

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

ISAAC PAULO

TÍTULO: PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

BELO HORIZONTE, MG
2021

ISAAC PAULO

TITULO: PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como parte dos requisitos para obtenção do título de pós-graduação em Direito Público.

**BELO HORIZONTE, MG
2021**

FOLHA DE APROVAÇÃO

NOME: ISAAC PAULO

NATUREZA DO TRABALHO: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**TITULO DO TRABALHO: PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS**

PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

RESUMO: (Objeto de estudo, objetivo, metodologia, conclusão).

O objeto de estudo é a proteção internacional dos direitos do Homem. Para efeitos recorre-se à noção dos direitos do Homem desde os seus primórdios com destaque para a Revolução Francesa, discorrendo depois ao seu conceito nos sucessivos paradigmas até ao século XXI. O objetivo é a consciencialização do mundo, de que a proteção os Direitos do Homem não pode ser de exclusividade interna dos Estados porque é uma matéria de legítimo interesse internacional. O próprio Estado ainda que constitucional pode ser o grande violador dos direitos humanos. A metodologia usada, é de análise crítica das construções doutrinárias e jurisprudenciais, escolhendo as mais acertadas para a salvaguarda da proteção internacional dos direitos do Homem. A conclusão do trabalho sugere a criação de uma instância internacional constitucional que uniformemente aplique os princípios constitucionais, sem prejuízo do trabalho bem sucedido de jurisdições regionais na proteção dos direitos do Homem.

Palavras-Chave: " PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM "

Linhas de orientação do trabalho:

I - Direitos do Homem na Revolução Francesa e controvérsia da terminologia até aos tempos atuais.

II – Evolução Histórica do Conceito Direitos Humanos.

III – Constitucionalismo Multinível e a Proteção dos Direitos do Homem.

IV - Os Fóruns Internacionais de Cooperação Judiciária (

CJCPLP, WCCJ, CJCA, ACCF, Associação Interamericana de justiça, Associação Asiática de justiça constitucional, e a Comissão de Veneza), como Garantes da Proteção dos Direitos do Homem.

V – Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos do Homem.

VI – Estudo do Caso: O Acordão HIRSI JAMAA e outros, *versos* Itália – " Proteção internacional dos Refugiados. Compatibilidade das políticas de imigração e controle de fronteiras com o direito internacional".

CAPÍTULO

I

INTRODUÇÃO

I - Direitos do Homem na Revolução Francesa e controvérsia da terminologia até aos tempos atuais.

Foi com a revolução francesa de 1789 iluminada pelo movimento de independência dos Estados Unidos da América do Norte de 1776, que foram reconhecidos os direitos do Homem e do cidadão, com base nos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade. Não obstante, na França, segundo pesquisas da Comissão de Veneza para a democracia pelo direito, a declaração de 1789 não se aplicava às mulheres. Levanta-se aqui o primeiro problema conceitual. Naquela declaração, o termo "homem" foi utilizado não por seu suposto valor genérico, mas especificamente pela referência das pessoas do sexo masculino com exclusão de pessoas do sexo feminino. (Neste sentido, Comissão de Veneza para a Democracia pelo Direito – Strasbourg - dez.2020).

“Este não é o caso atual em que o conceito é usado como sinónimo de humanidade. Portanto o significado de Homem em 1789 não é o mesmo

no século XXI. Para maior clareza, grupos pró-feministas na França, exigem que seja tipificado no texto da lei, que a expressão Homem abrange o gênero feminino”. Conclui uma pesquisa publicada pela Comissão de Veneza para a Democracia pelo Direito – Strasbourg Dez 2020.

A designação de Homem com o “H”, em letra maiúscula, para os defensores do tratamento de igualdade do gênero, na França, não satisfaz. Já na língua portuguesa, a designação de homem com “H” (em letra maiúscula) abarca o conceito de ambos os gêneros. O oposto (“h” minúsculo) se reporta exclusivamente ao gênero masculino.

“A Declaração de 1948 estabelece a proteção contra a discriminação de gênero como uma lei universal a partir de seu preâmbulo. Apenas a língua francesa optou por manter a mesma expressão de uma declaração para outra. As outras línguas distinguiram explicitamente os dois textos alterando a nomenclatura, ou seja, em inglês *"direitos humanos"* em vez de *"direitos do homem"*, em italiano *"diritti umani"* em vez de *"diritti dell'uomo"*, em espanhol *"derechos humanos"* em vez de *"derechos del hombre"*. – Comissão de Veneza, 2020.

Também a Declaração de 1948 sobre Direitos do Homem, não está isenta de críticas pelo movimento pró-feminista que invoca discriminação no texto constitucional francês de 1789.

Assim, segundo os críticos, apesar de a Declaração de 1948 estabelecer a proteção contra a discriminação de gênero como uma lei universal a partir de seu preâmbulo, sugere, todavia, certa confusão entre as duas afirmações mantidas pelo uso de uma expressão idêntica, que, portanto, minimiza a importância dada na declaração de 1948, o que é essencial para a universalidade da Declaração Universal dos Direitos do Homem, uma vez que é o garante da inclusão das mulheres na humanidade.

O texto da declaração de 1948 atesta, assim, segundo alguns críticos franceses, a artificialidade de seu título, como a Anistia Internacional observa em um relatório de 1998, elaborado para pedir essa mudança na terminologia, " os editores da Declaração Universal dos Direitos do Homem em francês estavam interessados em marcar a não discriminação de gênero, na maioria das vezes usando termos que não "homens" para enumerar os vários direitos contidos na Declaração Universal." – Comissão de Veneza dez.2020.

O artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem começa com estas palavras:

"Todos os seres humanos nascem livres e iguais perante a lei".

Os editores, portanto, procuraram colocar a letra do texto em consonância com seu espírito, mas não foram felizes: o termo "homem" continuou a ser repetido oito vezes em cinquenta e quatro possíveis menções. O apego aos termos "direitos do Homem" está, portanto, enraizado em uma visão idealizada da declaração de 1789 que negligencia o aspecto discriminatório do documento.

O periódico "a Tribuna", de 13 de julho de 2015, publicado em um dia anterior a 14 de julho, (dia nacional da França em celebração à tomada da Bastilha na Revolução Francesa no séc XVIII), trazia em destaque o seguinte título:

"Vamos substituir os direitos do homem por direitos humanos". E acrescenta: "Se é finalmente para incluir plenamente as mulheres na humanidade, a República Francesa deve romper com uma expressão derivada de uma visão idealizada na Declaração de 1789".

Portanto, conclui-se quanto a essa parte, que a terminologia de Homem para efeitos dos direitos humanos continua em controvérsia para a França, o pioneiro dessa nobre conquista da humanidade, decorridos que são mais de dois séculos desde a primeira Declaração ocorrida em 1789.

1.1- Do ponto de vista jurídico e do conteúdo dos direitos protegidos,

não há diferença entre direitos do Homem e direitos humanos. Em muitos textos de direito internacional e direito constitucional comparado os dois termos são usados indistintamente. É claro que isso não deve ser confundido com o “direito humanitário”, que expressa todas as regras que tendem a limitar os efeitos dos conflitos armados em particular no que diz respeito às populações. – Conclui pesquisas da Comissão de Veneza – dez. 2020.

Os direitos do Homem ou humanos são havidos em todos os sistemas constitucionais como direitos fundamentais. E estes não são aqueles consagrados na Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1789, mas aqueles consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (UDHR) de 1948.

2 - Evolução Histórica do conceito dos Direitos Humanos.

2.1 - Do ponto de vista histórico, o conjunto dos Direitos Humanos é classificado em três gerações, segundo aulas de Direitos Humanos na ordem jurídica internacional - PUCMinas:

A primeira geração é a das liberdades individuais, ou os chamados direitos civis. São as liberdades consagradas no século XVIII, com o advento do liberalismo. São direitos individuais contra a opressão do Estado, contra o absolutismo, as perseguições religiosas e políticas, contra o medo avassalador em uma época em que predominava o arbítrio e a distinção rigorosíssima, mais que em classes sociais, em castas sociais. Que liberdades individuais são essas? As de locomoção, a de propriedade, de segurança, de acesso à justiça, de opinião, de crença religiosa, de integridade física. Essas liberdades individuais, também chamadas direitos civis, foram consagradas em várias declarações e firmadas nas constituições de diversos países. (Fonte: Textos de aulas de Direitos Humanos na ordem jurídica internacional . PUC Minas).

A segunda geração é a dos direitos sociais, do século XIX e meados do século XX. São todos aqueles direitos ligados ao mundo do trabalho, como o direito ao salário, à segurança (seguridade) social, à férias, à horário, à previdência etc. E são também aqueles direitos que não estão vinculados ao mundo do trabalho, e que são, portanto, mais importantes ainda, porque são direitos de todos e não apenas para aqueles que estão empregados: são os direitos de caráter social mais geral, como o direito a educação, à saúde, à habitação. São direitos marcados pelas lutas dos trabalhadores já no século XIX e acentuadas no século XX. As lutas dos socialistas e da social-democracia, que desembocaram no Estado de Bem-Estar Social. (Fonte: textos de aulas de Direitos Humanos na ordem jurídica internacional. PUC Minas).

A terceira geração é aquela que se refere aos direitos coletivos da humanidade. Referem-se ao meio ambiente, à defesa ecológica, à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, à partilha do patrimônio científico, cultural e tecnológico. Direitos sem fronteiras, direitos chamados de solidariedade planetária. (Fonte: textos de aulas de Direitos Humanos na ordem jurídica internacional. PUC Minas).

Essas três gerações, de certa maneira, englobam os três ideais da Revolução Francesa: o da liberdade, o da igualdade e o da fraternidade, ou da solidariedade.

2.1.1 - Não obstante, já se fala numa quarta geração de Direitos Humanos, que são aqueles direitos que poderão surgir a partir de novas descobertas científicas, novas abordagens em função do reconhecimento da diversidade cultural e das mudanças políticas. – Aulas da PUC – Minas, Direito Público.

