

EDITORIAL

O “PROTOCOLO DO DIÁLOGO” ENTRA EM VIGOR

Naiara Posenato¹

No dia 1º de agosto de 2018 entrou em vigor o Protocolo n. 16 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (Convenção EDH), graças ao depósito do décimo instrumento de ratificação pela França, em abril. Em conformidade com o art. 8 do Protocolo opcional, o mesmo encontra-se vigente com relação aos Estados da Albânia, Armênia, Eslovênia, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Lituânia, San Marino e Ucrânia.²

O novo instrumento, que inova profundamente em relação ao mecanismo consultivo já previsto pelos arts. 47 a 49 do Título II da Convenção EDH, permite que órgãos jurisdicionais de cúpula solicitem pareceres à Corte Europeia dos Direitos Humanos sobre questões de princípio relacionadas à interpretação e à aplicação dos direitos e liberdades previstos no texto convencional e nos protocolos adicionais. A competência atribuída à Grande Câmara, com base no Protocolo, é de natureza híbrida: consultiva, porque o ato com o qual o procedimento é concluído não tem caráter vinculante; e prejudicial, porque necessariamente relacionado a um procedimento judiciário pendente no tribunal superior nacional que formulou a demanda. A Corte Europeia tem margem de discricionariedade para aceitar ou não o pedido, o que, além de perseguir um objetivo deflacionário, permite a seleção substancial das demandas a fim de privilegiar somente aquelas que levantem questão de princípio ou de interesse geral relativa à interpretação ou à aplicação da Convenção, como, por exemplo, as que refletem problemas estruturais ou sistêmicos dos Estados que podem se repetir e/ou que afetem potencialmente diversas partes contratantes.

Trata-se de uma das reformas introduzidas no âmbito do amplo movimento iniciado em 2000 e direcionado a melhorar a efetividade do mecanismo de controle convencional, sobretudo diante do excessivo número de recursos.³ Também chamado de “Protocolo do diálogo”, espera-se que este possa promover a interação entre a Corte e autoridades nacionais e, assim, estabelecer standards jurisprudenciais mais claros, favorecer a interpretação harmônica da Convenção EDH e, dessa forma, reforçar a observância e a proteção dos direitos humanos em geral.⁴

¹ Doutora em Direito Internacional e da União Europeia pela Università Di Roma La Sapienza; Mestre em Direito, Economia e Finanza do Comércio Internacional pela Università degli Studi di Padova; Professora no Curso de Sistemas Jurídicos Comparados e Direito e Economia da Globalização na Facoltà di Scienze Politiche, Economiche e Sociali da Università degli Studi di Milano; naiara.posenato@unimi.it

² Assinaram o Protocolo, mas ainda não o ratificaram outros nove países: Andorra, Bósnia e Herzegovina, Grécia, Itália, Holanda, Moldova, Noruega, República Eslovaca e Turquia.

³ A propósito veja-se, nesta Revista, v. 15, n. 1, 2014, Posenato, Naiara. *Diálogo Judicial e Direitos Humanos: o novo Protocolo 16 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 259 e ss., bem como Posenato, Naiara. *Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani in Europa. Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, v. 3, 2014, p. 1421 e ss.

⁴ O Tribunal de Justiça da União Europeia, no âmbito do Parecer n. 2/13 de 18 de dezembro de 2014 sobre a Adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a compatibilidade do referido projeto com os Tratados UE e FUE, manifestou-se criticamente em relação ao funcionamento do Protocolo n. 16,

O caráter não vinculante da pronúncia não deve gerar dúvidas quanto ao efetivo potencial desse mecanismo: em primeiro lugar porque é ilógico pensar que um órgão jurisdicional nacional que apresenta um pedido de parecer à Corte Europeia não o levará em consideração na formulação da sua própria resposta judicial. Em segundo lugar, porque tais pareceres passam a compor a jurisprudência da Corte de Estrasburgo e, nessa condição, contribuirão para definir os contornos das normas convencionais para muito além do caso *a quo*.⁵

