

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito Público

Marcus Vinicius Porcaro Nunes Schubert

**O DIÁLOGO DOS TRIBUNAIS REGIONAIS EM DIREITO INTERNACIONAL:
Possibilidades de expansão dos direitos humanos, pluralismo e o direito ao
desenvolvimento**

Belo Horizonte

2018

Marcus Vinicius Porcaro Nunes Schubert

**O DIÁLOGO DOS TRIBUNAIS REGIONAIS EM DIREITO INTERNACIONAL:
Possibilidades de expansão dos direitos humanos, pluralismo e o direito ao
desenvolvimento**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito principal para a obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva.

Belo Horizonte

2018

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S384d	Schubert, Marcus Vinicius Porcaro Nunes O diálogo dos tribunais regionais em direito internacional: possibilidades de expansão dos direitos humanos, pluralismo e o direito ao desenvolvimento / Marcus Vinicius Porcaro Nunes Schubert. Belo Horizonte, 2018. 159 f. Orientador: Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito 1. Direitos humanos - Legislação - Proteção. 2. Direito internacional ambiental. 3. Poder judiciário. 4. Cosmopolitismo. 5. Direitos econômicos e sociais. 6. Tribunais internacionais. I. Silva, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título. CDU: 342.56
-------	---

Marcus Vinicius Porcaro Nunes Schubert

**O DIÁLOGO DOS TRIBUNAIS REGIONAIS EM DIREITO INTERNACIONAL:
Possibilidades de expansão dos direitos humanos, pluralismo e o direito ao
desenvolvimento**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito principal para a obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva.

Prof. Dr. Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva – PUC Minas (Orientador)

Prof^a. Dr^a. Melina GirardiFachin – UFPR (Banca Examinadora)

Prof^a. Dr^a. Renata Mantovani de Lima – Universidade de Itaúna (Suplente)

Belo Horizonte, 28 de Fevereiro de 2018

*À minha avó, dona Afra, que me ensinou a ler,
me despertou o interesse pela pesquisa e
nutriu minha imaginação com as minhas
primeiras histórias e nos deixou na saudade
neste ano: este trabalho é para você, com
muito amor e carinho do seu neto...*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, minha gratidão à minha mãe, por todo o esforço, paciência e dedicação durante toda essa jornada.

Ao meu pai, que me deu as primeiras lições de direito, ainda que na aurora da vida, e que um dia eu o encontre quando chegar ao poente.

Aos meus amigos de todos os lugares e aos professores da PUC Minas, por todo o incentivo e apoio.

Ao professor Canêdo, pela paciência e atenção com que me recebeu e orientou.

À Fernanda, por todo amor e carinho do mundo.

“(...) Nossa existência deforma o universo. Isso é responsabilidade.” Delírio. (GAIMAN, Neil. **Sandman: Noites sem fim**. Editora Panini. 2005).

RESUMO

O direito internacional é caracterizado pela transição de um direito entre Estados para um modelo mais amplo, com a integração do indivíduo como sujeito e a proliferação de cortes independentes a fim de possibilitar o auxílio e a segurança em funções e matérias que antes estavam adstritas à soberania estatal. Com a proliferação de diversos órgãos jurídicos, a estrutura internacional de regimes passou a necessitar de uma regulação ao menos parcial para coordenar as fontes e princípios do direito internacional, o que levou ao fenômeno do diálogo internacional. Deste modo, o presente trabalho busca analisar os regimes internacionais e as funções de tribunais internacionais à luz das teorias de relações internacionais para, então, oferecer um breve panorama das cortes de direitos humanos e adentrar nos meandros da atividade dialógica em direito internacional. Apresentam-se, deste modo, as principais características do diálogo e da fertilização cruzada entre cortes, com suas respectivas potencialidades, ao passo que são também abordados fenômenos como o diálogo dos surdos. É questionada a forma como o diálogo se manifesta, em razão da assimetria entre os órgãos jurisdicionais referenciados, sendo feita também uma análise sobre o cosmopolitismo e a necessidade do papel das cortes de direitos humanos como tradutoras de um direito local na atividade dialógica. Por fim, são apresentadas observações acerca do direito ao desenvolvimento encarado no âmbito do direito africano dos povos, abordando-se o caso dos Endorois, em razão da atividade dialógica desenvolvida, com menção ao direito local e devido à utilização em larga medida o diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Conclui-se pela via de que o diálogo apresenta-se como fenômeno da complexidade internacional, e que embora ele já seja uma ferramenta útil, sua expansão depende também de uma revisão da maneira como se manifesta no âmbito doméstico.

