas de liberdade pessoal. Essas medidas têm estimulado uma reflexão sobre como o tema estritamente “métrico” não era suficiente para tornar aceitáveis as condições de detenção, se não fosse acompanhado por uma reflexão sobre o tempo de detenção em si, sobre seu uso e seu desenvolvimento fora da cela (ver em particular o Relatório Final da

Comissão para a Elaboração de Intervenções em Matéria Penitenciária, instituído pelo Decreto Ministerial 13 Junho de 2013, presidido pelo abaixo-assinado. O relatório foi publicado pelo Ministro da Justiça, com Portaria própria em 20 de fevereiro de 2014). Em grande parte trazendo o debate de volta para a esteira dos padrões por algum tempo desenvolvido pelo Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura (CPT), quais princípios indicadores desse limite mínimo devem ser respeitados para que uma privação de liberdade não termine no contexto semântico do termo “tratamento desumano ou degradante” em torno do qual está em jogo a legitimidade do máximo poder coercitivo do Estado: tirar de uma pessoa a possibilidade de se mover livremente e determinar o próprio ir e vir.

No centro deste confronto emergiram pelo menos três temas que se encontram tanto nos parágrafos do acórdão Muršić como no parecer do juiz Pinto de Albuquerque: quais são o valor e o significado do espaço mínimo ser segurado; se e como isso pode ser relacionado a outros parâmetros relacionados à detenção diária; qual é o impacto das normas elaboradas por órgãos de supervisão internacionais e nacionais para determinar se as condições de detenção violam ou não a indestrutibilidade da proibição de tratamento contrário à dignidade e ao sentido de humanidade da pessoa. Portanto, o tema mais geral da relação entre o que comumente indicamos como *soft law* para marcar a diferença de sua “irmã” *hard law*, mas certamente não para diminuir sua força implícita. Um debate a que o Juiz Pinto de Albuquerque dedica toda a primeira parte do seu opinião e que é particularmente necessário em países onde a estrutura das obrigações legais parece girar apenas em torno do que é norma codificada, sem qualquer visão prospectiva da contribuição que os padrões e ferramentas *soft* oferecem para a evolução da própria norma codificada.

Todos esses são temas que justificam esperar pela sentença daquele outubro de 2016: uma espera que foi apenas parcialmente satisfeita. Precisamente partindo do que parece mais simples e concernente ao método de cálculo do espaço disponível e seu impacto na definição de um parâmetro fixo para avaliar se houve ou não uma violação. Trata-se de um tema ainda em aberto na Itália, girando em torno da “disponibilidade” do próprio espaço e, portanto, da necessidade de calculá-lo como espaço líquido em relação aos móveis, ou em relação a alguns deles ou, ainda, como um espaço global, independentemente das camas ou outras que o ocupem. A questão estava tão aberta que o Tribunal de Cassação teve que recorrer às Seções Unidas para tentar sanar as diferenças que surgiram entre suas mesmas Seções (ver Tribunal de Cassação, Seção Penal Un., 24 de setembro de 2020, divulgação provisório nº 17).

No julgamento de Muršić é escolhida uma via intermediária, apenas aparentemente decisiva por se referir, por um lado, à possibilidade de “circular livremente” e, por outro lado, a uma “forte presunção” de violação do Artigo 3

ECHR (como em ECtHR, *Ananyev c. Rússia*, 42525/07 60800/08, 10 Janeiro de 2012) no caso de espaço disponível inferior a 3 metros quadrados por uma duração “não curta”. O governo tem a tarefa de refutar essa “presunção”, demonstrando a existência de fatores compensatórios em termos de brevidade ou ocasionalidade da detenção em tais espaços pequenos (ECtHR, *Muršić c. Croácia*, cit., § 130), de acesso a atividades fora da sala detenção (ibid., § 133), da adequação geral das condições estruturais (ibid., § 134). Todos os fatores que produzem uma avaliação geral destinada a compreender se o efeito “cumulativo” das condições determina ao menos uma violação (ibid., § 137). Esse acúmulo dos efeitos de diversos fatos se repete, por outro lado, mesmo quando se trata de estabelecer se, mesmo em condições tais como prever uma disponibilidade de espaço superior a três metros quadrados, mas inferior a quatro, podemos nos encontrar em uma situação sintetizada como violação do Artigo 3 da CEDH (ibid., § 106).

Como observa Pinto de Albuquerque, aqui o efeito cumulativo dos fatos é jogado de duas maneiras diferentes, como para produzir conclusões compartilhadas ou não. Na verdade, ao avaliar a possibilidade de violação também na presença de um espaço maior que três metros quadrados, o efeito “cumulativo” é proposto com um valor agravante da condição geral detenção, estendendo assim a proteção da pessoa restrita; no caso de segurando em menos de três metros quadrados, o conjunto de fatores considerados tem um efeito geral de compensação dos dados negativos, terminando assim por desempenhar um papel na mitigação das obrigações do Estado. O “efeito cumulativo”, neste último caso, reduz o caráter absoluto das obrigações expressas do Artigo 3 e acaba propondo os fatores que devem caracterizar a normalidade da detenção digna - acesso à luz natural, ao ar livre, um regime prisional voltado para algo além da passagem do tempo - como elementos de compensação do fator negativo essencial constituído pelo espaço físico limitado.

Aqui o ponto de Pinto de Albuquerque é de uma clareza que ultrapassa a nebulosidade interpretativa que envolve algumas formulações das sentenças e que mesmo que não apareça no momento da pronúncia - como aconteceu com o autor desta pequena nota - demonstra-o na interpretação e na aplicação. Como, no caso italiano, essa multiplicidade de parâmetros aplicados tem mostrado, resultando na cacofonia que as Seções Unidas do Tribunal de Cassação tentaram resolver. “Pluralitas non est ponenda sine necessitate”, lembra-nos Pinto de Albuquerque apreciando tomando emprestada a navalha do filósofo. Princípio de que, independentemente do caso em exame, dada a peculiaridade da detenção do requerente, não serve para criar uma situação em que os elementos que devem constituir a normalidade da detenção podem se tornar exceções a serem trazidas em benefício do Estado que detém, diminuindo assim suas obrigações relativas a outros fatores essenciais.

Mas, este aspecto lança luz sobre como as normas adquiridas internacionalmente são levadas em consideração pelo Tribunal e, no caso de Conselho da Europa, resultado de um considerável trabalho de Comitês e Comissões, onde o confronto entre Estados se deu em uma espécie de espaço público que qualifica as “regras” como fruto de uma convergência e de uma corresponsabilidade que não pode ser subestimada. Até porque a sua aprovação e redação em resoluções específicas é adotada por Comitê de Ministros dos Estados Membros e, portanto, por quem carrega o ônus direto de sua aplicação. Aí vem a construção de padrões, em particular, pelo CPT que define seus próprios parâmetros não na base de posicionamentos teóricos relativos ao aspecto de enunciação de direitos e compromissos formais para sua proteção, mas com base em sua eficácia, verificado concretamente através de um sistema constante de visitas e observações em lugares onde a privação de liberdade ocorre em suas várias formas. É verdade, cada vez com mais frequência o Tribunal cita os relatórios da CPT e relembra os padrões definidos por meio desse processo de observação de campo; frequentemente se interroga sobre a lacuna entre os compromissos assumidos pelos Estados e sua implementação tendo em conta a análise direta realizada durante as visitas. No entanto, permanecem em certas “variáveis de fundo” que afetam mais como uma perspectiva de melhoria do que como uma indicação de violações. Assim o parâmetro métrico para espaços mínimos de detenção desenvolvidos pelo CPT não é um elemento considerado pela sentença, mas apenas preliminarmente renomeado. Nem o são as Regras Penitenciárias Europeias de 2006 e menos ainda os outros instrumentos que o direito internacional desenvolveu dentro das Nações Unidas.

Aqui abre a questão mais interessante do ponto de vista teórico da opinião de Pinto de Albuquerque: qual papel queremos atribuir a este conjunto de “normas” que resumimos brevemente no termo *soft law*? E como implementar um processo de interpenetração crescente desse todo dentro do que chamamos de *hard law*, recusando-se, assim, a interpretar a separação - embora ela exista - entre as duas áreas como clara e imutável?

A resposta deve necessariamente partir desse princípio de que o Tribunal de Estrasburgo afirmou repetidamente: a Convenção é um instrumento vivo. Esta conotação não pode ser recusada apenas na direção de uma jurisprudência casuística que continuamente interprete as obrigações e direitos consagrados em seu texto, no sentido de uma adaptação crescente à mutabilidade dos casos que lhe são submetidos. Este aspecto de ser um instrumento vivo é uma característica natural de qualquer texto regulatório e normativo que queira responder à dimensão temporal que qualquer semântica relativa a comportamentos e relacionamentos intersubjetivos determina. Além disso, o próprio conceito de “direito humano” que os textos convencionais internacionais protegem tem uma conotação de fixidez sincrônica no momento em que é pronunciado, de modo que

o que é afirmado como um direito inerente para a pessoa é válido no momento preciso para cada pessoa onde quer que esteja, mas também tem uma conotação diacrônica em sua proporção com a mesma mudança no conceito de pessoa, para que o que hoje não reconhecemos como um direito inerente à sua conotação humana possa tornar-se amanhã. E muitos aspectos das ações de uma pessoa aos quais hoje não atribuímos o valor de direito - como, por exemplo, ir para outro lugar ao migrar livremente - pode ser amanhã.

Mas, além desse aspecto, a conotação evolutiva de que aquela vida também sintetiza a possibilidade de uma adaptação progressiva ao que vem sendo elaborado em outras formas, não estritamente de ação legislativa direta, mas de compartilhar em uma discussão pública que se alimenta da vontade da possível extensão dos direitos da pessoa. Esta é a perspectiva das várias “regras”, dos vários “padrões”, das “recomendações” que são compostas e aprovadas no contexto dos instrumentos de observação, discussão, definição regulatória compartilhada que caracterizam as organizações internacionais.

Certamente - lembra Pinto de Albuquerque – a ação para fortalecer a soft law exige a plena correspondência de alguns parâmetros que dizem respeito não só ao procedimento de adoção de normas e indicações pré-normativas, mas também à sua aplicabilidade concreta à área temática de referência, de forma a garantir a sua generalidade e, por fim, mas de grande importância, até mesmo sua própria formulação linguística. Este último deve evitar formas polissêmicas e ambíguas que deixem espaço para discricionariedade no momento da aplicação, removendo assim aquele valor de generalidade obrigatório e implementação não discricionária que conota um padrão.

Podemos então concordar com os sete parâmetros que Pinto de Albuquerque indica, no § 28 do seu parecer, como denotadores das normas e que deve ser endossado por soft law para sua interseção com “Irmã” hard law. O autor os define, ecoando a expressão de Jan Klabbbers, como “blocos de construção do muro da normatividade” (J. Klabbbers, Reflexão sobre o Soft International Law em um Mundo Privatizado, in Anuário Finlandês de Direito Internacional 2005, citado na opinião de Pinto de Albuquerque na nota 50).

Ao listá-los, primeiro encontramos a “linguagem prescritiva” usada no texto e, portanto, o “grau de precisão linguística”: dois parâmetros que são inerentes ao texto com o qual as recomendações, normas e regras são escritas, a fim de prever sua aplicabilidade geral e inequívoca.

Os demais parâmetros, por outro lado, dizem respeito ao procedimento de adoção dessas mesmas ferramentas: seu “trabalho preparatório” marcado pela amplitude da discussão e a “complexidade do procedimento” para sua adoção também a “ampla publicidade” que esses textos devem ter para esse reconhecimento que a

norma, em sua vida costumeira na obediência semi-plena, deve prevalecer na comunidade daqueles que a recebem, desde que sua escolha de segui-la ou não seja livre, aceitando neste caso as consequências pré-determinadas. Sistemas regulatórios - lembre-se, entre outros, Hans Kelsen - paradoxalmente se desenvolve em uma relação dialética entre norma e desvio. A norma tem seu fundamento justamente na possibilidade de ser violado: se espontaneamente as regras de convivência vieram sempre e em qualquer caso observadas, não seria necessário penalizá-los.

Por outro lado, as violações não precisam ser tão generalizadas socialmente para garantir que não podemos mais falar de um “direito válido”, ou seja, efetivo como um todo: se não se obedece mais às leis, certamente a legalidade não poderia ser repressivamente ripristinada. A vida normal da lei faz portanto, desenvolve-se na zona cinzenta da obediência semi-plena e contempla, em substância, um infrator que viola regras específicas, sem, no entanto, questionar o seu todo e a ordem como tal. Isso não é apenas verdade para os indivíduos, mas também para os Estados no que diz respeito aos compromissos que assumiram.