2.1.1.1– Segundo textos facultados nas aulas de Direitos Humanos na ordem Jurídica internacional da PUC, não se descarta quem fale de direitos humanos de 5.a dimensão. Com o evoluir do ser humano sempre haverá novas manifestações de direitos a serem reclamados.

Na construção histórica dos direitos Humanos não podemos deixar de referir a Carta Magna de 1215 de João Sem Terra na Inglaterra, marcando o início do

constitucionalismo, o limite do poder absoluto do Rei, a garantia de liberdades políticas na Inglaterra e o devido processo legal.

Segundo textos facultados na cadeira de Direitos Humanos na ordem jurídica internacional da PUCMinas, no séc. XVII uma corrente a não ignorar, é a que estabeleceu o princípio do “Reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados ao aperfeiçoamento constante de si mesmos”.

No séc. XX surgem relevantes figuras da doutrina internacional como Norberto Bobbio que propala as três gerações de direitos humanos.

Segundo Bobbio, citado por Maria de Lourdes Albertini, “os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares quando cada constituição, incorpora declarações de direito, para finalmente encontrar sua plena realização como direitos positivos universais”.

Por seu turno José Joaquim Gomes Canotilho e Fábio Conter Comparato falam da dimensão temporal e histórica de direitos, ou da primeira dimensão de direitos humanos como uma percepção de formalização.

Para Hannah, na sua obra origens do totalitarismo, “os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”.

Ainda para Fábio Conter Comparato, “a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos no curso da história tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral”.

Maria de Lourdes Albertini, em suas aulas na PUC Minas fala do tripé constitutivo dos direitos humanos, como sendo:

- Direitos Humanos em sentido *latu*
- Direito humanitário
- Direito dos Refugiados.

Ainda segundo Maria de Lourdes Albertini, o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos, um sistema normativo global de proteção dos direitos humanos no âmbito das Nações Unidas.

O célebre julgamento Nicarágua *versus* EUA, de 27 de junho de 1986 da Corte Internacional de Justiça, considerou como obrigação de “Fazer Respeitar” o direito humanitário (art.º 1.º com as quatro convenções de Genebra) como princípio geral inelutavelmente ligado ao conteúdo das obrigações de resposta. Os princípios gerais básicos do direito internacional humanitário contemporâneo, pertencem ao direito internacional geral, o que lhe dá aplicabilidade em quaisquer circunstâncias de modo a melhor assegurar a proteção das vítimas”. Segundo Maria de Lourdes Albertini, o binômio “Respeitar e fazer respeitar” significa que as obrigações dos Estados partes abarcam incondicionalmente o dever de assegurar o cumprimento das disposições daqueles tratados por todos os seus órgãos e agentes da parte assinantes, incluindo todas as pessoas sujeitas a sua jurisdição, e o dever de assegurar que suas disposições sejam respeitadas por todos. São obrigações *erga omnes*. Trata-se de obrigações incondicionais exigíveis por todo Estado independentemente de sua participação em um determinado conflito, e cujo integral cumprimento interessa à comunidade internacional como um todo.

CAPITULO

II

DESENVOLVIMENTO - 1

3 – Constitucionalismo multinível como garante dos Direitos do Homem.

“Todo homem investido de poder é tentado a abusar dele”. – Montesquieu.

3.1 - Segundo Marcelo Neves, o trans constitucionalismo traz a ideia de entrelaçamento entre as diversas ordens jurídicas constitucionais para a solução de problemas afins. Esse termo trabalha no sentido de fazer com que um determinado problema seja combatido da mesma forma em vários Estados. O Trans constitucionalismo não confecciona a ideia de

uma constituição global, tratando as constituições nacionais como sendo hierarquicamente inferiores, mas apenas determina que certos problemas constitucionais que assolam vários Estados distintos, sejam tratados de maneira uniforme, em um verdadeiro diálogo interestatal.

3.1.1 - Não se conformando com a solução atribuída ao constitucionalismo multinível, deixando a cada Estado interpretar os factos de modo semelhante aos estados terceiros, a Tunísia em 2013, num esforço de dar o seu contributo no que diz respeito aos instrumentos internacionais efetivos para a proteção dos direitos humanos, propôs junto da União Africana, a criação de um Tribunal Constitucional Internacional. Esse Tribunal seria a instância mais alta para interpretar controvérsias em matéria constitucional, como garante dos direitos do Homem.

Só nessa perspectiva se chegaria a um constitucionalismo multinível. A tese de Marcelo Neves, segundo a qual, “um determinado problema seria combatido da mesma forma em vários Estados internamente”, não seria suficiente para garantir a proteção uniforme dos direitos fundamentais, porque está mais que provado que os Estados sempre cometerão atropelos aos direitos humanos se caminharem sozinhos. Sem direito comparado, sem jurisprudência supranacional, sem o *jus cogens* não haverá garantias de direitos humanos na sua plenitude.

Montesquieu já exortava que “a história do constitucionalismo nada mais é que a busca do homem político pela limitação do poder”. O próprio Estado ainda que constitucional pode ser o grande violador dos direitos humanos.

A preocupação da Tunísia parece acolher atenção, se atendermos as aulas de Maria de Lourdes Albertini Quaglia da PUC Minas, segundo as quais, “a sociedade internacional é anárquica, onde nada é supranacional, onde nada se coloca aos Estados Soberanos e nem existe governo internacional”.

Se os direitos humanos são universais devem merecer uma proteção igualmente universal. Os princípios de cooperação e *do pacta sunt servanda*, ou do

próprio constrangimento não são assim formas seguras de proteção internacional dos direitos do Homem.

Segundo Norberto Bobbio, 1952, pág. 40, “as atividades de garantia dos direitos humanos só serão possíveis se uma jurisdição internacional se sobrepuser às jurisdições domésticas, quando tais forem insuficientes ou ineficazes. Nesse sentido, por garantia entende-se a organização de uma autêntica tutela jurisdicional de nível internacional, que substitua a nacional”.

Alinhando com essa premissa, Flávia Piovesan afirma que " a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional".

No séc. XX, segundo aulas de Maria de Lourdes Albertini, “a observação dos direitos humanos não é mais apenas uma benevolência estatal perante os cidadãos mas sim um aspecto que dá obrigações ao ente estatal”. Justifica-se assim, o TPI, uma Corte permanente independente, aplicável igualmente a todos os Estados que a reconheçam, capaz de assegurar direitos e combater a impunidade, especialmente a dos mais graves crimes internacionais.

A Carta das Nações Unidas também conhecida por Carta de São Francisco de 1945 que estabeleceu a organização da ONU é conhecida como o marco do surgimento de uma nova ordem internacional, baseada na doutrina de que a soberania estatal não é um princípio absoluto, devendo estar submetida pelos direitos humanos.

A Carta da ONU de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 simbolizam a internacionalização dos direitos humanos, situando o indivíduo no centro das discussões internacionais como membro direto da sociedade humana.

3.1.1.1 - Surge a ideia do *ius cogens* como norma *cogente*, uma norma imperativa, que se coloca acima das outras. Antes porém de esboçarmos o pessimismo de Boaventura Sousa Santos, segundo o qual os direitos humanos não são universais na sua aplicação,

o art.º 53.º da Convenção de Viena do Direito dos Tratados, define a norma do *ius cogens* como aquela norma imperativa de direito internacional que é aceita e reconhecida pela sociedade internacional

em sua totalidade como uma norma cuja derrogação é proibida e só pode sofrer modificação por meio de outra norma da mesma natureza”.

Como supra referido, para Boaventura de Sousa Santos (1995 – pág. 330-337), “os direitos humanos não são universais na sua aplicação”, e identifica quatro regimes internacionais de aplicação de direitos humanos:

- I – O Europeu;
- II – O Interamericano;
- III – O Africano;
- IV – O Asiático.

Conclui que somente a cultura ocidental tende a formulá-los como universais. A questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona pelo modo como o questiona. Em outras palavras, a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental.

Ainda segundo Boaventura de Sousa Santos, o conceito de direitos humanos assenta num bem, conhecido como pressupostos todos eles tipicamente ocidentais designadamente:

- 1 – Existência de uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente. A natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade;
- 2 - O indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado;
- 3– A autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres (panikkar – 1984:30).

4.1 – No período imediatamente a seguir à II Guerra mundial as políticas de direitos humanos estiveram em geral ao serviço dos interesses económicos geopolíticos dos Estados capitalistas hegemónicos.

Conclui Boaventura de Sousa Santos, que na forma como são agora predominantemente entendidos, os direitos humanos são **uma espécie de esperanto** que dificilmente poderá tornar-se na linguagem quotidiana da dignidade humana nas diferentes regiões do globo. Compete à hermenêutica diatópica transformá-los numa política cosmopolita que

ligue em redes, línguas nativas de emancipação, tornando-as mutuamente inteligíveis e irreduzíveis. Como disse Sartre, **“antes de ser concretizada, uma ideia tem uma estranha semelhança com a utopia”**, - citado por Boaventura de Sousa Santos.

O raciocínio de Boaventura de Sousa Santos e à conclusão a que chegou, dão razão à necessidade da criação de órgãos internacionais regionais ou internacionais que se encarreguem de interpretar os textos constitucionais em matéria de princípios atinentes aos direitos humanos, fazendo-os exequíveis.

O constitucionalismo multinível com a criação de um tribunal constitucional internacional, na perspectiva da Tunísia, seria imprescindível apesar da evolução e experiência de cada país em adoptar a melhor interpretação possível no domínio constitucional sobre direitos humanos. A evidência dessa necessidade pode ser vista em relação aos sistemas constitucionais que não admitem o recurso extraordinário de inconstitucionalidade no plano interno, limitando aos cidadãos à faculdade de esgotarem a sua defesa em matéria de direitos fundamentais, a menos que o façam em instâncias supranacionais.

Um exemplo que se pode destacar, é o do sistema constitucional português, entre outros, que excluindo na sua ordem jurídico-constitucional, o recurso extraordinário de inconstitucionalidade, obriga os litigantes, a recorrer para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em Strasbourg na França. Somente essa instância criada por via do tratado pode obrigar o Estado recorrido, a reconhecer os direitos fundamentais do cidadão recorrente.