Palavras-chave: Diálogo. Direitos Humanos. Transjudicialismo. Cortes e tribunais internacionais.

ABSTRACT

International law is characterized by the transition of a law between states to a broader model, with individual integration as subject and the proliferation of independent courts to enable aid and security in functions and subjects that were previously attached to the state sovereignty. With the proliferation of various legal bodies, international structures of regimes required at least a partial regulation to coordinate sources and principles of international law, which led to the phenomenon of international dialogue. Thus, the present work aims to analyze the international regimes and functions of international tribunals, in the light of international relations theories, to offer a brief overview of international human rights courts and to go to the intricacies of dialogic activity in international law. In this way, the main characteristics of dialogue and cross-fertilization between courts with their respective potentialities are presented, while phenomena such as the dialogue of deaf are also addressed. The way which dialogue manifests itself, as a result of asymmetry between referenced courts is questioned, and an analysis of cosmopolitanism and the necessity of the role of human rights courts as translators of local rights in the dialogic activity is also made. Finally, comments on the right to development are made in the context of African people's rights, addressing the Endorois cause, due to the dialogic activity developed, with the specific mention to local law, and due to the large use of the dialogue with Inter-American Court of Human Rights. It is concluded that dialogue is a phenomenon of international complexity, and that, although it is already a useful tool, its expansion also depends on revision of the way it manifests itself in the domestic sphere.

Keywords: Dialogue. Human Rights. Transjudicialism. International courts and tribunals.

SUMÁRIO

Introdução.....	10
1 - PLURALISMO E OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS EM PERSPECTIVA: AS CORTES DE DIREITOS HUMANOS COMO AUTORAS DE UM REGIME	12
1.1 – Pluralismo Jurídico e a necessidade do Diálogo	12
1.2 – Conceito e reflexões sobre a ideia de regimes de direitos humanos	19
1.3 – As Novas Funções das Cortes e Tribunais Internacionais	30
1.4 – Breve análise de cada Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos.....	38
1.4.1 – <i>Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos</i>	39
1.4.2 - <i>Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos</i>	48
1.4.3 – <i>Sistema Africano de Proteção aos Direitos Humanos</i>	62
2 – O DIÁLOGO ANALISADO – INTERAÇÃO ENTRE CORTES, COSMOPOLITISMO E A FERTILIZAÇÃO CRUZADA	72
2.1 – O que significa o “diálogo” para o direito internacional?	73
2.2 – Comunidades de Juízes, Aculturação e outras manifestações do diálogo	84
2.3 – Diálogo e o cosmopolitismo dos direitos humanos	98
3 – O DIÁLOGO DOS SISTEMAS AFRICANO E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CASO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO	111
3.1 – Direito ao Desenvolvimento: origem, natureza e sua ligação com o diálogo	112
3.2 – Direito ao Desenvolvimento, Direito dos Povos e Diálogo no Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos	122
Conclusões	142
Referências Bibliográficas	145

Introdução

O direito internacional possui características que o tornam único em razão de seu caráter descentralizado e, alguns diriam, caótico. É sabido, no entanto, que tal ramo do direito passa por reformas que o forçam a se afastar cada vez mais de sua estrutura estatocêntrica, em grande medida por conta do papel das cortes e tribunais internacionais de direitos humanos, que tem clamado por uma ampliação do papel da pessoa humana como sujeito de direito internacional. Tendo isso em vista, o foco do direito internacional e dos órgãos jurisdicionais internacionais passou a se deslocar da soberania estatal e do direito contratual estatal para um direito específico, capaz de fornecer soluções e bases em áreas onde o Estado ainda precisa se desenvolver, ao custo de parcela de sua soberania.