Os dois últimos parâmetros dizem respeito à “delegação de autoridade para interpretação e resolução de conflitos “a um órgão independente, se tais conflitos surgirem na aplicação das disposições, e a provisão de um mecanismo de revisão subsequente para identificar como fortalecer sua eficácia, para que possam ser “confirmados ou desenvolvidos” padrões que a regra ou recomendação expressa.

Este último aspecto destaca uma força e um risco: a produção progressiva de recomendações pode definir cada vez mais os compromissos que os responsáveis públicos devem assumir são apurados e específicos, configurando-os em torno da realidade mutante em que pretendem atuar; mas não é em si uma garantia de eficácia se deixar de desencadear um processo de mudança evolutiva: se, portanto, acaba acrescentando afirmações que expressam intenções e não afetam a eficácia dos cumprimentos. Uma fraqueza, esta última, que pode envolver órgãos de controle internacional, muitas vezes muito produtores de sistemas regulatórios, mas tão frequentemente repetitivos em suas recomendações a respeito de situações que provavelmente não mudarão.

Este risco, que talvez torne a abordagem de Pinto de Albuquerque um tanto utópica na sua tensão em dar a devida legitimidade ao quadro normativo da soft law, existe se se examinar a grande produção dos vários comités europeus e internacionais - muitas vezes repetitivos - e talvez também esclareça parte da relutância do Tribunal em considerar tudo isto de forma adequada nas suas decisões. Não as justifica, mas não cessa de colocar questões a essas comissões e a esses órgãos. Também ao que presido e às recomendações que formulo sistematicamente às autoridades nacionais do meu país.

* * *

1. A decisão do Tribunal Pleno no caso Hutchinson (TEDH, Hutchinson c. Reino Unido [GC], 57592/08, 17 de janeiro de 2017) apresenta duas razões de particular interesse de significado quase histórico.

O primeiro consiste no próprio objeto da disputa, que diz respeito à legitimidade convencional da pena perpétua em relação ao Artigo 3 CEDH. Apesar da onda populista e repressiva que atravessa a avassaladora maioria dos Estados, não só europeus, parece não haver dúvida que a reflexão cultural penológica e humanitária é cada vez mais duvidosa face à prisão perpétua e sua compatibilidade com os princípios de humanidade da pena (cf. por último, o importante volume coletivo AA.VV., *O direito à esperança. Pena de prisão perpétua no direito penal constitucional*, Torino, 2019). Uma voz moralmente impositiva como a do Papa não deixou de assimilar a pena perpétua a uma pena de morte oculta (ver Carta do Santo Padre Francisco ao Presidente da Comissão Internacional contra da morte, 20 de março de 2015, no jornal italiano de direito penal e processo 2015, p. 468); e alguns salva-vidas pediram simbolicamente ao nosso Fiador Nacional dos direitos dos reclusos a conversão da pena em o da morte (a notícia pode ser lida em www.lastampa.it, 12 de abril de 2017).

Na verdade, a decisão de Hutchinson não continha conteúdo inovador na jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo sobre o assunto (para uma síntese comentário claro sobre a sentença, c. P. Bernardini, *As múltiplas faces de compaixão: a Grande Câmara do Tribunal de Estrasburgo aceita as explicações dos juízes ingleses em matéria de prisão perpétua sem possibilidade de libertação antecipada*, em *Direito Penal Contemporâneo*, 11 de abril de 2017), que - como é bem sabido - é atestado na compatibilidade convencional da sentença perpetua-se, no entanto, com a condição de que a possibilidade de libertação antecipada seja prevista e disciplinada, com certas modalidades, quando já não existirem os motivos “penológicos” para uma reclusão legítima (como conhecida, a posição dos juízes de Estrasburgo encontrou expressão no Tribunal EDU, Vinter e outros c. Reino Unido [GC], 66069/09, 130/10 e 3896/10, 9 Julho de 2013, em que ver F. Viganò, *prisão perpétua sem esperança de liberdade condicional e artigo 3.º da CEDH: (poucas) luzes e (muitas) sombras em dois recentes acórdãos do Tribunal de Estrasburgo*, no *Jornal da Associação Italiana de Constitucionalistas*, 4 de julho de 2012). Apesar de tudo, talvez se possa dizer que a pena perpétua, ainda que potencialmente, continua a ser altamente problemática em relação ao princípio humanitário: se isso é verdade, como consequência, surge uma espécie de obrigação moral para o Tribunal de Estrasburgo de manter a posição mais

clara e firme sobre este ponto possível. Se em si a instituição da prisão perpétua é convencionalmente problemática, qualquer hesitação em exigir o cumprimento das condições de sua legitimidade convencional pode soar como uma concessão à onda populista-repressiva tão perigosa para os direitos humanos.

A segunda preocupação particular desta decisão foi amplamente destacada pela opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque (à qual aderiu o Juiz Sajó). É um perfil muito fundamental que até diz respeito à estrutura das relações entre o direito convencional, conforme consubstanciado na jurisprudência do Tribunal, e na lei interior; mais especificamente, este perfil relaciona-se com as formas pelas quais é possível considerar legitimamente garantida a penetração efetiva dos princípios do CEDU nos ordenamentos jurídicos nacionais. O tema obviamente se encaixa naquele mais geral e hoje extraordinariamente debatido nas relações entre soberanias penais dos Estados e do sistema CEDH: um problema candente, que registra uma tendência generalizada de resistir às limitações cada vez mais significativas da soberania exigidas pelo Tribunal de Estrasburgo com a evolução de sua jurisprudência (ver basicamente A. Bernardi, *Criminal soberania entre o Estado e o Conselho da Europa*, Nápoles, 2019; menos recentemente, mas efetivamente F. Viganò, *Convenção Europeia de Direitos do Homem e da resistência nacionalista: Tribunal Constitucional e Tribunal Italiano de Estrasburgo entre a “guerra” e o diálogo*, in *Contemporary Criminal Law*, 14 de julho de 2014). No amplo parecer dissidente do juiz Pinto de Albuquerque quase podemos encontrar um tratado que, partindo de uma análise atenta das complexas relações entre o sistema convencional da CEDH e as ordens jurídicas nacionais, entrelaçadas de limites, contra-limites, condições, examina o destino dessas relações, fortemente comprometido por quaisquer insuficiências excessivas que o Tribunal tenha de demonstrar. Como, de fato, parece ter acontecido com a sentença de Hutchinson.

2. O escritor pode expressar sua crença na compatibilidade convencional da pena perpétua. Como sabemos, o Tribunal Europeu consolidou a jurisprudência segundo a qual a prisão perpétua como tal, não é incompatível com o Artigo 3 da CEDH, mas apenas se e enquanto *de jure e de facto* comporte uma detenção inevitavelmente perpétua. Por outro lado, é legítimo quando sua perpetuidade é potencial, por assim dizer virtual. O que obviamente não significa que a prisão perpétua não possa ser de fato, concretamente, verdadeiramente perpétua. Bem, esta perpetuidade de fato é aceita pelo Tribunal, quando o objetivo de reabilitação do infrator foi perdido e, portanto, ele continua a ser perigoso.

Agora, é claro, a única coisa que nos escapa é essa posição singular, que se baseia na distinção entre perpetuidade efetiva e perpetuidade potencial, é talvez a única solução que, por um lado, não se pretende rejeitada violentamente pelos estados que prevêm essa pena e, por outro, permite uma redução substancial da

pena perpétua em tendencial harmonia com o princípio reeducativo. Mas permanece a necessidade de avaliar a compatibilidade com o sistema convencional também de perpetuidade em termos concretos: prisão perpétua, porque o agressor permaneceu insensível ao trabalho de reabilitação (como foi realizado? por quem? com quais métodos e quais chances reais de sucesso?), mantém o caráter de uma punição não desumana? Parece-nos que, para além da aflição intrínseca de um castigo concretamente perpétuo, há pelo menos duas razões para duvidar (ver F. Palazzo, *About AA.VV, The right to hope*, cit., in *Rivista Lei e Processo Penal Italiano* 2019, p. 2207 e segs.).

Em primeiro lugar, uma sentença que modifique sua duração em termos concretos inteiramente sobre o (persistente) perigo do condenado não é mais realmente uma pena, mas uma medida de segurança, uma medida de profilaxia individual que, aplicada a sujeitos saudáveis e maduros e, portanto, “responsáveis”, contrasta com o princípio da dignidade, superior ao mesmo princípio reeducativo. Não há dúvida, parece-nos, que inspirar a funcionalidade de uma sanção exclusivamente às necessidades de profilaxia significa em essência, aderir a uma visão do homem que delinque muito longe do quadro humanístico delineado pela CEDH.

Em segundo lugar, nem mesmo querendo entrar na ordem das ideias expressas, parece não haver dúvida de que a pena perpétua concreta viola o princípio da dignidade sob outro perfil não menos relevante. Olhando mais de perto, de fato, a sentença de prisão perpétua não é proporcional à gravidade da ofensa, uma vez que não é predeterminada por lei: a dose efetiva de dor administrada ao condenado passa a depender, na realidade, da duração de sua vida. Tampouco se deve dizer que a proporção se estabelece como “medida perpétua” da pena, pois tal raciocínio seria completamente abstrato e conceitual, muito longe do pragmatismo de sentença que tão felizmente caracteriza a jurisprudência da Corte.

3. Fechado o parêntese, agora é necessário parar rapidamente sobre o conjunto de condições que a jurisprudência da Corte vem elaborando ao delinear a fisionomia normativa da (única) sentença potencialmente perpétua (TEDH, *Vinter e outros c. Reino Unido*, cit.; *Murray c. Holanda* [GC], 10511/10, 26 de abril de 2016; *Hutchinson c. REINO UNIDO*, cit.). Os requisitos com os quais a possibilidade de revisão deve ser regida a sentença e a liberação do infrator são de vários tipos: cronológico, substantivo, processual e jurídico. Não há necessidade de examinar esses requisitos em detalhes aqui. Basta lembrar aqui como, em primeiro lugar, a margem de apreciação reconhecida pelos Estados é decididamente reduzida. Trata-se essencialmente do prazo antes do termo do qual o pedido de revisão não é possível, que, além disso, é “sugerido” em vinte e cinco anos com base nas ações que podem ser obtidas na legislação da maioria dos estados. Assim como certa margem de apreciação é reconhecida na opção da

natureza administrativa ou judicial do órgão competente pela fiscalização, desde que, no entanto, no primeiro caso, esteja prevista a revisão judicial.

Em segundo lugar, as razões substantivas para a revisão e liberação não podem consistir apenas em razões “humanitárias” genéricas e limitadas mas devem se estender às funções da pena em sua totalidade, mesmo que com uma clara prevalência a ser atribuída à reeducação do agressor.

Por último, é determinante o requisito da legalidade com que devam ser previstas as condições de um reexame: uma legalidade necessária não só para garantir a necessidade geral de “segurança jurídica”, mas também para permitir ao condenado saber de antemão o que é necessário para se aspirar ao reexame e à liberdade. Este é um requisito particularmente significativo, uma vez que é diretamente funcional para o desenvolvimento o compromisso do sujeito com a reeducação e, portanto, indiretamente instrumental na limitação da perpetuidade de fato da pena. E então, este requisito de legalidade - subespécie de previsibilidade real, efetiva a partir de parte dos condenados - não pode deixar de refletir sobre as modalidades técnicas com que o sistema nacional dá forma jurídica às verdadeiras “prescrições” formuladas pela jurisprudência de Estrasburgo. Obviamente, requisitos muito rigorosos para os três tipos de motivos resumidos aqui: modesta margem de apreciação, várias razões para a revisão, forte necessidade de precisão regulatória. Estas são as condições na presença das quais o Tribunal considera que pode circunscrever a legitimidade da sua sentença. Uma flexibilização dessas condições - pelos estados ou mesmo por parte do Tribunal - colocaria em risco a legitimidade da prisão perpétua, já no limite de sua aceitabilidade.