Mais concreto é o risco de mal-entendidos entre as cortes nacionais e a supranacional. No entanto, nesse caso trata-se de um elemento fisiológico do próprio sistema de diálogo. O que pode contribuir para reduzir esse risco é a modificação do estilo das respostas da Corte EDH que, como é sabido, é fortemente casuístico no que concerne às sentenças contenciosas. Já na elaboração de um parecer *ex* Protocolo n. 16, a Corte não terá a tarefa de aplicar as normas ao caso concreto (o que caberá ao órgão judiciário nacional), e, portanto, o cenário provável é que a valoração dos princípios e das normas convencionais seja feita de forma menos relacionada a fatos. Isso pode favorecer a clareza expositiva, sobretudo a favor dos operadores jurídicos dos ordenamentos de *civil law*, em que o estilo judicial costuma fazer referência a *regolae juris* abstratas, deduzíveis da legislação ou, ao máximo, da jurisprudência constante (difícilmente do precedente judicial), e muitas vezes consideradas em termos avulsos do caso concreto.⁶

Segundo o art. 1, parágrafo 1, do Protocolo n. 16, a legitimação para requerer pareceres consultivos à Corte é reservada às mais altas Cortes nacionais indicadas no momento da assinatura ou da própria ratificação da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Essa solução é flexível o bastante para abarcar a diversidade de estruturas judiciárias nacionais interessadas e também evita que o recurso em massa ao processo consultivo pelas cortes inferiores possa agravar o problema (já muito sério) do excessivo *docket* da Corte europeia. Ao mesmo tempo, certa doutrina havia, a seu tempo, manifestado o temor de que essa autonomia pudesse levar alguns Estados a “não incluir” as cortes constitucionais ou órgãos judiciais especialmente ativos, comprometendo a efetividade do diálogo.⁷ Porém, até o presente momento, e à luz das indicações já feitas, somente a Ucrânia deixou de autorizar a própria Corte constitucional a utilizar o mecanismo,

afirmando que este poderia “afetar a autonomia e a eficácia do processo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267° TFUE.” Cfr. TJUE. *Parecer n. 2/13*, § 197. Essa posição foi, em geral, duramente questionada pela doutrina no velho continente.

⁵ O valor formal da jurisprudência da Corte europeia de direitos humanos varia em conformidade com o que lhe é reconhecido em cada ordenamento jurídico nacional. Na Itália, com as sentenças “gêmeas” da Corte constitucional n. 348 e n. 349, de 24 de outubro de 2007, a Consulta estabeleceu que, em virtude do art. 117, 1, da Constituição italiana, as normas da CEDH possuem o valor de normas interpostas, encontrando-se acima da lei ordinária e abaixo da Constituição. Assim, em caso de contraste entre uma norma italiana e a CEDH, esta última tornar-se-á, em conformidade com o art. 117, parâmetro substancial de validade constitucional da primeira.

⁶ Sobre o “estilo” das sentenças das cortes superiores e cortes regionais de proteção e sobre a sua importância para a legitimação desses órgãos e para a efetividade da tutela, vide Posenato, Naiara. *Lo stile delle sentenze. Profili di attualità di diritto comparato*. Padova: Cleup, 2017, especialmente p. 121 e ss.

⁷ Cfr. Dzehtsiarou, Kanstantsin e O’Meara, Noreen. Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control? *Legal Studies*, 2014, p. 19. Em sentido análogo, Pollicino, Oreste. La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16? *Forum di Quaderni Costituzionali*, Paper, 02 abr. 2014, p.to 2, que afirma que esse risco se encontra presente sobretudo para os juízes constitucionais dos Estados que ainda não ultimaram a própria consolidação democrática.

enquanto a Romênia, ao contrário e com base em uma interpretação extensiva da disposição, também legitimou todos os tribunais de apelação do seu sistema jurídico.⁸

Um aspecto interessante do funcionamento do Protocolo n. 16 é sua abertura à participação de terceiros, nos termos do art. 3: esse direito cabe ao Comissário para Direitos Humanos do Conselho da Europa e ao Estado cujos tribunais domésticos foram ativados. O dispositivo também prevê a possibilidade, segundo a discricionariedade do Presidente da Corte e no interesse da justiça, de admitir outras manifestações escritas. Outros documentos oficiais também indicam a oportunidade de admitir a manifestação das partes do processo nacional, inclusive em observância do princípio da igualdade.⁹ A possibilidade de ampliar o foro de discussão de questões essenciais relacionadas à interpretação da Convenção EDH é coerente com a ideia da função pública de definição do sentido do direito, e com a natureza democrática desse processo; em segundo lugar – e não menos importante, tratando-se de um tribunal internacional – acentua a transparência e o caráter pluralista da decisão judicial, e, assim, ocorre maior legitimação à atuação e ao papel da Corte de Justiça.