4.1.1 - O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cujo tratado congrega 48 Estados Europeus, tem sido o mais produtivo na defesa dos direitos do Homem. Através do site www.echr.coe.int, podem ser vistas condenações diárias de quase todos os Estados membros, incluindo a Itália em cuja condenação no célebre caso Hirsi Jamaa, iremos tratar como caso prático, por violação de direitos dos refugiados, assunto objeto de estudo na cadeira de Direitos Humanos na Ordem Internacional.

Mas antes de nos debruçarmos sobre o papel do TEDH na solução multinível dos problemas que lesam os direitos humanos, recordamos que o Zimbábue na crise

política e social com os fazendeiros britânicos na antiga Rodésia, para se opor a uma sentença do Tribunal Internacional Regional, o da SADC com sede em Windhoek - Namíbia, retirou-se como membro do tratado que instituiu o Tribunal, e acabou por inviabilizar “*in totum*” o funcionamento do próprio Tribunal Internacional da África austral. Por isso mesmo no constitucionalismo multinível na perspectiva da Tunísia, é ainda necessário que seja uma Instituição forte, criada na base de uma Constituição Internacional e não na base de um Tratado, ainda que goze do estatuto do *jus cogens* com todas as suas prerrogativas, o que tem fragilizado o funcionamento de instituições dele resultantes.

Os mecanismos “*enforcement*” aprendidos nas aulas da Professora Doutora Maria de Lourdes Albertini Quaglia, na PUC Minas - Brasil, impondo constrangimento, ou seja os tratados devem estar acima dos Estados, não têm resultado na sua plenitude, a menos que, haja uma condenação pela via judicial, concluindo-se como supra referido e na esteira da emérita Professora Maria Albertini, de que a sociedade internacional é uma sociedade anárquica e que nada é supranacional, nada se coloca sobre Estados Soberanos e não existe governo internacional.

A questão que se discute nesse ítem é a de saber da razão de ser do *jus cogens* conhecido como norma cogente, norma imperativa, uma norma que se coloca acima das outras normas, e o respeito devido pelos Estados quanto à sua efetividade. E por outro lado, saber se o *jus cogens* no que diz à interpretação de seus preceitos fica à mercê da subjetividade interna dos Estados.

O Art.º 53.º da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, já supra citado, que estabelece que a norma do *jus cogens* é aquela norma imperativa de direito internacional geral aceita e reconhecida pela sociedade internacional em sua totalidade, como uma norma cuja derrogação é proibida e só pode sofrer modificação por meio de outra norma da mesma natureza, no nosso ponto de vista faltou nesse articulado, prever a existência de um tribunal que fosse competente para interpretar e impor o cumprimento do Tratado. Não é por acaso que o Tratado da União Europeia teve de criar um Tribunal Europeu das Comunidades; não foi por acaso que foi instituído o Tribunal interamericano dos direitos do Homem; assim como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em Strasbourg.

Falar de *jus cogens* sem a existência de um Tribunal, é uma falácia. A própria ONU que se organizou mais numa perspectiva política e paz enfrenta sérios problemas para implementar suas decisões, porque existe o direito de veto exercido por alguns estados que podem inviabilizar as decisões. Outrossim ainda que não exista o direito ao veto, a ONU pela sua natureza e origens, tem dificuldades de tornar efetivas as suas decisões mesmo dispondo de forças de coalização internacional, cuja ação é mais preventiva, persuasiva ou mesmo de proteção dos mais vulneráveis. Prima pelo diálogo, e pela diplomacia.

A Resolução 2145 de 27 de outubro de 1966 aprovada pela Assembleia Geral da ONU, que revogava o mandato de protetorado da África do Sul sobre o Sudoeste Africano, hoje Namíbia, foi ignorada por várias décadas pelo regime de apartheid da África do Sul, até que em 1989 na sequência da maior batalha jamais conhecida em África, no Cuito Cuanavale, (interior de Angola), a África do Sul após sua derrota militar desocupou a Namíbia por novo acordo em que participaram os EUA, a Rússia, Cuba, Portugal e Angola incluindo o Movimento da guerrilha interna.

Portanto, somente os tratados com força de *jus cogens* não resolvem os conflitos causadores da destreza humana e de seus direitos fundamentais, mormente o direito à dignidade, à integridade e à vida.

Os Tribunais são “instrumentos” mais acertados para o efeito. Porém, mais que tribunais, o que está em causa, são instrumentos adequados para impor o estrito respeito pelos direitos fundamentais. Esse instrumento é a Constituição. As constituições pela sua rigidez asseguram melhor os direitos do que qualquer Acordo.

É conhecida a rigidez da Constituição Norte Americana de 1777 com mais de 200 anos de existência, limitando-se à 7 artigos, naturalmente com emendas subsequentes, devido à evolução inevitável dos tempos.

4.2.1.1 - A retirada do Reino Unido (brexit) da União Europeia, deveu-se ao facto de o instrumento de adesão ter sido um tratado que permite que o Estado aderente possa entrar e sair quando entender (subentendido que se verifiquem determinados pressupostos de ordem política e democrática interna). O tratado de adesão não foi um *jus cogens* que impusesse o princípio do *pactum sund servanda* de tal ordem que se evitasse o descalabro que se vive atualmente na Europa com

consequências tão díspares afetando a Europa em todos os seguimentos da vida, designadamente o direito ao emprego, à aposentação, a livre circulação de capitais e bens, à uma segurança social unificada, o livre acesso ao emprego, a obrigação de regresso aos países de origem pelos emigrantes do Reino Unido e vice versa, tudo a título de exemplo.

Desde que o Reino Unido decidiu por referendo abandonar a União Europeia com destaque ao tratado de Nice assinado a 26 de fevereiro de 2001, várias sessões foram perdidas nos Parlamentos Britânico e Europeu e em outras Instituições ao longo de anos, transcorrendo mandatos de governos diferentes para que a saída do Reino Unido fosse inviabilizada, ponderada ou adiada, num esforço que divide coligações partidárias, parlamentos e de governos, com perda considerável de recursos e tempo sobre essa agenda. Aqui reside a vulnerabilidade dos tratados, o que não ocorreria em sede de uma Constituição.

4.2.2.1 - Outro exemplo é do TPI (Tribunal Penal Internacional) estabelecido em 2002 em Haia na Holanda, a partir do Estatuto de Roma de 2002 por adopção de uma Conferência das Nações Unidas de julho de 1998, para julgar indivíduos (e não Estados), por crimes de grande escala, como genocídios, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão de natureza política.

Entretanto países como os EUA maior defensor dos direitos do Homem, a China e a Rússia, não aderiram ao tratado, colocando esse importante instrumento de defesa dos Direitos Humanos em fragilidade. Muitos outros países com destaque em África não aderiram ao Tratado de Roma que institui o TPI, deixando perder ou adiar um mecanismo de defesa dos direitos humanos.

Mais insólito, é o estabelecido no seu artigo 127 sobre a retirada voluntária dos membros. Com efeito o supra referido artigo prevê: “Qualquer parte poderá mediante notificação escrita dirigida ao Secretário-Geral da ONU, retirar-se do presente estatuto”.

Os tratados internacionais em regra trazem consigo debilidades congénitas. No caso do TPI, uma contradição do Tratado está entre o seu preâmbulo, parágrafo V e o art.º 127. O parágrafo V estabelece:

“Afirmando que os crimes de maior gravidade que afetam a

comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes, e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adopção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional”.

Ora: se há crimes que não devem ficar impunes e que a cooperação internacional deve ser reforçada, não se entende como os Estados que não são objeto de julgamento, mas sim seus nacionais que pratiquem crimes hediondos, possam sair do Acordo quando bem entendam.

4.2.2.2 - Por isso a ideia da União Europeia, no início do séc. XXI, de encarregar Valéry Giscard D’Estang, ex-presidente da França, para criar o projeto de uma Constituição para a Europa no seu todo, teria sido o corolário do iluminismo moderno na defesa dos direitos fundamentais, mormente os do Homem, - razão de ser dos textos constitucionais.

Giscard D’Estang, coordenando a nobre tarefa com uma equipe de jurisconsultos e peritos internacionais, juntos dedicaram vários debates em universidades europeias e praça pública, tendo-se chegado a um consenso técnico jurídico sobre a criação de uma constituição europeia. Foi a maior obra técnico-constitucional jamais vista. Tão engenhosa e perfeita, que só não foi adoptada devido à clássicas divergências políticas entre partidos políticos de direita e esquerda. Também a extrema direita e extrema esquerda, e em alguns casos, reminiscências do fascismo e nazismo o não permitiram.

Segundo pioneiros do projeto da constituição europeia, os vários tratados europeus desde a sua génese nos anos 50 com a CECA, CEE, Comunidade Europeia estabelecida em Roma e por fim da União Europeia de Maastricht – Holanda, sem descurar do Tratado de Lisboa de 2009 que reorganizou através de emendas a União Europeia dando-lhe um grande impulso em matéria de direitos fundamentais, - não eram por si só suficientes para assegurar o respeito total pelos direitos fundamentais, liberdades e garantias, e que o melhor instrumento seria o de natureza constitucional. No caso “ Hirsi Jamaa” em que a Itália foi condenada em 2011 pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, por interceptar e devolver refugiados capturados em águas

internacionais, no alto mediterrâneo, em violação do sistema europeu de proteção dos direitos humanos e do princípio que proíbe a repatriação involuntária, faz prova da tese que vem sendo defendida, da necessidade de uma jurisdição transversal constitucional mais ampla que possa salvaguardar os direitos do Homem. -

Afinal hoje, as constituições nacionais já não são interpretadas unicamente à luz dos critérios de cada Estado e sua soberania, mas à luz dos princípios universais, comumente aceites.

5.1 - A Constituição do Brasil de 1988, se rege em suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos Humanos – art.º 4.º (II), constituindo-se em estado democrático de direito tendo como fundamento *inter alia*, a dignidade da pessoa humana art.º 1.º III. A especificidade e o carácter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988.