4. O voto dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque pressupõe tudo isto e diz respeito precisamente à relação entre estas rigorosas condições estabelecidas por Estrasburgo e a possibilidade da sua incorporação efetiva no sistema jurídico do Reino Unido. As grandes preocupações do juiz dissidente concernem, de fato, aos mecanismos de recepção perfilado pelo Reino Unido, essencialmente através da referência ao acórdão McLoughlin (ver Court of Appeal (Criminal Division), R. ver Ian McLoughlin e R. ver Lee William Newell, 18 de fevereiro de 2014, casos nº 2013/5646 / A7 e 2013/5317 / A5), e aceito pelo Tribunal. A ponto de fazê-lo dizer que a decisão de Hutchinson pode colocar em jogo o futuro destino do Sistema ECHR.

Claro que a premissa dessa preocupação está no fato de que o julgamento do Tribunal de Estrasburgo é cada vez mais um julgamento que, a partir do fato concreto em que se materializa a violação, se estende a uma regra em abstrato incompatível com o marco regulatório delineado pelo direito jurisprudencial do Tribunal. E é, claro, nesta segunda perspectiva que se coloca o problema, não tanto da execução da sentença no sistema jurídico nacional, mas muito mais

complexo da adaptação deste último ao direito europeu, inclusive mesmo para os sistemas jurídicos nacionais que não tenham sido parte no processo judicial perante o Tribunal de Justiça. Bem, existem essencialmente dois mecanismos de recepção: legislativo e judicial.

Deixando de lado o ajuste legislativo em que o estado basicamente mantém sua soberania forte, muito mais problemática é o ajuste por meio dos tribunais (ver V. Manes, *O juiz no labirinto. Perfis das interseções entre direito penal e fontes supranacionais*, Roma, 2012): aqui, de fato, ocorre uma influência da lei convencional no sistema doméstico sem mediação política. Por sua vez, a regularização judicial pode ser realizada de forma centralizada por meio de declaração de inconstitucionalidade da norma interna incompatível com a convencional, ou mais disseminado por juízes comuns: ou por aplicação direta da regra convencional (se for considerada possível e, em qualquer caso, diferente da legislação da União Europeia) ou por meio de uma interpretação conforme pelos juízes comuns.

Ambas as formas têm efeitos potencialmente perturbadores na ordem, especialmente na premissa de uma concepção dualista das relações entre os dois sistemas. A dinâmica real desses mecanismos de ajuste não pode, portanto, deixar de ser afetada pelo clima que gera o caminho atual em grande parte da Europa, incluindo a Itália, por fortes ventos de soberania, senão nacionalismo. É contra este clima geral que se olha o voto dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque quando, no seu exame geral, faz críticas estritas às várias “estacas” que os tribunais constitucionais dos vários Estados impõem às obrigações de ajustamento. Assim, no que diz respeito à Itália em particular, sabe-se que o nosso Tribunal Constitucional chegou a elaborar pelo menos dois limites particularmente significativos questionados pelo juiz dissidente. O primeiro diz respeito à exigência de “direito consolidado” de que a jurisprudência de Tribunal de Estrasburgo deva possuir a fim de atuar como uma referência (interposto) de legitimidade constitucional de normas internas (Tribunal Constitucional, sentença de 14 de janeiro de 2014, n. 49). O segundo limite diz respeito ao grau reconhecido na fonte convencional em comparação com as internas: assumindo que, em linha geral, a primeira pode constituir um parâmetro de constitucionalidade do regimento interno ordinário, esta eficácia está, porém, subordinada a uma verificação prévia da compatibilidade do dispositivo convencional com a nossa Constituição, de modo que fica radicalmente excluído que a CEDH - na interpretação dada por Estrasburgo - possa prevalecer sobre a Constituição (como em vez do TEDH, *Baka c. Hungria* [GC], 20261/12, 13 de junho de 2016; o Tribunal Constitucional já havia manifestado sua resistência com as sentenças gêmeas n. 347 e n. 348 de 24 de outubro de 2007. E ainda mais genericamente, reserva-se o direito de sujeitar o princípio ou regra convencional a um “equilíbrio” na ponderação com outros interesses ou va-

lores “internos”: cf. Tribunal Constitucional, 19 de novembro de 2012, n. 264). E no momento parece muito difícil para o Estado italiano, pela boca do Tribunal Constitucional, remover esses limites à influência da jurisprudência CEDH no nível abstrato de nosso sistema regulatório.

5. O núcleo central e altamente inovador da opinião divergente centra-se, em particular, na adaptação por meio de interpretação conforme as regras convencionais interpretadas e especificadas por Strasburgo. A interpretação conforme foi o argumento com o qual o Reino Unido se aproveitou no caso *Hutchinson* para argumentar a inexistência de violação convencional. A disciplina interna inglesa (e a praxis) é evidentemente altamente restritiva no que diz respeito às possibilidades de libertação do recluso à pena perpétua reconhecida em pormenor pelo lei convencional conforme desenvolvido pelo julgamento *Vinter* (e outros posteriormente) e totalmente confirmada pelo julgamento *Hutchinson*. No entanto, o Reino Unido argumentou que, nos termos da Lei de Direitos Humanos de 1998, que obriga juízes ingleses e autoridades públicas a interpretar convencionalmente em conformidade com as regras internas, a disciplina da pena perpétua seria totalmente adaptada por meio de interpretação – segundo a tradição do direito consuetudinário inglês - às exigências de Estrasburgo. E a decisão *McLoughlin* não deixaria de explicar tudo isto, dissipando assim o mal-entendido em que *Vinter* teria caído justamente em função dos mecanismos dinâmicos e flexíveis de adaptação característicos do sistema jurídico inglês.

Com base nestas premissas, o Juiz Pinto de Albuquerque aborda sua divergência precisamente sobre o instrumento da interpretação conforme, que é o mecanismo adequado para dar real implementação interna ao conteúdo do Acórdão de Estrasburgo. A crítica do juiz dissidente acabou sendo de extremo interesse também porque insinua algumas dúvidas mais do que justificadas naquele método geralmente apreciado de interpretação e ajuste qual é a interpretação conforme (veja o grande volume coletivo editado por A. Bernardi, *A interpretação conforme a legislação da União Europeia. Perfil e limites de uma restrição problemática*, Nápoles, 2015, bem como, em particular, o ensaio introdutório do editor, *Nos meandros da interpretação conforme com o direito da União Europeia*; F. Viganò, *o juiz criminal e a interpretação conforme com as normas supranacionais*, in P. Corso, E. Zanetti (editado por), *Studies in honor of M. Pisani*, Piacenza, 2010, p. 617 e seguintes; R. Apra ti, *O “protocolo” da interpretação convencionalmente orientada*, em *Criminal Fund* 2015, p. 3902 ff. Orientação crítica expressa em geral para a interpretação conforme é a de M. Luciani, *Interpretação em conformidade com a Constituição*, em *Encyclopedia of Law - Annals*, vol. IX, Mila nº, 2016, p. 391 e segs.).

Na verdade, a interpretação conforme é geralmente vista como uma ferramenta preciosa para permitir a penetração capilar de valores mais elevados -

européus e constitucionais - no tecido vivo do sistema jurídico, sem necessidade de ativar e aguardar as intervenções mais traumáticas, e por vezes incertas, do Tribunal Constitucional: um instrumento, portanto, progressivo e de grande vitalidade do sistema jurídico. Bem, opiniões divergentes derrubam radicalmente esta perspectiva, acreditando que pode constituir um meio auxiliar de, por um lado, esvaziar a eficácia dos acórdãos de Estrasburgo da sua eficácia, devolvendo amplamente aos tribunais nacionais a implementação da CEDH e, por outro lado, a libertação dos órgãos legislativos nacionais da obrigação internacional de assegurar a efetiva adaptação da legislação ao direito convencional. Este perigo é particularmente evidente quando a disciplina emergente dos julgamentos de Estrasburgo é, como no caso de prisão perpétua, particularmente detalhada, de forma a não deixar grandes espaços para uma adaptação flexível, pois é por natureza que em forma interpretativa.

A forte dissidência do Juiz Pinto de Albuquerque em relação ao cumprimento da decisão de Hutchinson contra a interpretação conforme surge da consciência dos intrínsecos limites desta última. Na verdade, a interpretação conforme é tem pelo menos dois grandes limites, que implicam a atribuição ao tribunal nacional de um tal papel de liderança na regulação da relação entre o direito interno e o direito convencional para se provar politicamente questionável, se não inaceitável, para a correção desses relatórios.

Em primeiro lugar, o constrangimento ao texto literal da disposição a interpretar em conformidade está, por um lado, sempre sujeito à incerteza linguística da sua identificação rigorosa e, por outro lado, sempre sujeito ao risco de considerável forçamento por parte do juiz inclinado a obter “a cada custo” o resultado interpretativo compatível.

Em segundo lugar, também o parâmetro (constitucional ou convencional) a conformidade certamente não torna a operação interpretativa linear e segura. Se for um parâmetro formulado em termos de um princípio geral, é claro que o juiz está sobrecarregado com uma tarefa árdua em grande parte discricionária para concretizar esse parâmetro no que diz respeito às necessidades de disciplina do caso específico. Se, por outro lado, o parâmetro de conformidade é formulado em termos suficientemente precisos e detalhados (como está em Jurisprudência do TEDH sobre pena perpétua), torna-se mais difícil “enquadrar a regra de referência” com a interna a ser interpretada, uma vez que a restrição textual será sentida de forma mais vigorosa com a consequência de tornar a coordenação entre as duas regras mais problemática e incerta: e isso é o que aconteceu no caso Hutchinson e que talvez tenha sido um pouco apressadamente ignorado pela sentença McLoughlin.

Tudo isso, portanto, alimenta uma margem de incerteza no recurso à interpretação conforme, tão ampla que acaba colocando de volta o último quase à

mercê das inclinações do juiz: e este não só no que diz respeito aos resultados da operação interpretativa, mas ainda mais cedo no que diz respeito à opção pela mesma praticabilidade dessa operação hermenêutica. Portanto, é bem compreendida a preocupação de contar com o instrumento da interpretação conforme para garantir a penetração dos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos nacionais pode comprometer o próprio futuro, se não a sobrevivência do Sistema ECHR.

A desconfiança motivada da interpretação conforme tem uma dupla consequência final. Por um lado, no nível do caso julgado, é claro que a suposta inadequação da interpretação conforme com a aplicação das regras da Vinter deveria ter levado o Tribunal a reconhecer a violação também em Hutchinson, considerando a “explicação” não decisiva fornecida por McLoughlin. Por outro lado, e em nível geral, visto que se trata obviamente de uma violação do “sistema”, uma alternativa ainda está disponível no recebimento: ou olhamos para uma adaptação judicial da disciplina sistema interno incompatível, mas levando em consideração quaisquer limites intermediários pela arquitetura constitucional do estado; ou acredita-se que os estados devem ser principalmente os destinatários de uma obrigação convencional de adaptação legislativa de sua disciplina às regras de Vinter como reiterado por Hutchinson. O não cumprimento desta última obrigação convencional abriria o espinhoso problema das sanções internacionais a serem aplicadas em caso de descumprimento prolongado por parte do legislador. Uma perspectiva que colide com o vento soberano que sopra agora na Europa, o resultado de uma possível colisão é incerto. O que é certo é que o caminho da interpretação conforme acaba sendo um *comodus discessus* para todos, mas nem sempre saudável para o sistema da CEDH.

* * *

NO “BURACO NEGRO LEGAL” DO G.I.E.M. A EFICÁCIA DA GARANTIA PASSA A SER A SUBSTÂNCIA DO RESULTADO

ANTONINO PULVIRENTI

O voto dissidente de Pinto De Albuquerque anexado ao Tribunal EDU, G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália, 1828/06, 34163/07 e 19029/11, 28 de junho de 2018 (para uma análise completa da sentença, ver G. Civello, La sentenza GIEM srl e outros c. Itália: um retrocesso em relação à sentença “Varvara”? Novamente sobre a relação entre prescrição e confisco urbano, em Arquivos Criminais 2018, 3; A. Dello Russo, E. Addante, Questões de confisco e prescrição: a necessidade de condenação (ainda que não transitada em julgado), em Arquivo Criminal 2018, 2; A. Galluccio, Confisco sem convicção, princípio de culpa, participação

da entidade no julgamento: a aguardada sentença do Tribunal de Justiça de Edu, Grande Câmara, no planejamento urbano, no Direito Penal Contemporâneo, Revista Trimestral 2018, 7/8, p. 221 e seguintes; C. Minnella, incompatível com a CEDH o confisco urbano para a entidade ou pessoa que não seja parte do processo, no Guia da Lei 2018, p. 13 ff.; G. Ranaldi, confisco urbano sem condenação e prescrição do crime: questões sobre os recursos processuais acionável, depois que a Grande Câmara delineou um equilíbrio “possível”, em Arquivos Criminais 2018, 3; e, se desejado, M. Lo Giudice, A. Pulvirenti, Prescrição, confisco e julgamento no G.I.E.M. e outros c. Itália. A) Perfis substanciais. B) Os perfis processuais, em Julgamento penal e justiça 2019, p. 122 ss.), para além da vivacidade estilística que o distingue e que, apesar da complexidade dos conteúdos, o torna bastante agradável de ler, é surpreendente, em primeiro lugar, pela capacidade preditiva de seu Autor. Além disso, de fato, ele parece temer o que, logo após a pronúncia europeia, verificou-se pontualmente no nosso ordenamento jurídico, ou seja, que o estatuto jurídico do confisco se tornou cada vez mais incerto e prenúncio de confusão, de forma a comprometer ainda mais a já comprometida previsibilidade das condições e efeitos desta medida (cf. o parecer parcialmente concorrente e parcialmente divergente do Juiz Pinto de Albuquerque que no acórdão GIEMsrl e outros c. Itália, cit., § 30; a expressão “hole legal black” a que se refere o título desta contribuição).