No entanto, este movimento levou à proliferação de tribunais independentes, divididos pela matéria temática, o que, por vezes, pode conduzir a conflitos jurisprudenciais. É com base nisso que cortes e tribunais internacionais passaram a envidar seus esforços na coordenação de sua jurisprudência, citando-os uns aos outros, reforçando sua jurisdição e enriquecendo o direito internacional. Neste sentido, é particularmente importante o papel dos tribunais de direitos humanos e dos povos, marcados por isomorfismo e pelo primado dos direitos humanos de forma universal. O primeiro capítulo deste trabalho apresenta estes sistemas regionais de proteção e os localiza como regimes internacionais. Em seguida, o segundo capítulo se destina à análise das características do diálogo no direito internacional, abordando a fertilização-cruzada, o diálogo dos surdos e a teoria da comunidade de juízes, para, então, questionar a verdadeira natureza do diálogo, tendo em vista as assimetrias verificadas na atividade de citação cruzada, apresentando-se o cosmopolitismo e as ideias de Herrera Flores e Boaventura Sousa Santos como ferramentas para combater tal tendência.

Por fim, é apresentado o diálogo na prática, abordando-se o direito humano ao desenvolvimento e a atividade das Cortes Interamericana e Africana de Direitos Humanos como exemplos do diálogo levado a cabo por meio da citação e localização dos direitos humanos no caso dos Endorois desta última, fazendo-se, ao final, uma breve exposição quanto ao futuro da atividade dialógica em tal corte.

Considerando-se todo o arcabouço teórico, a hipótese apresentada ao final é de que o diálogo, embora não seja um fenômeno novo em direito internacional, certamente é uma ferramenta capaz de transformar a realidade dos direitos humanos e promover o enriquecimento do direito internacional, no entanto, para que galgue tais objetivos é preciso que também sejam ampliadas as capacidades e o alcance das cortes e tribunais internacionais de direitos humanos, ao passo que a atividade persuasiva das cortes precisa ser enfatizada, ao invés do apoio ao argumento de autoridade e demais figuras capazes de esvaziar todo o conteúdo carregado por tal fenômeno.

1 - PLURALISMO E OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS EM PERSPECTIVA: AS CORTES DE DIREITOS HUMANOS COMO AUTORAS DE UM REGIME

Este capítulo busca apresentar breves noções sobre o pluralismo jurídico e a proliferação de tribunais em direito internacional, abordando tanto o aspecto das relações internacionais, encarando os tribunais internacionais como corpos de um regime internacional, bem como observando as funções destes tribunais em direito internacional e sob a perspectiva do Estado, ao passo que são apresentados os regimes como fenômenos marcados pela atividade cultural regional e, portanto, desiguais, na medida em que isso afeta seu funcionamento. Em um segundo momento, este capítulo apresenta um breve panorama dos três sistemas de proteção dos direitos humanos, apontando suas características principais, seu histórico e como a corte se comportou diante do diálogo em matéria de direitos dos povos, sociais e culturais.

1.1 – Pluralismo Jurídico e a necessidade do Diálogo

A internacionalização do direito é marcada por inúmeras experiências e culturas jurídicas, o que representa um desafio aos juristas atuais sobre como podem tão diversas culturas encontrarem mecanismos que as permitam trabalhar em conjunto. Em meio a esses desafios, encontra-se a chamada “fragmentação” do direito internacional, o que significa que a presença de inúmeros instrumentos jurídicos do direito internacional, como tratados e cortes internacionais, resultariam em conflitos de modos de decisão. Por exemplo, Koskenniemi¹ argumenta que a expansão do direito internacional e sua especialização fizeram com que o que antes era considerado “matéria de direito internacional geral” se tornasse apenas um campo específico, por exemplo, “direito internacional dos direitos humanos”, “direito internacional ambiental”, “direito comercial internacional” e tantos outros, cada um

¹KOSKENNIEMI, Martti. **FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL LAW: DIFFICULTIES ARISING FROM THE DIVERSIFICATION AND EXPANSION OF INTERNATIONAL LAW**: Report of the Study Group of the International Law Commission 58th Session. 2006. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml>. Acesso em: 13 jul. 2017.

com seus princípios e instituições. O problema desta abordagem é que a expansão desenfreada e o relativo desconhecimento de alguns instrumentos por outros causa conflitos de ingerência.