No direito comparado:

5.1.1 - Em Portugal, art.º 16.º - 1, da Constituição, “... Os direitos fundamentais não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”; art.º 16.º n.º 2 “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”;

Em **Espanha**, a Constituição de 1978 submete a eventual denúncia de tratados sobre direitos e deveres fundamentais ao requisito da prévia autorização ou aprovação do poder legislativo – art.º 96/2 e 94/1. Isso fortalece os tratados de direitos humanos. A aprovação pelo Parlamento fiscaliza a atuação do Executivo no plano dos direitos humanos.

Em **Angola**, o art.º 13.º n.º 1, da Constituição de 2010 estabelece: “ O direito internacional geral ou comum recebido nos termos da presente Constituição faz parte integrante da ordem jurídica angolana”.

N.º 2 do art.º 13.º - “ Os tratados e acordos internacionais regularmente aprovados ou ratificados vigoram na ordem jurídica angolana após a sua publicação oficial e entrada em vigor na ordem jurídica internacional e

enquanto vincularem internacionalmente o Estado Angolano.

Em **Moçambique**, a Constituição aprovada em 2004 que entrou em vigor aos 21/01/2005, estabelece no art.18.º n.º 1 que, “ os tratados e acordos internacionais validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem jurídica Moçambicana após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado de Moçambique”.

N.º 2 do art.º 18.º “ As normas de direito internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os atos normativos infraconstitucionais emanadas da Assembleia da República e do Governo consoante a sua respectiva forma de recepção”.

No **Chile**, a Constituição de 1989 art.º 5 (II) estabelece a seguinte disposição: “ É dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos garantidos por esta Constituição, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontrem vigentes”.

A Constituição de **Guatemala** de 1985 no seu art.º 46.º estabelece que os tratados de direitos humanos ratificados pela Guatemala têm preeminência sobre o direito interno. Deste modo, a atual constituição de Guatemala atribui a estes hierárquica especial, com preeminência sobre a legislação ordinária e o restante do direito interno.

De um modo geral e citando aulas de Maria Albertini, docente da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais no Brasil, a nova tendência de constituições latino-americanas recentes é de conceder um tratamento especial ou diferenciado no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados.

CAPITULO III

Desenvolvimento - 2

IV - Os Fóruns Internacionais de Cooperação Judiciária (CJCPLP,

WCCJ, CJCA, ACCF, Associação Interamericana de justiça, Associação Asiática de justiça constitucional, União Árabe dos Tribunais e Conselhos constitucionais), a Comissão de Veneza, como garantes da proteção dos Direitos do Homem.

A proteção internacional dos direitos do Homem, amparada pela cooperação e ideias da *pacta sunt servanda*, e do princípio do constrangimento, desejáveis numa sociedade internacional organizada, e não anárquica, conta atualmente com vários fóruns internacionais de cooperação judiciária, para salvaguardar a “sagrada” proteção dos Direitos do Homem.

Destacamos seis conferências internacionais de cooperação em matéria das jurisdições constitucionais em defesa dos Direitos do Homem, que são:

CJCPLP (Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa); WCCJ (Conferência Mundial de Justiça Constitucional); CJCA (Conferência das Jurisdições Constitucionais de África); ACCF (Associação dos Tribunais Constitucionais de Língua Francesa); A União Árabe dos Tribunais e Conselhos Constitucionais; Associação Interamericana de Justiça, e AAJC (Associação Asiática de Justiça Constitucional).

Todas essas Associações visam a cooperação e troca de experiência jurisdicional na salvaguarda dos direitos fundamentais e em particular do Homem. Por intermédio dessas organizações que se articulam entre si através de Congressos, seminários científicos, sites comuns e publicações, o mundo consegue ter mais um denominador comum para a defesa dos direitos fundamentais.

Para uma melhor compreensão da importância desses fóruns, nesse trabalho, iremos dar um passo para o interior das mesmas, como segue:

1 – A C.J.C.P.L.P (CONFERÊNCIA DAS JURISDIÇÕES CONSTITUCIONAIS DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA)



- É uma organização de cooperação judiciária, jurisprudencial e científica, que congrega os Órgãos Supremos com Jurisdição Constitucional dos Países de Língua Portuguesa.

- A Declaração Constitutiva da CJCPLP foi assinada a 21 de Novembro de 2008 em Brasília pelos Presidentes dos Órgãos com Jurisdição Constitucional de Angola, Brasil, Cabo-Verde, Guiné Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor Leste.

- A aprovação dos Estatutos teve lugar a 20 de Maio de 2010, em Lisboa, durante a 1ª Assembleia da CJCPLP.

OBJECTIVOS:

- Promover os direitos humanos, defender a democracia e a independência judicial.
- Fomentar a cooperação e a troca de experiências referentes ao controlo da constitucionalidade.
- Dinamizar o intercâmbio técnico entre as estruturas dos países membros.

ÓRGÃOS

A CJCPLP adopta como órgãos a Assembleia, integrada pelos representantes dos Órgãos membros da CJCPLP, que reúne, em sessão ordinária, a cada dois anos; o Conselho dos Presidentes, é integrado pelos Presidentes dos Órgãos membros da Conferência.

A Conferência tem a sua sede no país do órgão de jurisdição constitucional que tiver sido escolhido como responsável pela organização da próxima reunião plenária.

A Assembleia é composta pelas delegações indicadas pelos seus membros. A Assembleia reúne-se em sessão ordinária uma vez em cada dois anos.

As deliberações da Assembleia são tomadas pela maioria dos membros presentes, desde que esteja representada a maioria dos membros da

Conferência, salvo quanto à deliberação de admissão de novos membros para a qual se exige a unanimidade.

O Conselho dos Presidentes é composto pelos Presidentes dos Órgãos membros da Conferência. A Presidência deste Conselho é rotativa e bienal.

A CJCPLP é assegurada pelos serviços do Órgão que preside a cada momento à Conferência.

Quanto aos membros, são efetivos os subscritores da Declaração Constitutiva da Conferência. A CJCPLP é integrada, pelos Tribunais Constitucionais de Angola e de Portugal, pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, pelos Supremos Tribunais de Justiça de Cabo-Verde, da Guiné-Bissau e de S. Tomé e Príncipe, pelo Conselho Constitucional de Moçambique e pelo Tribunal de Recurso de Timor Leste

São membros Observadores, os que aderirem nessa condição independentemente de língua ou continente, com ação reconhecida em prol da defesa dos direitos humanos e da democracia.

2 – CONFERÊNCIA DAS JURISDIÇÕES CONSTITUCIONAIS DE ÁFRICA



A Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países Africanos, é uma organização de cooperação judiciária, jurisprudencial e científica que congrega as jurisdições constitucionais desses países.

A Conferência tem por objetivos, de entre outros, estreitar os laços institucionais entre os membros da Conferência, promover a justiça constitucional em África através de diálogo e consulta, promover a solidariedade e ajuda mútua entre os seus membros. Visa a troca de experiências acumuladas pelos órgãos jurisdicionais Africanos nos grupos regionais ou linguísticos, aberto à evolução da democracia, do Estado de direito e dos direitos do homem no mundo. A CJCA é assim um espaço coletivo de concertação e de troca de experiências.

A criação desta Conferência (CJCA) veio, por conseguinte, colmatar um

vazio no espaço constitucional Africano, promovendo sinergias, valores e princípios universais de estado de Direito, da Democracia e dos Direitos do Homem claramente enunciados no acto constitutivo da União Africana e reafirmada na Carta Africana da Democracia, Eleições e Boa Governação.

Segundo a vontade dos fundadores a Conferência permite a coordenação das posições e a conjugação dos esforços nos fóruns internacionais para fazer entender a voz da África, como continente unido, forte na sua unidade e rico na sua diversidade, e permitirá ainda dar a sua contribuição no domínio da Justiça Constitucional no Mundo.

OBJETIVOS DA CONFERÊNCIA – ESTATUTOS

ARTIGO. 3º

1. Agrupar, num espaço Africano comum, as Jurisdições Africanas encarregadas de velar pelo respeito da Constituição;
2. Promover a Justiça Constitucional em África pela concertação e pela consulta;
3. Promover a solidariedade e o apoio entre os seus membros;
4. Favorecer o intercâmbio de experiências e de informação em matéria de Jurisprudência Constitucional;
5. Estabelecer laços estreitos com a comunidade Jurídica, nomeadamente universitária;
6. Desenvolver as relações de intercâmbio e de cooperação entre a Conferência e as organizações similares no mundo;
7. Oferecer a contribuição de África no plano internacional, no domínio da Justiça Constitucional.

ÓRGÃOS DA CONFERÊNCIA

ARTIGO 11º

Os Órgãos da Conferência são:

- O Congresso,
- O Bureau Executivo,
- O Secretário-Geral e o Secretário-Geral Adjunto.

O Bureau Executivo reúne-se uma vez por ano em Sessão Ordinária sob convocação do seu Presidente.

O Congresso da CJCA reúne-se de três em três anos.

O Secretário Geral é eleito por mandato de 3 anos prorrogável. O Secretário Geral é coadjuvado pelo Secretário-Geral Adjunto que é eleito junto do órgão que assegura a sede da Conferência.

A Conferência da CJCA compreende atualmente 45 países e três observadores que são o Brasil, a Turquia e o Tribunal Constitucional da Rússia.

Sit da CJCA: www.cjca-conf.org

3 - WCCJ – Conferência Mundial de Justiça Constitucional



www.venice.coe.int/WCCJ

A Conferência Mundial de justiça Constitucional é o fórum de interação dos diversos grupos de cooperação internacional de justiça constitucional. Entre eles destacam-se a Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, a Conferência das Jurisdições Constitucionais de África, a Associação dos Tribunais Constitucionais (grupo linguístico francês), a Comissão de Juízes Presidentes da África Austral, a Conferência dos Órgãos de Controle Constitucional de Países de Jovens Democracias, a Conferência dos Tribunais dos países de língua portuguesa, além de tribunais constitucionais asiáticos, a União Árabe de Tribunais e Conselhos Constitucionais e a Conferência Ibero-Americana de Justiça Constitucional.