Tendo sido estabelecida a compatibilidade entre a aplicação do confisco e uma declaração não formal de apuração da responsabilidade relativa abriu definitivamente para a “convicção substancial” das portas do sistema de julgamento criminal italiano, com potencial de difusão que vai muito além do escopo limitado (o confisco urbano sobre o assunto de subdivisão ilegal) que foi “legitimado” pelos tribunais de Estrasburgo. O fenômeno – isso deve ser especificado - tornou-se dupla face no sentido de que a institucionalização da sentença de absolvição formal, mas substancialmente prejudicial ao acusado, determinou, para este último, também a elaboração jurisprudencial dos efeitos favoráveis. Por fim, a referência vai para aquela parada máxima Corte de Cassação Criminal com a qual foi admitida a revisão da sentença de absolvição contendo a sentença a compensação por danos em benefício da parte civil (ver Cass., Seção Un.pen., 25 de outubro de 2018, n. 6141, no Fórum Italiano 2018, II, c. 137, com nota de G. M. Baccari, Sobre o assunto da revisão criminal, *ibid.*, C. 155; e no Supremo Tribunal Federal, sob pena de 2019, p. 3446, com nota de C. Trabace, Outra brecha no muro do processo penal: é admissível a revisão da sentença que, ao declarar o crime extinto por prescrição, confirmou os estatutos civis), na esteira de um precedente das mesmas Seções Unidas que, em relação a uma semelhante neste caso, eles já haviam considerado a admissibilidade de outro recurso extraordinário, ou seja, o recurso de cassação por erro material ou feito na forma do Artigo 625-bis c.p.

(ver Tribunal de Cassação, Seção Penal Un., 21 de junho de 2012, no. 28719, no Fórum Italiano, 2014, I, c. 60, com nota de V. Campilongo, Sobre o tema recurso extraordinário para correção de erros materiais ou factuais e assuntos legitimado, nele, c. 66 ss., Que considerou “legitimado para a proposição de recurso extraordinário, nos termos do Artigo 625-bis do Código Penal, também o acusado condenado à indenização por danos apenas a favor da parte civil, que alega erro de fato na decisão do Tribunal de Cassação relativa ao capítulo relativo às decisões civis, devido à identidade ontológica de direitos processuais entre o processo penal e a ação civil “).

Um fato une todas essas ações de “cirurgia” interpretativa: a ideia de poder manipular o elemento textual de uma disposição legislativa vai em nome de requisitos de proteção substanciais. Em outras palavras, é assim que a “condenação” deixa de ser parte integrante de um binômio indissolúvel com a declaração formal de culpa; que o julgamento criminal assume uma natureza multifacetada, pronta para desempenhar repentinamente funções próprias de outros setores do sistema jurídico. A assim chamada “Hermenêutica da luta” (cf. M. Pascotto, Confisco e prescrição do crime de loteamento ilegal: o usual questões jurisprudenciais e os perigos para a presunção de inocência, no Direito criminal e julgamento de 2008, p. 786) produz um contraste patológico entre garantias formais e substanciais, como se as primeiras não fossem elas mesmas expressão e instrumento de valor tangível. Em virtude disso, é reivindicado que a presunção de inocência mantém sua integridade interna de uma sentença dupla, que assume o disfarce de absolvição, mas o corpo da sentença; de uma decisão judicial onde a falta de responsabilidade criminal e apuração do fato-crime torna-se, pelo menos na percepção do associado médio, uma miscelânea indestrutível.

Para que essa presunção seja respeitada, não é mais necessário que, após a extinção do crime, o processo seja encerrado e o juiz se abstenha de qualquer decisão que implique responsabilidade criminal do arguido, uma vez que apenas assinala que tal responsabilidade, uma vez apurada com as garantias de um julgamento justo, não é formalmente declarada. A responsabilidade “apurada mas não declarada” constitui o pré-requisito para legitimar a adoção de medidas outras que não a sanção privativa, independentemente do fato de que podem ser formalmente qualificados como penalidades. Que - é reiterado - a fim de satisfazer as necessidades de proteção de bens jurídicos que o ordenamento jurídico considere dignos de proteção além da jurisdição criminal (pense no enriquecimento indevido que o ladrão derivaria da manutenção de um ativo que ele não possui ou legítimo proprietário ou ao impacto que teria no planejamento urbano falha em demolir um complexo de edifícios construído ilegalmente) e, portanto, mesmo após a prescrição do delito. Mas isso é exatamente o que a “ficção jurídica da sentença” (assim Pinto De Al buquerque, no § 32 do seu parecer no G.I.E.M.,

define a “declaração de responsabilidade substancial” elaborada pelo Tribunal Constitucional Italiano na sentença no. 49 de 14 de janeiro de 2015, e endossado pelo Grande Câmara do Tribunal Europeu, apontando como contradiz “A própria essência da proibição da analogia em detrimento da pessoa em questão, que está no cerne do princípio da legalidade (*nulla poena sine lege sure, stricta*)”) percebe a mais evidente “exploração do sistema de justiça criminal para fins de mera política administrativa” (ibid., § 27).

Esse processo, de fato, cujo funcionamento, consistente com o personagem de *extrema ratio* da sanção penal, deve ser concebido como de tudo residual, torna-se o instrumento comum, mesmo privilegiado de proteção de bens jurídicos. Já não exprime a necessidade absoluta de intervir onde os outros setores do sistema jurídico não se afiguram adequados para o fazer, mas torna-se a forma de atingir os objetivos mais rapidamente do que bem poderia ser processado em outro lugar (civil, administrativo, legislação tributária, etc.). O fator tempo assume o posto de princípio dominante, em nome de quem a certeza jurídica é sacrificada e a previsibilidade que dela deveria derivar é comprimida.

O medo que transparece da opinião divergente no comentário - isto é aquele segundo o qual a decisão da Grande Câmara teria sido possível resultar em mais confusão na aplicação de um instituto que já é assim tão incerto e fragmentado quanto o confisco (tanto que foi definido como uma instituição “constitucionalmente apátrida” por V. Manes, O último imperativo de política criminal: *nullum crimen sine confiscatione*, na revista italiana de direito e processo penal 2015, p. 1259) - não demorou muito para receber as confirmações, tanto na questão específica do loteamento ilegal como fora dele.

Na primeira direção, os juízes de legitimidade, em suas mais autoritárias composições, estabeleceram que a possibilidade, para o juiz do recurso, para declarar a prescrição e também decidir sobre o confisco urbano “não pode implicar (...) que a sentença de primeiro grau, uma vez que o prazo de prescrição tenha ocorrido e o fato ainda não tenha sido apurado, pode, em qualquer caso, continuar para tais fins de avaliação apenas “(ver Tribunal de Cassação, Seção UMA. pen., 30 de janeiro de 2020, n. 13539, em www.processopenalegiustizia.it, 5 Maio de 2020; para um estudo aprofundado dos princípios de direito enunciados na decisão em questão, consulte A. Dello Russo, E. Addante, Prescrição e confisco de terras ilegalmente parceladas: a intervenção das Seções Unidas parece restaurar os equilíbrios constitucionais, no Arquivo Criminal de 2020, 2).

Uma vez que não há disposição cuja redação seja no sentido de uma “Obrigação de proceder à avaliação apesar da prescrição já acumulada” (não pode ser considerada como a prevista no Artigo 44º do Decreto Presidencial de 6 de Junho 2001, n. 380) e, na mesma direção, “nenhuma referência específica seria

possível encontrar na jurisprudência do TEDH, que nunca caiu para avaliar os aspectos puramente procedimentais que acabamos de mencionar “, o confisco do parcelamento pode ser ordenado pelo tribunal de primeira instância somente após a ocorrência de uma condição: “onde, antes do tempo de decorrido o prazo de prescrição, o facto da subdivisão nas suas componentes objetiva e subjetiva foi, em todo o caso, já verificado de forma contraditória entre as partes”. Assim estatuinto, as Seções Unidas contradizem aquela abordagem jurisprudencial anterior que havia considerado recessiva em princípio geral da obrigação de declaração imediata de um caso extinção do crime de que trata o Artigo 129 C.P. com respeito à “obrigação coexistente de avaliação “constante do Artigo 44 do Decreto Presidencial n. 380/2001 (ver, por tudo, Cass. caneta., Seção III, 25 de junho de 2018, n. 43630, no Tribunal de Cassação, n. 274196, sendo o único limite constituído pela extinção anterior o exercício da ação penal; Cass. caneta., Seção III, 19 de maio de 2016, n. 35313, no Cassation Ced, n. 267534. Sobre a extensão do princípio agora afirmado por Cass. n. 13539/2020, cit., Aos recursos e aos modalidades com as quais o mesmo deve operar em relação ao meio de recurso - recurso ou cassação - e conteúdo da medida impugnada - absolvição ou condenação - cf. A. Bassi, Confisco ur banística e prescrição do crime: as Secções conjuntas acrescentam um novo imposto à disciplina processual da matéria, in *Criminal System* 2020, 5, pp. 299-301).

Uma conclusão, das Seções Unidas, que, além das aparências, não nega a lógica da eficiência mencionada acima (é formulado abertamente para proteger a “razoável duração do processo”, como um “interesse fundamental de natureza constitucional ... que não pode ser considerado a priori de categoria inferior aos outros interesses ainda que apreciáveis “e que, prossegue a sentença, sejam” em todo o caso, sempre protegíveis”, quando se considerar que, na ausência de” preconceito penal “, a intervenção sancionatória do juiz penal implementada pelo confisco” é de uma ordem puramente residual ... e não interfere, portanto, nem se sobrepõe ao poder autônomo atribuído principalmente à autoridade administrativa pelo Artigo 30 d.p.r. n. 380 de 2001 “) e cujo operação está vinculada a uma “bacia hidrográfica” apta a apurar diferenças de aplicação, visto que, por um lado, a identificação do mínimo evidências suficientes para acreditar que a avaliação do fato da subdivisão é, rebus sic stantibus, configurável e que, conseqüentemente, a investigação do julgamento deve continuar, é deixada ao critério do juiz (o medo que esmagadoramente traz à tona a validade da advertência contida no parecer dissidente de Pinto De Albuquerque de que a declaração de responsabilidade “substancial” é “um cheque em branco que permite aos tribunais nacionais agirem como desejarem”); E, por outro lado, a precedência daquele momento no que diz respeito ao amadurecimento da prescrição está ligada a um fator totalmente contingente, que é o tempo com o qual o único processo avança.

Na segunda das direções descritas acima, a Seção Criminal V da Cassação, com um argumento que também inclui o G.I.E.M. c. Itália, referiu às Seções Unidas a questão relativa à “legitimidade ou menos do que o confisco direto facultativo do lucro do crime, nos termos do Artigo 240, parágrafo 1, do Código Penal italiano, na presença de prescrição, ainda que aplicável seguir uma condenação de primeiro grau “; ou, em outras palavras, para “confiscar opcional citado pressupõe ou não um julgamento formal de condenação ou, em vez disso, se o mesmo pode simplesmente acessar uma avaliação completa pelo juiz do mérito no que diz respeito ao perfil subjetivo e objetivo do crime de referência, avaliação que pode ser reiterada também em uma sentença de absolvição por prescrição “(cfr. Cass. caneta., Seção V, 12 de fevereiro de 2020, n. 7881, no Sistema Criminal, 9 de março de 2020, com nota de E. Florio, Às Seções Conjuntas a questão relativa à aplicabilidade do confisco facultativo nos termos do Artigo 240 co. 1 c.p. em caso de absolvição devido à prescrição).