A participação da sociedade civil, de instituições e pessoas físicas (*amici curiae*) nos processos, em termos muito amplos, é uma peculiaridade que desde sempre caracteriza o sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos em relação a outros tribunais internacionais,¹⁰ tanto que este já foi classificado como “*amicusfriendly*”.¹¹ Especialmente visível no âmbito da sua competência consultiva, essa característica emergiu com força nos últimos pareceres elaborados pela Corte Interamericana, em especial nas OC-25/18,¹² OC-24/17,¹³ e OC-23/17.¹⁴

No sistema interamericano não há como estabelecer a incidência concreta que possa ter havido a participação de terceiros e a sua contribuição para o desenho final de cada *opinión consultiva*, até porque normalmente se encontra nelas somente uma referência genérica ao fato de que os escritos apresentados foram considerados e analisados, e que auxiliaram a ilustrar os distintos

⁸ Em conformidade com o Relatório explicativo ao Protocolo, de fato, a expressão empregada pelo art. 1, par. 1 do Protocolo tem justamente como objetivo possibilitar a inclusão de tribunais que, ainda que não sejam cortes superiores, tenham especial relevância para a definição de determinadas matérias. Cfr. Council of Europe. *Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report*, § 8.

⁹ Cfr. Council of Europe. *Protocol No. 16*, cit., § 20; European Court of Human Rights. *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention*, de 6-5-2013, § 10.

¹⁰ Em conformidade com o disposto no art. 73,3 do quarto Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como reformado em seu LXXXII Período Ordinário de Sessões, celebrado de 19 a 31 de janeiro de 2009.

¹¹ A expressão é de Kent, Avidan e Trinidad, Jamie. *International law scholars as amici curiae: an emerging dialogue (of the deaf)*? *Leiden Journal of International Law*, v. 24, i. 4, 2016, p. 1099.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 solicitada por la República del Ecuador. “La Institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”*

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”*

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia. “Medio ambiente y derechos humanos (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).”*

temas submetidos à consulta.¹⁵ Ao mesmo tempo, é inegável que a abertura, em si, repercute em termos concretos no processo porque modifica o comportamento dos julgadores, que são chamados a responder às maiores expectativas geradas pela ampliação do debate. O envolvimento crescente do meio acadêmico de forma autônoma, mediante a apresentação de *academics amicus briefs*, também é produtivo porque acrescenta especialização e neutralidade ao diálogo.

Sabe-se que o sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos, em geral no que concerne à função consultiva, apresenta várias e profundas diferenças em relação ao homólogo europeu: por exemplo, segundo o art. 64 do Pacto de San José, o mesmo pode ser acionado por qualquer Estado-membro da Organização dos Estados Americanos (além de alguns outros órgãos políticos regionais), em relação à interpretação não somente da Convenção Americana dos Direitos Humanos, mas de qualquer outro instrumento internacional, multilateral ou bilateral, vigente nos Estados americanos, e que possa incidir sobre a proteção dos direitos humanos.¹⁶ A diversa *ratione materiae* também faz com que a *opinião consultiva* não necessariamente deva ser fornecida em relação a um procedimento judiciário pendente.

Não obstante essa diversidade, natural para contextos tão diferentes, pode-se dizer que o mecanismo da Opinião Consultiva trouxe inegáveis progressos para a proteção dos direitos humanos na América Latina. Agora essa é uma feliz perspectiva também para o continente europeu.

¹⁵ “Para la resolución de esta solicitud de opinión consultiva, la Corte examinó, tomó en cuenta y analizó los 55 escritos de observaciones, así como las 26 participaciones en audiencia e intervenciones por parte de Estados, órganos de la OEA, organizaciones internacionales, organismos estatales, organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas y personas de la sociedad civil (supra párrs. 6 y 9). La Corte agradece estas valiosas contribuciones, las cuales asistieron en ilustrar al Tribunal sobre los distintos temas sometidos a consulta, a efecto de la emisión de la presente opinión consultiva.” Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinião Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de de 2018 solicitada por la República del Ecuador*, cit., § 11.

¹⁶ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinião Consultiva OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, § 31; e Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinião consultiva OC-3/83, de 8 de septiembre de 1983, Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, § 36-37.