Ilustrando tal questão, Marcelo Varella² destaca os conflitos existentes entre o direito internacional do meio ambiente e o direito comercial internacional, que se esbarram haja vista a vasta quantidade de tratados firmados em matéria ambiental da década de 1960 até os dias de hoje: foram mais de 30.000 dispositivos jurídicos diferentes. O direito internacional ambiental possui lógicas específicas para proteção do meio ambiente, como a possibilidade de aplicação de medidas unilaterais como sanções sem negociação prévia. Tal é o caso da Convenção sobre o comércio internacional de espécies, de fauna e flora selvagens ameaçadas de extinção, o Acordo sobre os ursos polares de 1973, a Convenção da Basileia sobre eliminação de dejetos perigosos, entre outros. Contudo, um dos mecanismos principais do direito comercial internacional é, justamente, a não-aplicação de sanções unilaterais, sendo necessária a negociação prévia com o Estado em questão antes de qualquer medida mais drástica, estando previsto, também, o dever de auxílio para uma solução comum, caso o conflito seja entre um país desenvolvido contra um país em desenvolvimento, e este último seja o infrator.

Este exemplo simples ilustra um dos aspectos da chamada “fragmentação do direito internacional”. É possível apontar outros fatores que levam ao fenômeno tais como a diversificação de tribunais aplicando o direito internacional, o crescimento e potenciais conflitos de normas legais, o aumento do acesso de sujeitos não-estatais a fóruns e sistemas de aplicação do direito internacional, a distinção entre jurisdição e direito aplicável em tribunais internacionais, entre outros³.

Em um primeiro momento, busca-se abordar o fenômeno da internacionalização, o pluralismo jurídico visto através da expansão e suposta fragmentação do direito internacional para, então, em capítulo seguinte, examinar-se o diálogo entre cortes e tribunais internacionais.

² VARELLA, Marcelo. O acúmulo de lógicas distintas no direito internacional: conflitos entre comércio internacional e meio ambiente. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 6, n. 71, p.1-19, 19 abr. 2005. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/514/507>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 14

³ BURKE-WHITE, William W. International Legal Pluralism. **University of Pennsylvania Law School Faculty Scholarship**, [s.L] n. 961, p.963-979, 12 jul. 2004Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/961/>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 964

Entretanto, para se compreender o fenômeno nomeado como fragmentação do direito internacional é preciso ir um pouco mais a fundo. Os defensores da existência de “fragmentação” do direito internacional, ao atentarem para a expansão de cortes internacionais, bem como conflitos advindos das mesmas cortes, apontam para a expansão não uniforme do direito internacional, ou seja, a ausência de “unidade” no direito internacional. Tal “unidade” trata-se de um conceito empregado através de uma analogia com o direito interno, ou seja, trata-se de uma crítica à ausência de uma estrutura central, de caráter geral com a competência para estabelecer e determinar a aplicação de normas internacionais⁴. De fato, este é o ponto de Teubner que aponta para esses mais como uma característica determinante da sociedade internacional, caracterizada pela fragmentação do que um problema solucionável. De acordo com tal autor, o direito internacional, ao tomar a virada de um “direito contratualista entre nações” para dar uma abertura maior às Organizações Internacionais e outros regimes regulatórios, se estabeleceu como um conjunto de sistemas autônomos setoriais, em contraste com a diferenciação do direito refletida pelas fronteiras do território nacional⁵. Tal argumento, no entanto, esbarra em discutir a verdadeira natureza do direito internacional, como direito análogo ao direito doméstico, em razão da unidade imposta pela soberania estatal. Há autores que sugerem que tal processo não necessariamente indica fragmentação, mas sim, “inconstância” do direito internacional, haja vista a própria característica deste direito de servir a determinadas demandas políticas e sociais específicas escolhidas com base em uma agenda a qual determina graus de normatividade relativos a determinadas matérias, o que explica a diferenciação de caráter das normas relativas a Direitos Humanos e Comércio Internacional⁶ por exemplo.

Com base nesta necessidade de servir a demandas específicas, a lógica de cada subsistema (como a lógica de matérias) gera novas formas de interação entre

⁴ LAGE, Délber Andrade. **A Jurisdicionalização e seus Impactos para a Unidade do Ordenamento Jurídico Internacional**. 2008. 172 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.p. 18

⁵ TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. **Michigan Journal Of International Law**, [s.L.], v. 25, n. 4, p.999-1046, 12 fev. 2004. Disponível em: <<https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852885/regimecollisions.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.p. 1009