Desta forma, a sentença G.I.E.M., embora diga respeito a uma hipótese diferente de confisco, corre o risco de interferir indiretamente com o longo processo hermenêutico das Seções Criminais Unidas sobre o pré-requisito jurisdicional de confisco nos termos do Artigo 240 do Código Penal, que começou com a sentença Carlea de 1993 e concluiu com a decisão Lucci de 2015. Um caminho de que a decisão europeia confirma o núcleo fundamental (o binômio confisco-prescrição) e facilita - talvez involuntariamente - uma nova reabertura em termos extensos.

Como se sabe, o processo exegético em questão começa a partir de uma fase na qual as Seções Unidas excluem a possibilidade de ordenar o confisco opcional nos termos do Artigo 240, parágrafo 1, c.p. (“Das coisas que serviram ou foram destinadas para cometer o crime, e das coisas que são seu produto ou lucro “) ao mesmo tempo que a declaração de extinção do crime por prescrição, devido à incompatibilidade dos achados com os limites cognitivos “Inerente à situação processual e decorrente da extinção” (o chamado julgamento Carlea; ver Cass., Seção Criminal, 25 de março de 1993, n. 5, in *Giu resprudenza italiana* 1994, II, c. 575 ss.); continua com uma fase em que o mesmas Seções Unidas (desta vez com referência ao confisco obrigatório, ex Artigo 240, parágrafo 2, n. 1, c.p., das “coisas que compõem o preço de crime “), ao mesmo tempo que confirma a referida incompatibilidade, denuncia o contraste com o princípio da efetividade da proteção dos bens jurídicos e convida o legislador a tomar medidas para remediar esta situação (o denominado *De Mas eu*; cf. Cass., Seção UMA. pen., 15 de outubro de 2008, n. 38834, no Supremo Tribunal Federal criminal 2009, p. 1392, com nota de P. Ielo, *Confisco e prescrição: nova revisão das Seções conjuntas*; e no *Guia de Lei* 2008, 44, p. 74, com uma nota de A. Natalini, *O longo parêntese sobre os poderes do juiz parece uma advertência velada para Legislador*, *ibid.*, P.

77 ff. Sobre o assunto, ver *amplius*, M. Panzarasa, *Confisca sem convicção? Um estudo de lege lata e de iure condendo sobre os pressupostos processual da aplicação do confisco*, in *Italian Review of Law and Criminal Procedure* 2010, p. 1672 e seguintes); e fecha com a postura da reunião máxima do Supremo Tribunal Federal com o objetivo de elevar o nomeador da medida de segurança patrimonial obrigatória a um mínimo comum (relativo, isto é, tanto ao preço do crime como ao lucro nos casos especiais previstos pelo legislador) o princípio segundo o qual o pressuposto da pena deve ser considerado fungível com o de apuração de responsabilidade contida em uma absolvição para prescrição (a chamada sentença Lucci; cf. Cass., Seção UMA. pen., 26 de junho de 2015, n. 31617, na Vara Criminal de Cassação 2016, p. 1362, com nota de F. Lumino, *O confisco do preço ou do lucro do crime no caso de prescrição*. Este processo jurisprudencial chegou às conclusões a que chegaram, à luz do G.I.E.M. podemos referir-nos a A. Pulvirenti, *A difícil combinação do Artigo 578- bis c.p.p. com a “decisão Giem” do Tribunal Europeu entre contratempos hermenêuticos e hipóteses de elevação do nível (interno) de proteção*, no Arquivo penal 2019, 2).

Bem, agora existe uma possibilidade concreta de que este caminho tortuoso seja “Reativado” pelas Seções Unidas com a extensão ao confisco opcional referido no Artigo 240, parágrafo 1, C.P. dos princípios desenvolvidos pela decisão Lucci para a hipótese de confisco obrigatório e, portanto, com mais um sacrifício do princípio da estrita legalidade para o pleno benefício da hermenêutica de resultado.

Independentemente de como as Seções Unidas resolvam o assunto, verifica-se que na jurisprudência italiana existe uma tendência a extrapolar a partir do G.I.E.M. da Grande Câmara, um conceito de significado geral, aplicável a qualquer forma de confisco atribuível a um processo penal (deve, no entanto, ser especificado que esta tendência não é no despacho do Supremo Tribunal que remeteu às Seções Unidas a questão relativa à extensibilidade dos princípios expressos pela decisão Lucci para confisco opcional nos termos do Artigo 240, parágrafo 1, C.P., desde que, de fato, referindo-se à tese jurisprudencial que atribui “caráter geral” e “caráter sistemático” à citada decisão das Seções Unidas, afirma duvidar “fortemente” de sua “legitimidade”): a extinção do crime, pela prescrição ocorrida, não inibe a avaliação destinada apenas à aplicação do confisco, desde que seja plenamente garantido ao arguido o “direito a julgamento”. Este último - entendido como uma apuração completa dos elementos objetivos e subjetivos do caso de um crime passa a ser - a única “substância” da garantia, perante a qual o vício de uma “declaração de condenação” acaba por constituir um supérfluo formalismo.

Não é surpreendente, então, que essa tendência à generalização já atingiu um primeiro, e provavelmente irreversível, objetivo, tendo as Seções Criminais

Unidas considerasse o texto ambíguo do Artigo 578-bis c.p. (introduzido pelo Decreto Legislativo de 1 de março de 2018, n.21, e posteriormente complementado por l. 9 de janeiro de 2019, n. 3) deve incidir sobre qualquer tipo de confisco (cfr. Cass. N. 13539/2020, cit., Onde se lê: “quaisquer que sejam os motivos que levaram o legislador a introduzir a norma em questão no código ritual, o mesmo só pode ser lido de acordo com o que contenha expressamente, em particular, não sendo capaz de não se reconhecer a referência ao confisco “previsto em outras disposições da lei”, formulada sem mais especificações, uma valência de natureza geral, capaz de também incluir nele os confiscos ordenados por fontes regulatórias estabelecidas fora do Código Penal”; e, ainda antes, embora com um *obiter dictum*, Cass. n. 6141/2018, cit.; no sentido de que, assim julgando, as Seções Unidas teriam “incorrido em nítido forçamento dos dados regulatórios”, ver A. Bassi, Confisco urbano e prescrição do crime, cit., Pp. 293-294).

Agora, é realmente difícil não pensar que tal epílogo já estava “nas cordas” da sentença G.I.E.M., não por acaso amplamente utilizada na motivação da citada prisão judicial interna. Na verdade, a decisão europeia domina as afirmações de princípio que, precisamente por causa da amplitude e generalidade, eles se prestam a serem manipulados por meio de sua abstração do caso concreto e sua extensão a diferentes casos. Uma consideração que assume particular importância, na reflexão sobre o fato de que a Grande Câmara poderia muito bem ter chegado às mesmas conclusões usando um esquema de tomada de decisão completamente diferente, isto é, enfatizando exclusivamente o caráter decisivo dos dados textuais “incriminados” (o artigo 44, parágrafo 2, do Decreto Presidencial 380/2001 não menciona a “condenação”, mas vincula o confisco a uma “atuação” não referida de outra forma forma, sendo este o teor exato da norma: “A sentença definitiva do juiz criminal que apura a existência de parcelamento ilegal, dispõe sobre o confisco de terras, parceladas ilegalmente e das obras ilegais construídas”) e a sua conseqüente compatibilidade com o princípio da legalidade/previsibilidade da sanção. O que, provavelmente, ele teria circunscrito a validade desta decisão dentro dos limites do caso em questão e não teria permitido extrapolações audaciosas de pensamento, o que, de fato, teria sido dificultado justamente pelo fato de ter que lidar com uma interpretação *stricto sensu*. Em vez disso, ele se permite ir a muito mais amplas considerações do sistema - dentro das quais o Tribunal parece tendo deliberadamente querido desconsiderar o caso concreto (quase que se representou uma simples “ocasião”) e quis esclarecer, de uma vez por todas, a “legitimidade convencional” da sentença de condenação substantiva -, dotou-se de uma extraordinária “capacidade de contágio” (expressão de V. Manes, O último imperativo, cit., p. 1265, nota 58). Verdade é que, na parte “legal”, a Grande Câmara observa preliminarmente “que os recursos em questão dizem respeito apenas à questão da compatibilidade com a Convenção

sobre o confisco sem condenação, nos termos do Artigo 18, parágrafo 1º, da l. n. 47/1985, conforme integrado no Artigo 30, parágrafo 1, da Lei Consolidada da Construção “. Mas é tão ruim quanto é, então, no corpo da sentença, encontramos inúmeras declarações de princípio expressas em termos bastante amplos, incluindo: a) Artigo 7 da CEDH “não constitui um obstáculo a certas formas de responsabilidade objetiva ao nível das presunções de responsabilidade, desde que respeitem a Convenção”; b) “Qualquer sistema jurídico prevê presunções de fato ou de direito; a Convenção não coloca obstáculos a isso em princípio, mas nesta matéria o direito penal obriga os Estados Contratantes a não exceder um certo limite brando a este respeito”, que é” ultrapassado quando uma presunção tem o efeito de privar uma pessoa de qualquer possibilidade de se esclarecer a respeito dos fatos dos quais ela é acusada, privando-a, assim, do benefício do Artigo 6 § 2 da Convenção”; c) atendimento ao Artigo 7 da CEDH “não envolve qualquer controvérsia importante deve necessariamente ser tratada no âmbito do processo penal no sentido estrito “e” o cumprimento do Artigo 6 da Convenção não exclui que, em um procedimento administrativo, uma ‘penalidade’ seja imposta principalmente por uma autoridade administrativa”; d) “devemos ter em conta, por um lado, a importância da garantia do Estado de Direito e da confiança na justiça dos pessoas submetidas a julgamento e, por outro lado, do objeto e finalidade do regime aplicado pelos tribunais italianos. A este respeito, parece que o objetivo deste regime é o combate à impunidade que decorre do fato de, devido ao efeito combinado de crimes complexos e de prescrição relativamente curta, os autores destes crimes escaparem sistematicamente à ação penal e, sobretudo, às consequências de seus crimes”; e) “se os tribunais perante o tribunal considerarem que todos os elementos existem do crime de parcelamento ilegal apesar de chegar a um não local para proceder, apenas em razão da prescrição, essas constatações, no essencial, constituem uma condenação na acepção do Artigo 7, que neste caso não é violado “.

A motivação maquiavélica de tal *modus decidendi* é que o juiz Pinto de Albuquerque seja mais amargo (ver parecer dissidente do juiz para G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália, cit., § 29, onde ele acredita que “Em alguns aspectos, esta sentença é mais um exercício de racionalidade para a finalidade do que um exercício de racionalidade para os valores”; e § 62 onde ele afirma que “infelizmente, a maioria parece enganada por uma abordagem de direito penal que apenas favorece a eficácia”). Não por engano, o juiz português aí ele vislumbra a triste reverência da Corte a uma lógica de eficiência, em virtude do qual a necessidade do resultado obscurece, a ponto de sacrificá-lo, o valor de princípio. E que é uma questão de sacrifício (ou, na melhor das hipóteses, de compromisso), ao invés de compatibilidade fisiológica, parece difícil questionar. Na verdade, não há ninguém que não veja a necessidade de uma investigação completa jurisdicional, identificado

pelo G.I.E.M. como garantia imprescindível para salvaguardar as garantias de legalidade do confisco e a presunção de inocência de quem o sofre, pode não ser conclusiva (no mesmo sentido da sentença, antes do pronunciamento do Plenário em G.I.E.M., cf. Cass. caneta., Seção III, 29 de novembro de 2017, n. 53692, na Lei criminal e julgamento 2018, p. 785, spec. p. 787, em cuja motivação lemos que “para efeito de cumprimento da CEDH, não é a forma de decisão com a qual se aplica uma medida sancionatória, mas sim a plenitude da avaliação de responsabilidade, de forma a superar a presunção de não culpabilidade, com a consequência de que a plena apuração da responsabilidade pessoal dos sujeitos à medida ablativa é compatível com a absolvição para extinção do delito decorrente do prescrição”).