Tem por objetivos: (Art.º 1.º dos Estatutos).

- Promover a justiça constitucional no sentido do exame da constitucionalidade das leis, incluindo a jurisprudência dos direitos humanos, como um elemento chave para a democracia, a proteção dos direitos humanos e o Estado de direito.
- A Conferência Mundial promove o intercâmbio de experiências e de jurisprudência dentro dos grupos regionais e linguísticos, entre eles e com os diversos membros, e apoia a independência dos seus membros.

Os meios utilizados pela Conferência Mundial para alcançar estes objetivos são os seguintes:

- A organização de congressos periódicos que unam todos os membros à escala mundial;
- A participação em conferências e seminários regionais;
- O intercâmbio de experiências através de um website, um fórum on-line e uma base de dados sobre jurisprudência; e
- a prestação de bons ofícios aos seus membros, a pedido destes.

No fórum mundial, se proporciona o diálogo judicial entre juízes constitucionais em escala global. Devido à obrigação de contenção judicial, os juízes constitucionais às vezes têm pouca ocasião para conduzir um diálogo construtivo sobre os princípios constitucionais em seus países sobretudo em matéria dos direitos fundamentais e proteção dos direitos do homem. As trocas que ocorrem entre juízes de várias partes do mundo na Conferência Mundial promovem a reflexão sobre os argumentos, que promovem os objetivos básicos inerentes às constituições nacionais. Mesmo que esses textos muitas vezes diferem substancialmente, a discussão sobre os conceitos constitucionais subjacentes une juízes constitucionais de várias partes do mundo comprometidos com a promoção da constitucionalidade em seu próprio país.

Os Tribunais e Conselhos, membros e comprometidos com os princípios da Conferência Mundial podem ver sua adesão suspensa pela Assembleia Geral da Conferência Mundial em caso de flagrante violação desses princípios.

A Conferência Mundial de Justiça Constitucional tem a sede em Estrasburgo e funciona no seio do Conselho de Europa.

Desde a sua criação, a Conferência Mundial de Justiça Constitucional já realizou os seguintes Congressos:

2008 – O 1.º Congresso Mundial em Cap Town – África do Sul sob o tema: “Justiça Constitucional influente”.

2011 – O 2.º Congresso Mundial no Rio de Janeiro com o tema “a

independência dos juízes”.

2014 – O 3.º Congresso Mundial em Seul – Coreia do Sul,

2017 – O 4.º Congresso Mundial em Vilnius – Lituânia,

2020 – teria sido o 5.º Congresso Mundial sob o tema “ a Justiça Constitucional e a Paz” em Argel, mas que ficou adiado para 2022 e a realizar na Indonésia.

4.1 - A ACCF – Conferência dos Tribunais e Conselhos Constitucionais de língua francesa; a Associação dos Tribunais e Conselhos Constitucionais dos Estados Europeus; a Conferência Ibero-Americana de Justiça Constitucional; a Associação Interamericana das Cortes Supremas e a Associação Asiática dos Tribunais constitucionais, os Tribunais da Commonwealth; a Conferência dos órgãos de controle constitucional dos países de jovem democracia; o Fórum dos juízes em Chefe da África austral; a União dos Tribunais e Conselhos Constitucionais Árabes, e a Comissão de Veneza, prosseguem os mesmos fins de cooperação judiciária sobre a proteção dos direitos fundamentais, realizando a troca de experiências através de congressos, seminários, e boletins virtuais que publicam, bem como as sentenças que partilham entre si em matéria de defesa dos direitos fundamentais.

Particular destaque se oferece à Comissão de Veneza, um órgão independente e de consulta, afeto ao Conselho de Europa criado em 1990 para assegurar a transição constitucional democrática dos países do leste europeu, e que hoje se transformou num importante instrumento de consulta mundial, elaborando de forma voluntária textos constitucionais, pareceres, monitorando os Estados e jurisdições constitucionais, sempre no âmbito de cooperação, disponibilizando o CODICES como instrumento de aproximação de decisões judiciais. O CODICES que reúne numa plataforma informática as decisões judiciais mais importantes em matéria de direitos fundamentais dos países quer sejam ou não membros da Comissão de Veneza do Conselho da Europa, permite harmonizar a justiça mundial em torno dos direitos do Homem.

Funciona com Divisões, destacando-se a Divisão Constitucional, e a Divisão dos Partidos Políticos e Referendos. A Comissão de Veneza para a Democracia

pelo Direito, tem a sua sede em Estrasburgo e reúne-se em sessões plenárias quatro vezes ao ano na cidade de Veneza em Itália. Foi graças aos esforços e diplomacia da Comissão de Veneza na pessoa de Gianni Buquicchio (Italiano) e Schnitz Rudolf Durr (Austriaco) que se criou a Conferência Mundial de Justiça Constitucional, e que até à atualidade acolhe o Secretariado Mundial do Fórum Mundial dos Tribunais Constitucionais (WCCJ). A Comissão de Veneza de modo a prestar com eficiência o seu papel de defesa dos direitos fundamentais, a democracia, o estado de direito e acima de tudo os direitos do Homem, está associada como membro Observador de inúmeros fóruns jurisdicionais do mundo.

4.1.1. Contributos da Comissão de Veneza sobre a definição da Noção de Estado de Direito como garante dos Direitos fundamentais.

A propósito da cooperação jurisprudencial em defesa do Estado de direito democrático, arcabouço no qual os direitos humanos se defendem, a Comissão de Veneza para a Democracia pelo Direito publicou em 2011 o *check list* para se aferir se um Estado é de Direito e Democrático ou não. Não basta autoproclamar-se, mas sim, na observação prática do respeito pelos direitos fundamentais.

No seu relatório, a Comissão de Veneza concluiu que, apesar das diferenças de opinião existe consenso sobre os elementos essenciais do Estado de Direito contemporâneo. Estes elementos nucleares são:

A – Os riscos de um conceito puramente formal do Estado de Direito.

B – Legalidade, segurança jurídica, proibição da arbitrariedade, acesso à justiça perante tribunais independentes e imparciais, respeito pelos direitos humanos, a não discriminação e a igualdade perante a lei.

C - O Estado de Direito como um mecanismo para restringir o poder (governativo) do Estado e a sua obrigação de proteger de forma eficaz os direitos humanos.

Ao nível das Nações Unidas, após publicação dos Indicadores do Estado de Direito em 2011, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou numa Reunião de alto nível, em 2012 uma Declaração sobre o Estado de Direito a nível Internacional e

Nacional, reconhecendo que “ o Estado de Direito aplica-se a todos os países de forma igual assim como às organizações internacionais “.

A lista de verificação elaborada sob os auspícios da Comissão de Veneza, é dirigida principalmente para a avaliação das garantias jurídicas. Contudo, a correta aplicação da Lei constitui um aspecto importante do Estado de Direito e deve ser tomado em conta. Esta é a razão pela qual a lista de verificação inclui também certos pressupostos fundamentais relacionados com a sua aplicação.

A avaliação do cumprimento dos parâmetros requer fontes de verificação (padrões). Para os parâmetros legais, estes serão as leis em vigor, como por exemplo, na Europa, as avaliações jurídicas feitas pelo Tribunal Europeu dos direitos do Homem, a Comissão de Veneza, o Conselho da Europa, os organismos de monitoramento e outras fontes institucionais. Para os parâmetros relacionados com a sua aplicação terão de ser utilizadas fontes múltiplas, incluindo as institucionais tais como o CEPEJ e a Agência da União Europeia para os Direitos Fundamentais.

4.1.1.1 - Ainda que de forma inconclusiva, quanto ao papel dos princípios de cooperação e constrangimento, as mais diversas organizações existentes no mundo e que continuarão a existir, aos mais diversos níveis, podem ser considerados como Garantes da Proteção Internacional dos Direitos Humanos, na sua plena efetividade. De um modo geral nos fóruns acima identificados, os membros prevaricadores, pondo em causa os direitos do Homem, são disciplinados com restrições que vão desde a não participação na votação em assembleias internacionais, ao afastamento da organização, o que é deveras constrangedor.

Portanto, não é a nível interno dos Estados, ainda que se afirmem como de direito e democráticos que se asseguram os direitos humanos, pois como já supra referido está comprovado que os atropelos aos direitos do Homem são mais de carácter interno dos Estados que externo.

POSIÇÃO DO ALUNO, AUTOR DO PRESENTE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO.

5.1 – Associada a sugestão da Tunísia junto da União Africana de ser criado um Tribunal Constitucional Internacional, surge da nossa parte a ideia de a Áustria, o berço dos Tribunais Constitucionais acomodar essa Instância, numa altura em que este país germânico celebra o jubileu centenar de Hans Kelsen, o pioneiro dos Tribunais Constitucionais. Sendo um dos países mais avançados do mundo nessa matéria de jurisdições constitucionais devia ser estimulado ou encarregue dessa nobre tarefa de cariz internacional.

A questão de interpretação de normas constitucionais, com o seu emaranhado conjunto de princípios e regras que se digladiam na praça pública dos doutrinadores internacionais, uns com concepções tradicionais, que têm uma função essencialmente heurística, baseando-se em critérios materiais ou funcionais (importância da norma, fundamentalidade, grau de abstração etc.), - segundo Alexandre de Melo Alexandrino – Lisboa;

Ainda na esteira das concepções tradicionais encontramos cinco critérios de distinção entre princípios e regras, quais sejam, o grau de abstração, determinabilidade, fundamentalidade, proximidade da ideia de direito, natureza normogenética;

Outros com concepções estruturais, que têm uma função teórica pura; baseando-se num critério lógico: o critério da estrutura das normas;

Outras teorias que propõem uma distinção forte (Dworkin, Sieckman, Brodowski, Alexy);

Depois, teorias que propõem uma distinção débil (Joseph Raz, Reis Novais, José de Melo Alexandrino);

Existem ainda teorias que rejeitam a possibilidade de distinção entre regras e princípios (Aulis Aarnio) por exemplo.