⁶ LAGE, Délber Andrade. **A Jurisdicionalização e seus Impactos para a Unidade do Ordenamento Jurídico Internacional**. 2008. 172 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.p. 42

direito e política⁷, buscando formas da superação de antinomias e efetividade. Este sistema, resultante das novas lógicas de integração emergentes, com forças tendentes à especialização e outras buscando a coerência necessária à manutenção de comunicação pode ser descrito como pluralista⁸, isto é, um sistema legal que aceita uma ampla gama de escolhas normativas por governos nacionais, instituições internacionais e tribunais, mas o faz em um contexto coerente. De fato, é possível apontar alguns fatores que “inclinam” a expansão do direito internacional para a integração ao invés da fragmentação pura e simples. Por exemplo, apesar da contínua especialização do Direito Internacional, a maioria dos tribunais e cortes internacionais apresenta a tendência a preservarem um sistema legal internacional unificado. Isso significa que independente dos mandatos para os quais foram constituídos, a grande maioria desses órgãos jurídicos inclui “direito internacional geral”. Exemplos desta afirmação são as formas de reconhecimento de um Estado ou Governo, elementos de criação e extinção de tratados, soberania territorial, normas a respeito da proteção diplomática, entre outros⁹. Neste sentido, afirma Dupuy:

“Mesmo quando um subsistema de direito é original em termos das normas de reconhecimento, promulgação e adjudicação, para usar a terminologia de H. L. A. Hart, ele não necessariamente é recortado do corpo de princípios governantes. Isto é particularmente verdadeiro no que diz respeito à interpretação de obrigações internacionais, especialmente aquelas originadas de convenções. Por exemplo, nós temos visto como o direito internacional do comércio, sob a égide do painel de apelações da OMC, o direito internacional ambiental, direito de negócios e até o Direito Comunitário Europeu preservaram substanciais e fundamentais ligações com, e permaneceram conectados à, ordem jurídica internacional.”¹⁰

Tal observação é importante, pois conduz a três outros fatores que evidenciam a integração deste “pluralismo” internacional, quais sejam, a tendência

⁷ VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. 2013. 501 f. Tese de Livre Docência em Direito Internacional - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em:

<<https://www.uniceub.br/media/186548/MVarella.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 264

⁸ BURKE-WHITE, William W. International Legal Pluralism. **University of Pennsylvania Law School Faculty Scholarship**, [s.L] n. 961, p.963-979, 12 jul. 2004 Disponível em:

<http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/961/>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 977

⁹ VARELLA, Marcelo. Op. Cit. p. 517

¹⁰ DUPUY, Pierre-Marie. A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: on the “Fragmentation” of International Law. **European Journal Of Legal Studies**, [s.L]; v. 1, n. 1, p.25-41, 2007. Disponível em: <<http://cadmus.eui.eu/handle/1814/6839>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 27

ao diálogo interjudicial, a “mistura” entre tradições e procedimentos e o reforço da hibridização do direito internacional¹¹. O reforço da hibridização é percebido através da proliferação de tribunais híbridos, especialmente no que se refere a aferir crimes de guerra após conflitos de proporções maiores. Por exemplo, a Autoridade Transitória no Timor Leste sob o comando das Nações Unidas aplica tanto as leis do Timor Leste quanto a matéria de tratados e princípios do direito internacional, a Corte Especial para Serra Leoa é competente para apurar violações de direito humanitário e também das leis de Serra Leoa. Tais tribunais também reúnem juízes de países estrangeiros, situando-se na intersecção do direito nacional com o internacional, sugerindo a possibilidade de o sistema internacional acomodar processos e mecanismos “diferentes”, característicos de cada direito nacional, ao passo que mantém unidade com a ordem jurídica internacional¹². A respeito da junção de tradições jurídicas, os próprios tribunais híbridos demonstram a possibilidade de trabalho em conjunto entre normas jurídicas, mas também é preciso apontar para o fato de que tribunais internacionais, muitas vezes, trabalham harmonizando conceitos de civil e common law, e ainda que tais cortes não adotem um sistema único, a harmonização entre as tradições jurídicas torna os procedimentos de um tribunal ou corte internacional mais transparentes, incentivando e facilitando o acompanhamento dos processos por terceiros, além de abrir as portas ao fenômeno do diálogo e da fertilização cruzada, tema principal do trabalho em questão. Um exemplo de tribunal internacional no qual as duas tradições jurídicas foram incorporadas em um processo “híbrido”, foi o do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, que permitiu, por exemplo, a convivência de dois modelos, desde o modelo primário meramente adversarial, até o modelo inquisitorial no que tange à apresentação de evidências: era possível apresentar as provas de acordo com o primeiro modelo, entretanto, sua aceitação passava por um crivo determinado semelhante ao modelo inquisitorial¹³.