O que, na verdade, acaba sendo desconsiderado é a base axiológica da presunção de inocência (da mesma forma, ver V. Mongillo, O confisco sem condenação na conturbada dialética entre o Tribunal Constitucional e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. O “estigma criminal” e a presunção de inocência, em Jurisprudência Constitucional 2015, p. 426 ; M. Pascotto, Confisca e prescrição, cit., p. 793), para tirar o máximo proveito da operação perniciosamente intelectual que visa elaborar um “sentido substancial (...)” da dita presunção, a única que - diz-se - teria relevância para excluir o vulnus das garantias do arguido (ver Tribunal de Cassação n.º 53692/2017, cit., p. 785).

Desta forma, em suma, acaba-se por negar a importância da dimensão “externa” da referida presunção, que se encontra no interesse do acusado, não apenas para não ser “tratado” como culpado dentro do processo, mas também não ser “percebido” como tal fora dele em ausência de sentença claramente perceptível. E seria realmente difícil, neste sentido, levantar a hipótese de que uma necessidade desse tipo possa ser satisfeita assumindo que os associados abordem os julgamentos dos juízes criminais utilizando o mesmo critério de avaliação adotado pela Grande Câmara, ou seja, ir “além do dispositivo de uma decisão interna” e levar em conta “sua substância, com a motivação constitui uma parte integrante da decisão “(TEDH, G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália, cit., § 259). A garantia subjacente à presunção de inocência, precisamente porque protege a aparência de um estatuto (assim como a sua essência), exige a máxima transparência no seu funcionamento e na sua cessação. Pelo contrário, uma decisão que pune mas não condena, introduzindo um espécie de área cinzenta entre este último e a absolvição, obscurecendo a imagem do acusado perceptível *ab externo* e, em última análise, anula a própria necessidade de certeza que os princípios constitucionais e convencionais devem assegurar. E pouco importa, em face de um preconceito tão significativo, que um dos recursos perante o Tribunal Europeu tenha terminado com o reconhecimento formal da violação do Artigo 6º da CEDH, considerando que esta violação foi pronunciada em relação a uma hipótese bem definida:

quando a *reformatio in peius* da absolvição ocorre em uma fase do processo penal (recurso em cassação) cuja estrutura cognitiva (julgamento de legitimidade apenas) é incompatível com a avaliação de fato do pressupostos objetivos e subjetivos do delito antecedente de confisco urbano (o princípio, portanto, não pode ser estendido aos meios de recurso diferente do recurso de cassação, a respeito do qual, aliás, a compatibilidade entre a prescrição e a condenação substancial são sancionadas indiretamente, não podendo ser automaticamente remetidas à situação diversa em que a causa a extinção do crime ocorre em juízo de legitimidade estabelecido em confronto com uma convicção; para essas considerações veja, se desejar, A. Pulvirenti, *O casamento difícil*, cit., P. 17 e segs.).

Mas no G.I.E.M. há mais do que a solução para um caso concreto, já que nas entrelinhas é fácil ver uma mensagem para o sistema judiciário Italiano.

O Tribunal Pleno, afirmando que o Tribunal Constitucional, ao não considerar uma condenação formal necessária à aplicação do confisco, interpretou corretamente o conteúdo da sentença Varvara (ver, respectivamente, Tribunal Constitucional, 14 de janeiro de 2015, no. 49, na Jurisprudência Constitucional 2015, p. 391, com notas de V. Mongillo, *Confisco sem condenação na problemática dialética entre o Tribunal Constitucional e o Tribunal Europeu dos Direitos do homem*. O “estigma criminoso” e a presunção de inocência, e G. Repetto,

Restrição ao respeito pela lei CEDH “consolidada”: uma proposta de adaptação; e ECtHR, *Varvara c. Itália*, 17475/09, 29 de outubro de 2013, in *Criminal case 2014*, p. 1392, com uma nota de A. Balsamo, *O Tribunal Europeu e o “Confisco sem condenação” para o loteamento ilegal*, *ibid.*, P. 1395), não fez outra coisa que não atribuir uma base convencional ao conceito de “Condenação substancial”, evitando assim que o mesmo conceito possa ser negativamente qualificado como um produto feito na Itália (é isso a opinião difundida na doutrina; ver, por exemplo, M. Pascotto, *Confiscation and Prescription*, cit., segundo o qual, por trás da escolha interpretativa do Tribunal Constitucional está a “clara traição da estrutura argumentativa da sentença da CEDH”, colocada aquela sentença no. 49/2015 do lei propina “como um conceito convencional autônomo (a condenação no sentido “Substancial”) dos padrões de pensamento feitos na Itália pertencentes à jurisprudência italiana”).

Em outras palavras, o juiz de Estrasburgo, desse ponto de vista, “Reabilitou” o Conselho Italiano, que, ao invés de ser responsável por um “rótulo scam”, com a decisão de 2015 teria pego o verdadeiro significado da decisão Varvara. Que, observa a Grande Câmara, conseguiu fazer, mais uma vez, graças à linguagem polivalente utilizada no referido acórdão, onde, para além do real entendimento dos juízes europeus, não existem expressões conceitualmente “fechadas”, não suscetíveis de serem “dobradas” para o uso dos proponentes da “condenação

substancial”. Prova disso é o fato de que a sentença G.I.E.M., a fim de se alinhar com o pensamento do Tribunal Constitucional, não reconhece a necessidade de “confessar” uma mudança na própria jurisprudência, mas opinar em (presumida) harmonia com o significado original de Varvara anterior (ver Tribunal EDU, G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália, cit., § 252: “se por um lado é claro que, conforme indicado no acórdão Varvara (...), a declaração de responsabilidade criminal exigida geralmente está contida em um sentença criminal que condena formalmente o acusado, em qualquer caso não é uma regra obrigatória. Na verdade, a decisão Varvara não nos permite concluir que os confiscos por subdivisão ilegal devem necessariamente serem acompanhados de condenações penais nos termos da legislação nacional. Por sua vez, o Tribunal deve assegurar que a declaração da responsabilidade criminal respeite as salvaguardas previstas no Artigo 7º e decorra de procedimento que atenda aos requisitos do Artigo 6 “).

Como se para “compensar” esse reconhecimento de legitimidade convenção operado pela Corte Constitucional, a Grande Secção lança um aviso aos juízes italianos de muito maior relevância no relatório entre os dois tribunais superiores, nomeadamente aquele segundo o qual a jurisprudência do Tribunal da União Europeia dos Direitos do Homem é sempre vinculativa para os juízes das partes contratantes, independentemente da composição (seção única ou Grande Câmara) do órgão que o produz. A este respeito, a opinião de Pinto De Albuquerque é fortemente adesiva, observando o quanto este princípio foi retirado da infame sentença nº. 49/2015 é “pedra angular teórica” e apelou “ao Tribunal Constitucional para rever as modalidades da sua relação com o Tribunal” (daí a opinião divergente no § 93).

A mensagem da Grande Câmara, portanto, escondeu a esperança de que, em um contexto de maior colaboração institucional entre os dois Tribunais (que a sentença G.I.E.M., pelas razões acima mencionadas, ajudou a realizar), o Conselho italiano revisou, ou pelo menos embotou, neste ponto, sua própria posição firme na época em circunscrever a natureza vinculante da jurisprudência do Tribunal Europeu para julgamentos piloto e a “jurisprudência consolidada”, bem como admitir em qualquer caso, de uma forma “sistêmica e não fracionada” a proteção dos direitos fundamentais, a reconciliação com “outras regras de atribuição da ordem constitucional italiana” (ver Tribunal Constitucional, 11 de novembro de 2011, n. 303, em Jurisprudência Constitucional 2012, p. 553, com nota de R. Romei, O balanço das consequências da aposição ilegal do termo no Tribunal Constitucional).

A esperança - se fosse um augúrio - logo foi decepcionada, esperada que, mesmo após a sentença G.I.E.M., o Tribunal Constitucional reiterou a sua resistência em aceitar a natureza vinculativa dos acórdãos do Tribunal Europeu em termos horizontais e continuou a receber poderes significativos de filtro na apli-

cação das decisões a que este carácter vinculativo deva ser formalmente reconhecido (ver, a título de exemplo, Tribunal Constitucional, 27 Fevereiro de 2019, n. 25, no *Journal of International Law* 2019, p. 594, onde o Conselho, sempre partindo do “domínio axiológico da Constituição sobre a CEDH”, reitera que a violação do parâmetro coincide com o interposto emergente da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do homem envolve a ilegitimidade constitucional da norma interna somente quando “em tal jurisprudência é identificável uma aterrissagem estável ou um direito consolidado”; e que, em qualquer caso, “deve-se verificar o equilíbrio com os demais princípios amparados pela Constituição, em que a margem de apreciação que é atribuída a cada Estado parte da CEDH na implementação das obrigações convencionais, não leva a um avaliação do sistema diferente daquele subjacente à avaliação, no caso em apreço, da violação de um direito fundamental consagrado no Convenção”).

Como consequência, no entanto, a tendência de “reinterpretar” os princípios desenvolvidos em Estrasburgo tem-se manifestado, não sem perplexidade, também na jurisprudência da legitimidade, que, por vezes, na presença de dúvidas sobre o alcance real de uma determinada decisão do Tribunal da Alsácia, à autocontenção que deveria tê-lo levado a levantar uma questão de legitimidade constitucional (para uma consideração semelhante, com referência ao relação entre arte. 578-bis c.p. e confisco urbano, cf. A. Bassi, *Com imposto de urbanismo e prescrição do crime*, cit., P. 296), preferencialmente uma iniciativa hermenêutica altamente criativa (censurável na medida em que parecia arrogar-se o poder de integrar, e não simplesmente explicar, o *ius dicere* do juiz europeu). Certas decisões do Tribunal de Cassação parecem ir nessa direção (Cassação Criminal, Seção V, 14 de janeiro de 2020, n. 5083, no *Cassation Ced*, n. 278143-01; Cass. caneta., Seção IV, 13 de novembro de 2019, n. 49175, no *Cassation Ced*, n. 277948-01; Cass. caneta., Seção V, 12 de fevereiro de 2018, n. 19380, em *Cassation Ced*, n. 273204), os quais, em termos de requalificação jurídica do fato, devendo aplicar o princípio desenvolvido pelo Tribunal Europeu sobre a garantia do concorrente no que diz respeito à diferente definição jurídica do fato feita pelo juiz *ex officio* (ver TEDH, *Drassich c. Itália*, 25575/04, 11 de dezembro de 2007, em *Criminal Cassation* 2008, p. 1646, e *Drassich c. Itália* (n. 2), 65173/09, 22 de fevereiro de 2018, in *Criminal Cassation* 2018, p. 2171), eles têm promovido uma interpretação que não é “meramente formalista”, em virtude de cuja violação do direito de defesa existiria apenas se fosse apurada que o arguido, durante o julgamento, não teve oportunidade de prever a alteração da qualificação jurídica e não teve, conseqüentemente, oportunidade de reelaborar a sua própria linha de defesa (*on te ma*, cf. G. Giostra, *Primeira lição sobre justiça penal*, Roma, 2020, p. 105, que observa que “na ausência de intervenção do legislador visando providenciar uma interlocução com a defesa sempre que o juiz

pretende alterar o título do crime imputado e a jurisprudência em uma sentença está ansiosamente continuando com as práticas do ‘faça você mesmo’, recorrendo ao forçamento consciente das disposições existentes “).

No entanto, não acreditamos que a conflitualidade do diálogo entre o Tribunal Europeu e o Judiciário italiano, seja constitucional ou não, possa surpreender ou alarmar, constituindo o efeito fisiológico daquele longo e complexo processo de osmose cultural, antes mesmo legal, em curso entre as Convenção Europeia de Direitos Humanos e Direito Interno. Um processo cuja invasividade só pode postular a passagem de um certo “tempo de adaptação”, que pode ser reduzida quanto mais os juízes italianos, em qualquer nível, forem capazes de “se abrir” à metamorfose, raciocínio, não mais em termos do domínio axiológico de uma ou outra Carta, mas exclusivamente dentro de uma axiologia comum.