Surgem depois concepções estruturais e dentro das concepções estruturais, a paradigmática proposta de Alexy, sendo para este que os princípios são “normas que exigem que alguma coisa se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades fácticas e jurídicas existentes”; os princípios são por isso comandos de optimização (*Optimierungsgebote*) susceptíveis de preenchimento em graus diversos. Que as regras são normas que ou se preenchem ou não se preenchem, sendo aplicáveis em termos de tudo ou nada (*all or nothing fashion*).

Seguindo nesta linha, o Professor Gomes Canotilho diz que as *Regras* – proíbem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (*direito definitivo*) Alexy, 91.

Que os *Princípios* – exigem a realização de algo da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas.

Porém segundo Habermas, os princípios são normas que têm uma pretensão de validade não especificada (podendo ser realizados em graus diversos), ao passo que as regras fornecem a solução de um problema.

Embora toda essa construção do saber jurídico exista em defesa dos direitos fundamentais, é necessário que seja criada uma instância internacional que faça aplicação efetiva de todo este acervo de conhecimentos filosóficos de proteção dos Direitos do Homem.

CAPITULO IV

Desenvolvimento - 3

INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Das aulas de Maria de Lourdes Albertini Quaglia, na disciplina de direitos humanos na ordem jurídica internacional, a difusão dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos é um passo inicial para a vindicação dos direitos. A tarefa de legislação internacional no presente domínio já se encontra bastante avançada e cumpre agora dar real efetividade aos múltiplos instrumentos internacionais coexistentes no plano do direito interno.

Infra destacam-se os mais conhecidos instrumentos internacionais de proteção do indivíduo.

Universais:

Convenção para a Prevenção e Repressão de Genocídio;

Convenção I de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha;

Convenção II de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar;

Convenção III de Genebra relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra;

Convenção IV de Genebra relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra;

Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais;

Protocolo II Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais;

Protocolo III Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1929 relativo à Adoção de Um Emblema Distintivo Adicional;

Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (Convenção da Haia);

Primeiro Protocolo à Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado;

Convenção sobre a Proibição ou Limitação do uso de certas Armas Convencionais que podem ser consideradas como Produzindo Efeitos Traumáticos Excessivos ou Ferindo Indiscriminadamente e seus Protocolos I, II e III;

IV Protocolo Adicional à Convenção sobre a Proibição ou Limitação do uso de Certas Armas Convencionais Que Podem Ser Consideradas como Produzindo Efeitos Traumáticos Excessivos ou Ferindo indiscriminadamente (Protocolo sobre Armas Laser que causam Cegueira);

V Protocolo Adicional à Convenção sobre a Proibição ou Limitação do uso de Certas Armas Convencionas Que Podem Ser Consideradas como Produzindo Efeitos Traumáticos Excessivos ou Ferindo Indiscriminadamente sobre Explosivos Remanescentes de Guerra;

Convenção sobre a Proibição da Utilização, Armazenagem, Produção e Transferência de Minas Antipessoal e sobre a sua Destruição;

Convenção sobre Proibição do Desenvolvimento, Produção, Armazenagem e Utilização de Armas Químicas e sobre a Sua destruição;

Proibição relativo à Proibição do Emprego na Guerra de Gases Asfixiantes, Tóxicos ou Similares e de Meios Bacteriológicos;

Convenção sobre Munições de Dispersão;

Estatuto do Tribunal Internacional para Julgar as Pessoas Responsáveis por Violações Graves ao Direito Internacional Humanitário cometidas no Território da Ex-Jugoslávia desde 1991;

Estatuto do Tribunal Internacional para o Ruanda,

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional,

Alterações ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional relativo ao Crime de Agressão;

Fonte: Ministério da Justiça de Portugal.

INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DO HOMEM AO NÍVEL DA UNIÃO EUROPEIA.

Decisão 2003/335/JAI do Conselho, de 8 de maio de 2003, relativo à investigação e instauração e perseguição penal de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e Crimes de guerra;

2002/494/JAI: Decisão do Conselho de 13 de junho de 2002, que cria uma Rede Europeia de pontos de contacto relativa a pessoas responsáveis por genocídios, crimes contra a humanidade e crimes de guerra;

Diretrizes da EU sobre Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário (2009).

ORGÃOS INTERNACIONAIS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS:

Comité Internacional da Cruz Vermelha;

Federação Internacional das Sociedades da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho;

Gabinete para a Coordenação dos Assuntos Humanitários (ONU);

Cruz Vermelha ao nível local de vários países sobretudo europeus;

Representante Especial do Secretário-Geral da ONU sobre Violência Sexual em Conflitos;

Enviado Humanitário do Secretário-geral (ONU)
Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)
Gabinete das Nações Unidas para a Prevenção do Genocídio e a
Responsabilidade de Proteger o Tribunal Penal Internacional
Mecanismo das Nações Unidas para os Tribunais Penais Internacionais.

TEMAS DE DIREITOS HUMANOS.

- Direitos Cíveis e Políticos (Geral)
- Direitos Económicos, Sociais e Culturais (Geral)
- Discriminação Racial e contra Minorias
- Direitos da Criança
- Discriminação contra as Mulheres
- Migrantes, Estrangeiros e Refugiados
- Direitos Humanos na Administração da Justiça
- Pessoas com Deficiência
- Emprego e Trabalho
- Escravidão, Servidão, Trabalhos Forçados e Práticas Similares/Tráfico de
Pessoas
- Discriminação baseada na orientação Sexual e Identidade de Género
- Liberdades Cívicas
- Casamento, Família e Juventude
- Nacionalidade e Apátrida
- Idosos
- Bem-estar Social, Progresso e Desenvolvimento
- Bioética e Saúde
- Privacidade e Proteção de Dados Pessoais
- Direitos Culturais
- Direito à Autodeterminação
- Promoção e Proteção dos Direitos Humanos.

Fonte: Ministério da Justiça de Portugal.

CAPITULO V

ESTUDO DE CASO PRÁTICO

1 - OBJETO DE ESTUDO: O Acórdão HIRSI JAMAA e outros, *versos* Itália – " Proteção internacional dos Refugiados. Compatibilidade das políticas de imigração e controle de fronteiras com o direito internacional". Violação do art.º 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

2 – DA CORTE:

CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. – Proc. 27765/09

A Corte Europeia dos Direitos do Homem é a mais alta instância jurisdicional europeia, com jurisdição sobre 800 milhões de europeus em 47 países da Europa.

Este areópago da justiça europeia é composto por 47 juízes, tantos quantos os membros do Conselho da Europa. A Corte Europeia foi criada pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aprovada depois da segunda guerra mundial no seio do Conselho da Europa. É o órgão fiscalizador do cumprimento das obrigações decorrentes da Convenção nos países membros do Conselho da Europa. Os assuntos submetidos à sua jurisdição dizem respeito ao direito à vida, direito à integridade física, direito à segurança, direito ao processo justo, princípio da legalidade, direito ao respeito pela vida privada e familiar, liberdade religiosa, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de associação, liberdade de ensino, direito à propriedade, entre outros.

QUALIDADE EM QUE INTERVÉM: *ÓRGÃO AD QUEM*

3 - ANO: 2012, 23 DE FEV.

4 - RELATOR: Não Identificado. Decisão tomada pela Grand Chambre (Plenário).

5 – PARTES: Hirsi Jamaa e outros vs. Itália

6 – PUBLICAÇÃO: Direção de publicação de acórdãos da CEDH.

7 - RESULTADO DO JULGAMENTO E RATIO DECIDENDI: - A sentença

reconhece a violação de quatro núcleos de proteção:

- A) – O princípio do “non-refoulement “;
- B) - A proibição da tortura e de outros tratamentos desumanos ou degradantes;
- C) – A proibição de expulsões coletivas;
- D) - A garantia de acesso à instâncias administrativas do país onde se encontravam os solicitantes de refúgio.

ANÁLISE DO ESTUDO DO CASO

INTRODUÇÃO SUMÁRIA:

O caso prático, objeto do presente trabalho, foi a condenação da Itália no processo “HIRSI JAMAA e outros Itália “ por violação em 2009 do princípio da não repulsão previsto em tratados internacionais de que é signatária, que proíbe a repulsão de refugiados. A repatriação de indivíduos em situação de refúgio mesmo que cessem os motivos que os conduziu à essa condição é proibida pelos tratados. Um refugiado não pode ser colocado em condições de vulnerabilidade.

DESENVOLVIMENTO:

O Caso Hirsi Jamaa e outros vs. Itália perante a Corte Europeia de Direitos Humanos .

Em 06 de maio de 2009, um barco com 24 tripulantes, sendo 11 nacionais da Somália e 13 da Eritreia, foi interceptado em águas internacionais pela guarda costeira italiana a 35 milhas náuticas da Ilha de Lampedusa. Sem que houvesse qualquer tipo de comunicação com os estrangeiros, os oficiais italianos colocaram esses pretendos imigrantes em navio de bandeira italiana e os levaram à Líbia, onde foram entregues ao governo daquele país. Ocorre que todos os 24 imigrantes eram solicitantes de refúgio e em nenhum momento fizeram tal pedido às autoridades italianas por acreditarem que haviam sido resgatados do alto mar para serem levados à Ilha de Lampedusa, território italiano próximo à costa africana que serve de porto de entrada para milhares de

imigrantes em situação irregular para a Itália e, conseqüentemente, dali para a União Europeia.

A principal argumentação italiana para realizar atos contrários ao direito dos refugiados e, especificamente, ao princípio do non-refoulement, esteve baseada em tratado bilateral firmado com a Líbia em 2007 (§ 19 da decisão), segundo o qual os dois países estabelecem cooperação para evitar a imigração clandestina de imigrantes africanos para a Europa (§ 13 da decisão).

Em 30 de agosto de 2008, Itália e Líbia assinaram um Tratado de Amizade, Parceria e Cooperação para coibir a imigração clandestina cujo artigo 19 dispõe que, nos seus atos, os países devem agir de acordo com os princípios da Carta da ONU e da Declaração Universal de Direitos Humanos (§ 20 da decisão).