O que - é preciso dizer com igual firmeza - será mais natural quando a comparação entre as duas realidades puder assumir a forma de um verdadeiro diálogo preventivo sobre questões a serem resolvidas, e não, como acontece agora, de um conflito sobre questões resolvidas de forma diferente; isso é quando também para a Itália entrará em vigor o Protocolo nº. 16 à CEDH, nos termos do qual as “jurisdições superiores” das Altas Partes Contratantes podem apresentar ao Tribunal “pedidos de pareceres consultivos sobre questões de princípio relacionadas com a interpretação ou aplicação de direitos e liberdades definidos pela Convenção ou seus protocolos “(a entrada em vigor do Protocolo n. 16 à CEDH, que deverá ser ratificado por pelo menos dez Altas Partes Contratantes, ocorreu em 1 de agosto de 2018, após a ratificação da França; cf. G. Stampa noni Bassi, Protocolo 16 à CEDH: no início (ainda não para a Itália), a possibilidade de solicitar pareceres consultivos do TEDH, em Direito Penal, 30 de novembro de 2018. Até o momento, os países em que o Protocolo se tornou aplicável são quinze: Albânia, Andorra, Armênia, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Lituânia, Luxemburgo, Holanda, São Marino, Eslováquia, Eslovênia e Ucrânia). Itália, apesar de ter assinado o Protocolo n. 16 em 2 de outubro de 2013, ainda não aprovou a lei de ratificação, uma vez que os projetos de lei relativos a este assunto estão sendo examinados nas Comissões de Justiça e Negócios Estrangeiros da Câmara em sede de referência (ver C35 e C1124, apresentados, respetivamente, em 23 de março de 2018 e 10 de agosto de 2018). O texto desses projetos designa o Tribunal de Cassação como Alta Jurisdição para apresentar pedidos de pareceres consultivos, o Conselho de Estado, o Tribunal de Contas e o Conselho Administrativo de Justiça da Região da Sicília (artigo 3.º, n.º 1), enquanto, no que diz respeito ao Tribunal Constitucional, estabelece que pode «dispor de próprias disposições para a aplicação do Protocolo” (artigo 3.º, n.º 3). Concebida como tal, a estrutura dos Tribunais Superiores com poderes para solicitar pareceres consultivos do Tribunal Europeu permitiria ao juiz nacional abordar este último “contornando” o Tribunal Constitucional e, portanto, derrubando a relação

hierárquica entre as decisões constitucionais e da UE (os dados são sublinhados, em chave crítica, por M. Luciani, Nota crítica que sobre os anteprojetos de lei para autorização de ratificação de Protocolos n. 16 da CEDH, no Sistema Penal, 27 de novembro de 2019).

A competência para emitir parecer é confiada ao Tribunal Pleno, após avaliação da sua admissibilidade por um painel seletivo (cf. arte. 2 § 1 do Protocolo nº 16) e, embora não seja formalmente vinculativo, tal as opiniões desempenharão, de fato, uma importante função norteadora, para a qual exercício, a Alta Parte Contratante pode contribuir ativamente, exercendo o direito de participar do procedimento pertinente (ver Artigo 3º do Protocolo nº 16; considera-se também que, nos termos do Artigo 2º § 3º, o colégio e Grande Câmara competente, respectivamente, para acolher o pedido de parecer e a emitir este último, “incluir de direito o juiz eleito pela Alta Parte Contratante a que pertence a autoridade judiciária solicitou o parecer”). Se é verdade, de fato, que eles “não têm efeito direto sobre quaisquer recursos individuais subsequentes”, é igualmente verdade que, “quando o recurso é interposto após a emissão de um parecer assessoria do Tribunal efetivamente observada, acredita-se que os elementos do recurso que se relacionam com as questões abordadas no parecer aviso deve ser declarado inadmissível ou deve ser retirado “ (assim, § 26 do Relatório Explicativo do Protocolo nº 16, tradução italiana por D. Ri ga, revisão por M. Scantamburlo, disponível no site do Tribunal Europeu em <https://echr.coe.int>). Indicador de tal importância “sistemática” dos novos pareceres consultivos é, aliás, a sua classificação na “jurisprudência do Tribunal, juntamente com os julgamentos e decisões”, bem como a atribuição ao mesmo de efeitos interpretativos semelhantes aos derivados pelos princípios estabelecidos pelo Tribunal nas medidas judiciais (cf. *ibi dem*, § 27).

Enquanto espera que isso ocorra (e em função disso), o Tribunal Europeu, agora totalmente ciente de seu papel como um “juiz constitucional” (e cada vez menos do “caso concreto”), deve, em nossa opinião moderada, fazer para que a linguagem seja cada vez mais rigorosa e vinculativa para o legislador nacional, para que este último, através dos seus tribunais, não possa utilizar a “margem de apreciação” como instrumento evasivo do princípio convencional; ou, pior ainda, não pode manipular certos pilares de seu trabalho, criando uma heterogênesse real de fins, como, na opinião compartilhada de Pinto De Albuquerque, recentemente aconteceu com a questão da “efetividade” dos direitos, indevidamente transformados em uma aspiração ao mero pragmatismo do resultado.

A eficácia, entendida como uma ferramenta para a plena realização de um princípio, tornou-se a “substância” fundadora da interrogação ao princípio. Para que não acontecer mais, o G.I.E.M. poderia ser tomado como exemplo, um exemplo a não ser repetido.

* * *

A opinião, em parte concorrente e em parte divergente, de Pinto de Albuquerque (doravante: P.) em relação ao TEDH, G.I.E.M. S.r.l. E outros c. Itália [GC], 1828/06, 34163/07 e 19029/11, 28 de junho de 2018, é uma autêntica soma de jurisprudência convencional e, sobretudo, constitucional sobre as relações não lineares e sofridas das Cartas de para o qual cada um deles é fiador, cujo desenvolvimento é reconstituído passo a passo e acompanhados de relevos pontuais e incisivos. Para ter certeza, a atenção está especificamente focada no segundo, enquanto que para o primeiro, distanciando-se dele em alguns aspectos pelo que diz respeito ao acaso a que se refere o referido parecer, P. defende com argumentos rigorosos o cenário e seus consequentes resultados reconstrutivos (o que, no entanto, obviamente não levanta nenhuma surpresa, em consideração da pertença de P. ao painel de juízes sedado em Estrasburgo). P. dá aqui, mais uma vez, a confirmação do profundo conhecimento de que possui não só da jurisprudência (constitucional ou não) de nosso país, mas também da doutrina, copiosamente mencionada nas notas que acompanham seu escrito, ao qual, portanto, me refiro, por uma questão de brevidade, (atualizações podem então ser obtidas em V. Sciarabba, O papel da CEDH entre Tribunal Constitucional, Juízes Comuns e Tribunal Europeu, Frosinone, 2019, e, se você quer, do meu A oscilante “força normativa” da CEDH, vista de Consulte, em International Order and Human Rights 2020, 15 de março de 2020). Obviamente, o ponto de partida é dado pelos famosos acórdãos “gêmeos” de 2007, com alguma menção de jurisprudência anterior (a respeito à qual, por todos, A. Randazzo, A proteção dos direitos fundamentais entre CE DU e a Constituição, Milão 2017, Parte I), destacando as diferentes abordagem a ele adotada pelos “gêmeos adultos”, como eles são sentenças n. 311 e n. 317 de 2009, em que por último, em particular, haveria uma mudança significativa em relação no passado, uma vez que o Conselho - segundo P. (§ 9) - reconheceria finalmente neles, em substância, as iguais condições de Convenção e a Constituição com o próprio fato de assumir como critério de resolução das antinomias entre normas internas e a CEDH o princípio de maximização da proteção dos direitos em jogo. Na realidade, por um lado, uma ideia, embora apenas insinuada, orientada em um sentido axiológico-substancial já se encontra na sentença no. 348 de 2007, concretamente em que (ponto 4.7 do considerando) se refere que a regra de sujeitar as legislações nacionais às obrigações internacionais, agora geralmente imposta pelo Artigo 117, parágrafo 1, que revisado em 2001, deve ser composto em “equilíbrio razoável” com “todos os interesses constitucionalmente protegidos contidos em outros artigos da

Constituição”; que - como já apontado na primeira fase comentar sobre os pronunciamentos em questão (no meu A ECHR em busca da nova identidade, entre uma perspectiva formal-abstrata e uma perspectiva axiológica substancial de arcabouço sistemático (em primeira leitura pelo Tribunal Constitucional n.ºs. 348 e 349 de 2007), no Fórum do Quaderni Constitucional 2007) - abre caminho para resultados imprevisíveis de conflitos inter-normativos. De outro modo, então, o layout formal-abstrato, com a ordem piramidal das fontes anexadas a ele consequentemente, não foi rejeitado então e mesmo depois nunca foi posto de lado inteiramente (e eu duvido, para ser franco, que será, quanto menos em breve).

Em suma, o pensamento do Tribunal parece-me sofrido internamente e, para ser honesto, também visivelmente flutuante. Por outro lado, a subordinação da Convenção à Constituição está plenamente inscrita em um quadro teórico-reconstrutivo que vê o primeiro ainda carente de manutenção da segunda, para poder se afirmar internamente, na aplicação do esquema usual da fonte interposta; e não é impróprio precisar que a subsunção como parâmetro das fontes dotadas de “abrangência” constitucional em virtude da referência que lhes é feita na Carta não implica, portanto, na igualdade de sua condição em relação a estas, tanto então o que ainda permanece sempre sem prejuízo da possibilidade de serem submetidos a questão constitucional devido ao seu caráter “subconstitucional”. Nesse sentido (mas apenas por esse motivo), a perspectiva adotada pelo Consultar do lado da relação entre a Constituição e a Carta da União Europeia, atribuindo-se - como sabemos - a esta última um “lugar” mais elevado na escala das fontes, ao mesmo nível que se ocupa Lei da unidade euro em geral, que é reconhecida com força “para-constitucional”, ficando em qualquer caso sujeita ao cumprimento dos chamados “Contra os limites” (sobre o qual, para todos, S. Polimeni, *Contra limites e identidade constituem o nacional. Contribuição para uma reconstrução do “diálogo” entre os Tribunais*, Na poli, 2018).

Em seu exame extenso e cuidadoso, P. dá evidência particular acima de tudo a três pontos, além disso, há algum tempo da jurisprudência convencional fixar firmemente: 1) que se, por um lado, a primeira palavra (em ordem temporal) em relação à interpretação da Convenção só pode caber aos juízes e em geral às autoridades nacionais, a última e decisiva é no entanto, e só pode ser a do Tribunal Europeu; 2) o outro, do primeiro descendente linear, para o qual as interpretações administradas pelo próprio Tribunal ainda têm efeito geral, ainda que o julgado seja produz exclusivamente para as partes envolvidas; 3) finalmente, a ênfase particular de que - como mencionado acima - deve ser atribuído ao princípio de maximizar a proteção dos direitos no nível das relações entre a Convenção e a Constituição Nacional (e, em geral, o direito interno).

É sobre eles que a crítica é feita com base sólida e especificamente dirigida à questão de direito enunciada pelo Tribunal Constitucional na sentença n.

49 de 14 de janeiro de 2015, em que P. perdura por muito tempo e com uma riqueza de argumentos, ciente do fato de que o critério usualmente definido de abordagem “consolidada”, adotado neste despacho e por P. impiedosamente qualificado como «perturbador» (§ 43), pode confundir sempre o primado do direito convencional sobre o direito interno, com resultados imprevisíveis e, não raro, graves danos aos direitos reconhecidos pela Convenção. P. deixa claro que este é um desenvolvimento natural do critério de «substância» que há muito está presente na jurisprudência constitucional, o que leva a uma espécie de «filtragem» dentro da jurisprudência convencional, com o conseqüente descarte de pronunciamentos que não componham os endereços mencionados ou não tenham o caráter “piloto”, assimilados aos primeiros por seu caráter serial (sobre isso, as precisas observações de V. Sciarabba, op. cit., cap. VII). Acrescenta-se, então, que a “consolidação” interpretativa – se quisermos chamar assim – não é alheia às experiências de justiça constitucional, mesmo em esferas materiais distantes daquela em que se enraízam as relações entre o Tribunal Constitucional e o Tribunal Europeu (e, por isso mesmo, tem sido, e é, utilizado para fins e em vista da obtenção de equilíbrios institucionais igualmente diferentes). Estou a pensar, por exemplo, no “direito vivo”, tal como se estabeleceu nas salas de aula onde se administra a justiça comum, como limite que o próprio Conselho lhe impõe no que diz respeito à possível reinterpretação dos textos legais, e justificado em termos de superar antigos conflitos com o judiciário através do que tem sido considerado por muitos como um compromisso honroso. Um limite, porém, foi objeto de uma refinada elaboração teórica (parte, A. Pugiotto, Sindicato de constitucionalidade e “direito vivo”. Gênese, uso, implicações, Milão, 1994) e, no entanto, pelo mesmo Concílio julgado não rigoroso e não raro obrigado a ceder a técnicas interpretativas (como o da interpretação conforme) mais premente e que conduz, no caso concreto, a uma salvaguarda ótima da Constituição. O que, então, por sua vez, confirma que a estrutura das relações entre as instituições (e, conseqüentemente, as fontes) pode mudar continuamente (e realmente mudar) dependendo das perspectivas de que trata o mesmo objeto e das técnicas de tomada de decisão colocados para o efeito, portadores de instâncias também mutáveis de acordo com o modo geral de ser de cada caso; e confirma que a espinhosa questão que os romanos, com sua inata e pragmática sabedoria jurídica, já colocavam sobre quis *interpretabitur* e que Juvenal em sua VI Sátira efetivamente expressa na inquietante fórmula *quis custodiet ipsos custodes* ainda está destinada a recorrente ao longo do tempo. De qualquer forma, o critério de “consolidação” também pode ser lido (como foi dado) *in bonam partem*, supondo-se que foi concebido com o propósito específico de dar lugar aos juízes comuns (e, claro, ao próprio Tribunal constitucional...) de não levar em conta uma norma convencional que pudesse ser descumprida (ou, em todo caso, compatível) com a Constituição, de modo a não ter que acionar o mecanismo adequado para levar à

sua eventual caducidade, uma vez que foi transposta pela lei que a implementou para a CEDH. No entanto, ele também pode se dar um in malam partem, já que a oportunidade ainda é oferecida a operadores do direito interno a distanciar-se da pressão das decisões do juiz europeu por diversas razões julgadas inadequadas ao caso ou, digamos, indesejadas.

Do jeito que as coisas estão a esse respeito, o que é difícil de entender (ou, para ser honesto, não entender nada) é, por um lado, como pode a mesma lei de produção jurisprudencial ser em um primeiro momento não vinculante e em vez disso, para sê-lo mais tarde, como reaparece na prática jurídica, com um mecanismo que – como podemos ver – evoca o da formação do direito consuetudinário. Uma norma, portanto – pode-se dizer – vinculativa em retrospectiva (assim, em essência, já A. Randazzo, Sobre o tema da natureza vinculante, para o juiz comum, das sentenças do TEDH à luz do ponto de virada representado pela sentença n.º humanos, 15 de março de 2019, p. 86 e segs., espec. p. 93) e que, uma vez realmente assim, deve levar – esta é sua consequência linear e inevitável – a deslegitimar ex post o trabalho dos juízes que podem ter se desviado disso – por que não? – levando ao desfecho da superação da *judicata* inicialmente formada, segundo esquema da mesma jurisprudência admitido tanto em matéria penal (Tribunal Constitucional, acórdão de 7 de abril de 2011, n. 113) como em matéria civil e administrativa (Tribunal Constitucional, sentença 123 de 7 de março de 2017).

Por outro lado, então, não fica nada claro qual é o fundamento teórico-positivo do critério em questão, capaz de converter a força prescritiva da Convenção de forma imprevisível em seu tornar-se “lei vivendo” (mesmo que apenas em potencial ou *in fieri*) de forma puramente persuasiva, diferentemente do que se tem em termos de relações com a jurisprudência da Euro unidade. Nem – como foi observado em outros lugares – pode ser dado qualquer significado à circunstância de a Carta da União (e, em geral, a lei desta última) ter caráter “*paraconstitucional*”, ao contrário da CEDH, qualificada – dizia-se – como fonte meramente “*subconstitucional*”. E isso, em razão de todas as provas para as quais, mesmo admitindo (mas não admitindo) que se possa fazer hierarquização entre documentos que são todos iguais e “tipicamente” (ou, melhor dizendo, materialmente) constitucionais – retomar a qualificação dada pela ainda discutida, e questionável, sentença n. 269 de 2017 –, encontra-se ainda na presença de fontes do direito, necessitando ser entendido e afirmado como o Tribunal estabeleceu para assegurar sua observância uniforme e correta.

Nesse aspecto, ao apresentar o parecer de P. como parcialmente dissidente em relação à decisão da Grande Câmara a que se refere, oferece um firme e sólido apoio a esta última, destacando como G.I.E.M. e outros c. A Itália é colocada em refutação direta e clara da posição tomada pelo Conselho com a sentença n. 49 de 2015.

P. recorda os índices externos aduzidos nesta última decisão para estabelecer se uma decisão pode ou não expressar uma abordagem “consolidada”, destacando as contradições internas e os graves inconvenientes que podem surgir nas práticas jurídicas em que se trata da sua aplicação. Por outro lado, não se concentra em outros critérios ou técnicas de julgamento, como aquele por trás da interpretação complacente (a que também se refere aqui e ali), o que poderia, em muitos casos, ajudar a evitar antinomias que, de outra forma, ser problematicamente solucionável à nascença. Tampouco diz nada sobre o fato de que as normas convencionais, na medida em que coincidem substancialmente com as normas internacionais geralmente reconhecidas ou com as normas euro-unitárias, podem exprimir uma força substancialmente constitucional e, no que diz respeito especificamente à segunda eventualidade, ser levadas ao imediato aplicação, como costuma ser feito para as regras do Sindicato auto executivo, ou melhor, foi feito até a sentença n. 269 de 2017 que – como sabemos – derogou a este sistema com referência a casos de antinomia entre regras internas e as regras da Carta Nice-Estrasburgo (e, após o acórdão n. porém “ligado”). E é interessante notar que já na jurisprudência de 2007 (e, em particular, na sentença n. 349) não faltou mencionar a possibilidade de que a presença de normas não escritas da comunidade internacional dentro da Convenção fosse confirmada, confirmando o fato de que a força normativa e o regime geral não devem já ser reportados – como comumente se pensa – à forma dos atos, mas à sua substância, às normas, e que o mesmo documento normativo (aqui a CEDH) pode exibir normas de natureza (e, conseqüentemente, de eficácia) diferentes, o sistema é, portanto, composto – como venho lutando para dizer há muitos anos – não pelas fontes *ut sic*, mas por suas normas, devido à maneira como, de tempos em tempos eles são colocados diante do “feito” objeto de sua regulação e, sobretudo, de valores, que também são vistos em seu fazer “sistema”.

Nesse sentido, o princípio ou – gosto de dizer – o “*metaprincípio*” da maximização da proteção (assim qualificado justamente por ser o fundamento da composição dos princípios no sistema): um “*metaprincípio*” cuja existência é, no entanto, revogada em dúvida por uma doutrina credenciada (particularmente R. Bin, em vários escritos, referido em meu A oscilante “força normativa” da CEDH, visto pela Consulta, cit., na nota 30, onde Procuo argumentar sobre a função infalível desempenhada a partir do princípio em questão de garantia dos direitos).

A Consulta está perfeitamente ciente de que constitui uma arma muito poderosa que, como todas as armas, pode se prestar a muitos usos. Em particular, mais uma vez, faz uso dele e também o oferece aos juízes comuns para que também possam usá-lo para abrir passagem para distanciar-se da pressão sufocante de uma jurisprudência convencional obviamente indesejada. Nesse cenário retó-

rico-argumentativo o padrão máximo é, portanto, o fim, enquanto o meio que linearmente cede para alcançá-lo é o usual do “equilíbrio”, justificado e dobrado em nome de uma interpretação sistemática orientada axiologicamente.

A construção é objetivamente refinada e, à primeira impressão, não faz ruga. No entanto, deve levar-nos a refletir sobre a circunstância para a qual é invocado pelo Conselho especificamente do lado das relações com o Tribunal de Justiça de Estrasburgo, embora seja em grande parte deixado à sombra das relações com o Tribunal da União (embora, com certeza, se necessário, também aqui seja por vezes referido, por exemplo, em *Taricco*).

O fato é que o critério do mais alto padrão, jogando transversalmente e apresentando-se como abstratamente neutro e perfeitamente ambivalente, poderia em muitos casos ser resolvido em benefício da Convenção, mesmo levando – e aqui a questão se tornaria realmente espinhosa para o Conselho e os seus benevolentes *laudatores* – à anulação da própria Constituição, embora a solução ótima continue a não ser a da resignação face ao desfecho fatal do conflito, mas a outra da sua prevenção como resultado de um mútuo e igual (termo que mantenho aqui, mais uma vez, para destacar) integração das Cartas em fatos interpretativos, conforme a inspirada (mas nem sempre praticada adequadamente) indicação teórico-metodológica do Tribunal Constitucional, 13 de outubro de 1999, n. 388. Também é verdade, porém, que mesmo este pronunciamento está carregado de notórias flutuações teóricas e reconstrutivas, tanto que, como prova da natureza perplexa e dolorosa de seu pensamento, o Conselho ainda faz questão de esclarecer (em uma passagem fielmente reproduzido pelo Pe. no § 89) que, em todo caso, a Constituição não oferece proteção menos intensa do que aquela que lhes pode advir de outras Cartas, incluindo – para o que interessa aqui – a Convenção. Em suma, parece compreender que a “dominância axiológica” que ainda pertence à Constituição e que está prevista na sentença n. 49 de 2015 (e até hoje reiteradamente reafirmado) tem raízes culturais profundas e que, em síntese, é expressiva de um ânimo metódico-teórico que vê no direito fundamental da República uma espécie de “*superconstituição*” em suas relações com qualquer outro documento também de sua própria natureza (no sentido material). Um *animus* – notou-se em outros lugares – que revela, portanto, um nacionalismo ou patriotismo constitucional ingênuo e infértil de fato, podemos até dizer contrário ao verso natural da história, contra o qual P., na opinião sucintamente apontada aqui, dirige múltiplas e penetrantes observações argumentativas.

Também é verdade, em conclusão, que, se, por um lado, a jurisprudência constitucional não está imune à pré-orientação de um *primaute* não apenas positivo, mas também (e ainda mais importante) cultural da Constituição sobre as outras Cartas, também P. não esconde a sua firme convicção quanto à adequação da Convenção para aumentar o nível de proteção, conforme resulta dos repetidos

apelos dirigidos às autoridades nacionais para que cumpram, em qualquer caso, as decisões do Conselho Europeu Corte, especialmente pelo que escreve no § 85, em trecho que merece ser fielmente transcrita: “uma teoria constitucional dos direitos fundamentais sensível à Convenção não é mais suficiente hoje. É necessária uma teoria constitucional que privilegie a Convenção, fato diferente e mais exigente.

Do ponto de vista axiológico, ainda que a Convenção e a Constituição estejam no mesmo nível, a primeira prevalece sobre a segunda em caso de conflito inevitável”. Esta é uma conclusão que, de forma clara e crua, retorna, no entanto, repropor aquele esquema piramidal dos Documentos (e, por lógica e inexorável consequência, dos Tribunais) que – como viemos a dizer aqui – não parece, na sua rigidez estrutural, adequado às necessidades globais dos “sistema de sistemas” que se vão construindo e aperfeiçoando sem pouco esforço, ao serviço dos direitos e dos seus titulares.



tirant
lo blanch

editorial.tirant.com/br/

Para celebrar a figura do Paulo Pinto de Albuquerque, seus colegas e amigos italianos quiseram comentar suas opiniões divergentes proferidas durante os anos em que foi juiz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Desde os doutrinadores mais renomados até aos mais jovens doutores e doutorandos, participaram desta obra todos aqueles que reconhecem na contribuição jurisprudencial de Paulo Pinto de Albuquerque uma importante característica de formação, crescimento e comparação cultural, tendo ele sempre operado com o rigor necessário em relação às numerosas questões relativas à esfera de proteção dos direitos humanos.

Nos últimos anos, tem havido uma crescente conscientização entre acadêmicos e profissionais sobre a importância da Convenção Europeia de Direitos Humanos e seus protocolos para a interpretação e aplicação de normas de direito substantivo e processual, bem como — antes mesmo — para a avaliação de sua legitimidade constitucional.

Esta obra está dividida em dois volumes e seis capítulos (no volume 1: As garantias de um julgamento justo; A proteção dos direitos de propriedade e da liberdade de movimento pessoal; Execução de sentenças de tribunais europeus; no volume 2: A proteção da vida, da saúde e da integridade psicofísica; Cidadania, imigração e asilo; Humanidade, legalidade e irretroatividade das sanções penais;), os quais foram abordados conjuntamente com as perspectivas do direito penal substantivo e processual penal, civil, administrativo e internacional, colhendo assim o precioso testemunho da abordagem interdisciplinar e científica dos autores.



+ ACESSO À VERSÃO DIGITAL GRÁTIS NA NOSSA PLATAFORMA DE LEITURA