Em conferência com a imprensa em 7 de maio de 2009, o ministro italiano do interior afirmou que a operação para interceptar os navios em alto mar e retornar os imigrantes para a Líbia foi consequência da entrada em vigor em 4 de janeiro de 2009 de acordos bilaterais concluídos com a Líbia, e representou um importante passo na luta contra a imigração clandestina.

Em discurso perante o senado italiano, o Ministro chegou a afirmar que, apenas entre 6 e 10 de maio de 2009, 471 imigrantes foram interceptados em alto mar e transferidos para a Líbia em cumprimento do tratado bilateral, desencorajando criminosos envolvidos em tráfico de pessoas e como forma de salvamento daquelas pessoas que se encontravam em alto mar.

De acordo com o artigo 98 da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar (1982), todo Estado tem o dever de prestar assistência às pessoas que se encontrem em alto mar e que corram perigo de se perderem ou de que algo mais grave lhes aconteça.

Caso a guarda costeira italiana efetivamente quisesse prestar tal assistência aos 24 demandantes, dificilmente seu ato envolveria falta completa de comunicação com os mesmos, enquanto em navio italiano, e desembarque forçado em Trípoli, conforme relatado pela CEDH.

Em sede preliminar, a Itália questionou a legitimidade da representação dos autores e o fato de não ter havido esgotamento dos recursos legais internos em solo italiano para que o pleito fosse apresentado à Corte.

A representação jurídica apresentada possuía vícios formais diversos, tais como: (i) falta de data e lugar da assinatura, (ii) ausência de referência ao número do procedimento, (iii) identificação insuficiente dos autores (sobrenome, nome, assinatura e impressão digital) e (iv) impossibilidade de confrontar a comunicação eletrônica com as assinaturas dos instrumentos.

Em contrapartida, os representantes das vítimas afirmaram que (i) os vícios formais não são suficientes para anular as procurações, (ii) muitas das dificuldades de identificação decorrem diretamente das ações contestadas pelos autores, (iii) que vários petionários foram identificados pelo ACNUR e, que (iv) apesar das dificuldades de comunicação, mantém contato com alguns representados, o suficiente para caracterizar a representação no caso *sub judice*.

A CEDH rejeitou as questões preliminares arguidas pela Itália e deu procedimento ao caso. No mérito, apesar do suposto cumprimento ao pacta sunt servanda de tratado bilateral moralmente contestável, ainda assim a Corte entendeu que a Itália violou o princípio do non-refoulement, além dos dispositivos específicos dos artigos 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o artigo 4º do Protocolo IV e o artigo 13 da Convenção, combinado com seu artigo 3º e o artigo 4º do Protocolo IV.

A decisão da CEDH, em 23 de fevereiro de 2012, foi unânime e não deixa dúvidas da importância dos direitos por ela protegidos no julgamento do caso.

Os artigos violados dizem respeito ao seguinte:

Artigo 3º da Convenção – “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

Artigo 4º do Protocolo IV – “São proibidas as expulsões coletivas de estrangeiros”. Artigo 13 da Convenção – “Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais”.

Encontram-se, portanto, quatro núcleos de direitos violados pela Itália em relação aos 24 imigrantes: (i) proibição da tortura, de tratamento desumano ou degradante, (ii) proibição de expulsão coletiva de estrangeiros, (iii) proibição de impedimento de recurso às autoridades competentes em caso de violação de direitos e (iv) o próprio princípio do non-refoulement.

Importa destacar que a Líbia não é signatária da Convenção da ONU sobre o Estatuto dos Refugiados (1951), o que impede o reconhecimento, pelo governo líbio, da condição de refugiado aos demandantes. Apesar disso, o próprio ACNUR, enquanto *amicus curiae* no caso, afirmou que possuía escritório em Trípoli para prestar assistência aos refugiados africanos que se encontravam na Líbia, mas que se viu forçado a fechar sua representação e a retirar seus funcionários em decorrência da Primavera Árabe, levantamento popular ocorrido posteriormente aos fatos que ensejaram o caso levado à CEDH. Importante mencionar que, por força dos acontecimentos da Primavera Árabe, o tratado bilateral de cooperação entre Líbia e Itália para prevenir a imigração clandestina foi suspenso em 2011, conforme o §21 da decisão da CEDH.

A Itália não podia negar desconhecimento de que a Líbia não é parte no Estatuto dos Refugiados e, entregando os imigrantes para aquele país, é duplamente responsável – por violação ao princípio do non-refoulement e por entregar os solicitantes de refúgio a país onde sabia que eles não teriam a proteção adequada por falta de responsabilidade daquele país em relação à Convenção de 1951.

Conforme ensina Carvalho Ramos (2012 a :69) a respeito do embate entre soberania e a obrigação de os Estados respeitarem os direitos humanos, [...] não é mais cabível, hoje, que um Estado alegue, na defesa de suas condutas violatórias de direitos humanos, que a proteção de direitos humanos faz parte de seu domínio reservado, e que eventual averiguação internacional (mesmo que mínima) da situação interna de direitos humanos ofenderia sua soberania.

A argumentação de Carvalho Ramos exposta acima, apesar de direcionada para tratamento contrário aos direitos humanos na ordem interna estatal, também se aplica para situações em que houve violação dessas normas e costumes sob a jurisdição do Estado, mesmo que fora do seu espaço geográfico limitado.

No caso em apreço, a jurisdição italiana foi reconhecida pelo navio de bandeira italiana que transportou os imigrantes somalis e eritreus até Trípoli. Tal jurisdição (e, portanto, dever de respeitar obrigações internacionais no seu território, mesmo que juridicamente fictício), está embasada no artigo 91(1) da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar (1982), que dispõe *in verbis* que todo estado deve estabelecer os requisitos necessários para a atribuição da sua nacionalidade a navios, para o registro de navios no seu território e para o direito de arvorar a sua bandeira. Os navios possuem nacionalidade do Estado cuja bandeira estejam autorizados a arvorar. Deve existir vínculo substancial entre o Estado e o navio. E também no artigo 4º do Código de Navegação italiano, de 30 de março de 1942, emendado no ano de 2002 (§18 da decisão da CEDH), segundo o qual “navios italianos em alto mar e aeronaves no espaço aéreo que não estejam sujeitos à soberania de um país são considerados território italiano”.

Ao reconhecer a responsabilidade internacional da Itália face aos 24 demandantes no caso Hirsi Jamaa e outros, a CEDH consagrou o entendimento de que o Estado possui obrigações relativas à proteção internacional da pessoa humana que devem ser respeitadas mesmo que isso implique desrespeitar tratado bilateral em vigor entre os Estados (no caso, o moralmente dúbio tratado de cooperação com a Líbia que determinava cooperação para transporte e devolução de imigrantes clandestinos).

A Corte ainda determinou que a Itália arcasse com todos os custos processuais do processo e indenizasse cada um dos imigrantes em 15 mil euros; lembrando que depois do início da ação judicial restaram apenas 23 deles, pois três faleceram de causas desconhecidas e, desses, 11 são nacionais da Somália e 13 da Eritreia.

Ainda, que o montante fosse negativamente simbólico para o Estado italiano a quantia total não exercerá mudança de orientação na política migratória do Estado. Entretanto, o valor em pecúnia é positivamente simbólico, ao menos em parte, por permitir alguma satisfação às vítimas em relação aos danos sofridos. Consta-se que o valor estipulado pela CEDH no caso *sub judice* é desproporcional aos direitos violados dos imigrantes e ao risco de morte, tortura e outros tratamentos desumanos e degradantes que estes sofreram na Líbia ou fora dela, após os eventos que ensejaram

o ingresso com o caso na Corte.

O direito de migrar está expresso no artigo 13 da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) segundo o qual “toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado” (artigo 13.1) e “toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar” (artigo 13.2).

A Declaração também abrange o direito dos imigrantes de buscar proteção fora dos limites territoriais do seu Estado de origem. No artigo 14 ela dispõe que “toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países” (artigo 14.1) com a salvaguarda de que “este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas” (artigo 14.2)

Embora a Declaração tenha sido proclamada como na forma da Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral da ONU (AGNU), ela claramente tem escopo universal (Comparato, 2008) e demonstra o caráter indivisível e inalienável dos direitos humanos, no sentido abrangido pela Declaração do Programa de Ação de Viena (1993) (Alves, 1994).

A Declaração Universal, de acordo com Carvalho Ramos, denota “norma costumeira de proteção de direitos humanos” (CARVALHO RAMOS, 2012a:53), reconhecida, inclusive, pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) no Caso do Pessoal Diplomático e Consular Estadunidense em Teerã (CARVALHO RAMOS, 2012a).

O princípio do non-refoulement, que informa o direito dos refugiados, diz respeito à não devolução do refugiado ou do solicitante de refúgio ao país onde ele tenha fundado temor de perseguição nos termos da Convenção da ONU sobre o Estatuto dos Refugiados (1951).

O artigo 33 da Convenção dispõe que: Nenhum dos Estados contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas.

De acordo com Carvalho Ramos (2010:355), “tal princípio consiste na vedação da devolução do refugiado ou solicitante de refúgio (refugee seeker) para o Estado do qual tenha o fundado temor de ser alvo de perseguição odiosa”.

De acordo com o Alto Comissariado da ONU para Refugiados (ACNUR), o princípio do non-refoulement é aplicado não apenas para refugiados, mas também para pessoas que ainda não tiveram sua condição reconhecida. O princípio, segundo o órgão, é aplicável em qualquer situação de migração forçada, incluindo deportação, expulsão, extradição e não admissão na fronteira (UNHCR, 2007).

A legislação brasileira sobre refúgio, Lei nº 9.474/1997, também obsta esse tipo de medida compulsória contra estrangeiro, com base no seu artigo 8º, segundo o qual “o ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes”. Mesmo face à negativa da concessão do refúgio, depois de esgotadas as instâncias administrativas pelas quais o pedido é analisado, ainda assim o país não pode entregar o estrangeiro para país onde sua vida ou integridade física possam estar ameaçadas, proibição essa expressa no artigo 32 da lei brasileira e no artigo 33 da Convenção de 1951.

A decisão da CEDH foi proferida por unanimidade entre seus juízes, havendo voto em separado do juiz Pinto de Albuquerque para reafirmar a importância do princípio do non-refoulement, violado pela Itália. Segundo o juiz, o refugiado é um refugiado independentemente de ter sua situação reconhecida, situação em que o non-refoulement é aplicado para prevenir danos à integridade física e à vida humana quando há mero risco deles ocorrerem.

Por fim, tanto no julgamento do caso Hirsi Jamaa e outros vs. Itália quanto em precedente jurisprudencial europeu (caso M.S.S. vs. Bélgica e Grécia, julgado em 21 de janeiro de 2011), a CEDH reconhece as dificuldades impostas aos países europeus frente aos fluxos maciços de imigrantes e de solicitantes de refúgio. Não obstante, ela reafirma, no parágrafo 122 da decisão, que os percalços impostos pela massa de imigrantes advindos dos conflitos armados em muitos países africanos, a despeito do caso em tela, não obstam que os países se furtem às suas obrigações a respeito dos direitos humanos, em particular ao artigo 3º da Convenção Europeia.

Conclusões:

Em período no qual as políticas migratórias estatais se têm sobressaído, na prática, sobre a proteção internacional de direitos humanos, não há dúvidas de que a sentença no caso Hirsi Jamaa e outros é importante no que diz respeito ao repatriamento de estrangeiros, especialmente na violação do princípio do non-refoulement e a consequente responsabilização do Estado por esses atos contrários ao direito internacional. Não obstante, mais importante ainda é a mudança de orientação na política migratória estatal, em que não apenas solicitantes de refúgio e refugiados, mas também estrangeiros, de uma maneira mais ampla, recebam o devido tratamento consoante as normas, os princípios e os costumes da proteção internacional da pessoa humana.

O julgamento, embora de alcance inter partes no contexto regional europeu, é importante precedente jurisprudencial para tribunais internacionais e domésticos no que tange às políticas migratórias restritivas de repatriamento de estrangeiros, sobretudo de pessoas protegidas sob o manto do direito dos refugiados, ocorridas no controle primário de fronteira, seja por determinação da política estatal ou por juízo de valor do agente de fronteira guiado por suas próprias convicções.

Mesmo que a reparação pecuniária às 24 vítimas do caso Hirsi Jamaa e outros vs. Itália tenha sido ínfima, o caso serve para lançar luz sobre a impossibilidade de os Estados se desobrigarem das suas obrigações de direitos humanos e, especialmente, quanto ao princípio do non-refoulement derivado do direito dos refugiados no seio da sua política migratória.

CAPITULO VI

CONCLUSÃO GERAL DO TCC

O Conceito de direitos do Homem, desde a Revolução Francesa está em permanente construção. Não se esgota numa definição nem na verificação de determinados pressupostos em uma determinada época. O conceito de direitos Humanos tenderá a evoluir como os paradigmas da humanidade transcorrendo os mais diversos períodos da história da vida humana, social e política. Os conceitos históricos, clássicos,

modernos ou da pós modernidade vão ficando registados sem ser anulados, contribuindo para a construção do edifício dos Direitos Humanos. A convergência dos povos e sistemas de governo dos países em torno das definições da Nações Unidas, Tratados Internacionais, organizações regionais de justiça, ONG's etc., é um denominador comum para a salvaguarda dos direitos do Homem, bem como a sua proteção que requer uma atuação permanente e positiva dos atores estaduais e a sociedade no sentido transversal.

O Constitucionalismo Multinível e a Proteção dos Direitos do Homem bem como os Fóruns Internacionais de Cooperação Judiciária são apenas Garantes da Proteção dos Direitos do Homem, aos quais se associam outras formas de interpretação de normas constitucionais, e aplicação prática do direito, na base de troca de experiências comuns em prol dos direitos do Homem.

O Acórdão HIRSI JAMAA e outros, Itália – Estudo de Caso, demonstrou claramente como é sensível a questão da proteção internacional dos refugiados e asilados num mundo com interesses díspares, buscando artifícios para negar direitos elementares da vida humana. A condenação da Itália, país que acolheu os mais importantes Tratados dos Direitos Humanos, como o Tratado que instituiu a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de que veio a ser condenado; o TPI entre outros, mostra que ainda existe alguma imaturidade na resolução dos verdadeiros problemas de direitos humanos.

Segundo o Juiz Conselheiro Paulo Pinto Albuquerque do TEDH, no seu voto concorrente, a questão fundamental aqui é como a Europa deve reconhecer aos refugiados "o direito a ter direitos", parafraseando Hannah Arendt. A resposta a essas questões políticas extremamente delicadas está na interseção do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional dos refugiados.

A proibição de retorno de refugiados está consagrada no direito internacional dos refugiados (Artigo 33 da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados (1951) e Artigo 2 § 3 da Convenção da Organização da Unidade Africana, que rege aspectos específicos dos problemas dos refugiados na África (1969) ("a Convenção da OUA"), bem como no direito universal dos direitos humanos (artigo 3 da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros

tratamentos ou punição cruel, desumano ou degradante (1984) e Artigo 16 § 1 da Convenção Internacional das Nações Unidas para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (2006) e na legislação regional de direitos humanos (Artigo 22 § 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), Artigo 12 § 3 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), Artigo 13 § 4 da Convenção Interamericana sobre prevenção e repressão de a tortura (1985).

Com efeito, e segundo o citado Juiz Conselheiro do TEDH Paulo Pinto Albuquerque, a obrigação de não repulsão pode ser desencadeada por uma violação ou risco de violação da essência de qualquer direito garantido pela Convenção Europeia, como o direito à vida, o direito à integridade física ou seu corolário, a proibição de tortura e maus tratos, ou pela "violação flagrante" do direito a um julgamento justo, do direito à liberdade, do direito à privacidade ou de qualquer outro direito garantido por Convenção.

De acordo com os princípios acima recordados, a operação de controlo fronteiriço do Estado italiano que conduziu ao regresso ao alto mar, associada à ausência de um procedimento de rastreio individual, justo e eficaz para os requerentes de asilo, constitui uma violação grave da proibição de expulsão coletiva de estrangeiros e, conseqüentemente, do princípio da não repulsão.

Se há um caso em que a Corte devia estabelecer medidas concretas de execução, é este. A Corte considerou que o governo italiano devia tomar medidas para obter do governo líbio garantias de que os requerentes não seriam submetidos a um tratamento incompatível com a Convenção, incluindo a repulsão indireta. O governo italiano tinha também a obrigação positiva de fornecer aos requerentes acesso prático e efetivo aos procedimentos de asilo na Itália.

citando Paulo Pinto Albuquerque, as palavras do juiz Blackmun são uma inspiração tão grande que não devem ser esquecidas. Refugiados que tentam fugir da África não reivindicam o direito de admissão na Europa. Eles apenas pedem à Europa, o berço do idealismo dos direitos

humanos e o berço do Estado de Direito, que pare de fechar suas portas a pessoas desesperadas que fugiram da arbitrariedade e brutalidade. Esta é uma oração muito modesta, além disso, apoiada pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem. "Não fiquemos surdos a esta oração. "

A Alemanha, apesar da sua influente Constituição de Weimar de 1919 iluminada pela Constituição Mexicana de 1917 de pendor social, acabou por cometer as maiores atrocidades contra a vida e direitos Humanos durante a segunda grande guerra mundial (1939 – 1945). É mais uma prova de que os países não podem andar sozinhos em matéria de proteção dos direitos do Homem.

Recordando Flávia Piovesan, a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado. Isto é: Não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva porque revela tema de legitimo interesse internacional.

Por fim, a Áustria, país berço das jurisdições constitucionais, através de Hans Kelsen nos anos 20 do séc. XX deveria assumir o papel de concentrar um Tribunal Constitucional Internacional, para melhor interpretação e aplicação de conceitos jurídico-filosóficos sobre direitos fundamentais de modo a permitir que os Estados respeitem de forma uniforme os direitos do Homem.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA OU CITADA

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional 15.^a ed. p.13.

COMPARATO, Fábio Conter - Universidade de USP - São Paulo.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3.^a ed. Coimbra Almedina, 2001, P.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, t.II 4.^a ed. P.8-34.

DE MELO, Celso António Bandeira, op cit. 17.^a ed. p. 842.

NEVES, Marcelo -

PIOVESAN, Flávia -

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional positivo 26.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores 2006.

ALBERTINI QUAGLIA, Maia de Lourdes, - Aulas de Direito Público - " Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional.

DANTAS, Ivo. Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional, P. 59.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Voto complementar do Acórdão Jamaa - Itália, Fev. 2012 Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - Strasbourg.

HANNAH, Arendet, Origens do Totalitarismo.

TUNISIA 2012, Manifesto apresentado junto da União Africana sobre a necessidade de um Tribunal Constitucional Internacional, encarregue à CJCA para pesquisa e defesa junto da comunidade internacional.

ALEXANDRINO, José de Melo. Princípios e Regras. Dificuldade do Conceito de Princípios, - Luanda 2010 - seminário para Juizes do Tribunal Constitucional.

COMISSÃO DE VENEZA, Pesquisas- Direitos Humanos. Dez.2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa, Direito Público 1995 - pág. 330-337

TRATADO DE NICE, Dez 2000, assinado a 26-02-2001 entrado em vigor aos 01-02-2003.

ACÓRDÃO “ HIRSI JAMAA e outros Itália “ por violação de direitos humanos.- 2012 Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - Strasboug.

Fonte. <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-102>

CLARO, Carolina de Abreu Batista Claro (Usp, REI, ISSN 2236 – 48811, vol.1 (2), 2010.

PORTUGAL, Ministério da Justiça.

RAMOS, Carvalho (2010: 355).

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS - BRASIL

ISAAC PAULO

ABRIL DE 2021.