Chega-se então à intensificação dos diálogos entre cortes e tribunais internacionais. Tal ferramenta é central para a ideia de pluralismo jurídico e também para contrabalancear a fragmentação do direito internacional, para os defensores

¹¹BURKE-WHITE, William W. International Legal Pluralism. **University of Pennsylvania Law School Faculty Scholarship**, [s.L] n. 961, p.963-979, 12 jul. 2004. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/961/>. Acesso em: 13 jul. 2017..p.974.

¹² Neste sentido, ver o Capítulo II, a respeito da teoria de Edgar Morin sobre a complexidade.

¹³ Idem. Ibidem.

dessa tese. Basicamente, afirma-se que o diálogo está em todas as cortes: Tribunais e cortes supranacionais citam um ao outro no que tange a casos semelhantes, ou mesmo em casos que reafirmem suas convicções, da mesma forma que tribunais e cortes domésticas buscam a jurisprudência internacional para embasar suas decisões. Por fim, o diálogo também se dá entre jurisdições domésticas, juízes se reúnem em conferências, trocam e-mails e se comunicam. As razões para tal prática são variadas e serão abordadas com vagar oportunamente, mas alguns exemplos são casos semelhantes enfrentados pelos tribunais, a ideia de “argumento de autoridade”¹⁴ quando há um tribunal ou corte internacional mais novo responsável por uma mesma área (como foi com a Corte de Direitos Humanos da União Europeia ao empregar a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos), entre outros¹⁵.

O cenário apontado de “pluralismo” internacional depende muito do diálogo entre juízes de tribunais e cortes internacionais para preservar os valores e sua aplicação entre os diversos subsistemas que surgem conforme a necessidade. A ideia de diálogo surge de modo diverso da mera referência a um julgamento de um governo estranho: É preciso que os juízes, as cortes (no caso da fertilização cruzada, que é quando se vislumbra a influência de uma corte sobre outra), desenvolvam mecanismos de “cortesias positivas” entre si, ou seja, reconheçam as decisões e os órgãos os quais as emanaram como entidades tanto autônomas, como também, parte de uma “gramática jurídica” que possa ser definida como “semelhante”¹⁶. Neste sentido, há autores que acreditam na ideia de uma “comunidade informal de juízes” que reúnem formas diversas de se pensar o direito na aplicação do direito internacional em cortes nacionais, na aplicação de decisões que manifestem efeitos extraterritoriais, entre outras, da mesma forma que há aqueles que qualificam essa ideia de diálogo como característica de países liberais,

¹⁴ Ainda que tal ideia cause assimetria e distorções, conforme examinado no Capítulo II, no que tange ao esvaziamento da atividade jurisdicional e à repetição de um discurso excludente de direitos humanos, ocidentalizante, ver Capítulo 2.

¹⁵ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. **Primas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 7, n. 1, p.261-304, jul. 2010.

¹⁶ BURKE-WHITE, William W. International Legal Pluralism. **University of Pennsylvania Law School Faculty Scholarship**, [s.L] n. 961, p.963-979, 12 jul. 2004. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/961/>. Acesso em: 13 jul. 2017. p.973

preocupados em criar um estado de Direito Mundial em que as ideias estrangeiras poderiam surgir como precedentes válidos¹⁷.

De todo modo, qualquer que seja a tese defendida, seja ela a favor da ideia de fragmentação do direito internacional, ou da construção de um cenário plural em que haja o gradual fortalecimento do direito internacional e seus instrumentos, o diálogo ainda figura no centro do debate dessas questões. Afinal, como revelado acima, o diálogo entre diferentes cortes e tribunais pode contribuir para o estabelecimento de “padrões” entre si e o reconhecimento de um tribunal por outro, sob a forma de “cortesia positiva”, também reafirma a ideia de regimes internacionais e contribui para a implementação de “ordem em meio ao caos”, tão necessária se considerarmos o cenário de fragmentação do direito internacional, bem como a existência de princípios e costumes, os quais, muitas vezes, necessitam da atividade jurisdicional para se tornarem evidentes para toda a comunidade¹⁸.

Sendo assim, é possível vislumbrar o diálogo como um importante instrumento de integração dos diferentes sistemas jurídicos, bem como, pela aproximação destes sistemas para novos sujeitos não-estatais, fatores que fortalecem o direito internacional ao expandirem o seu exercício e o aproximarem de realidades diversas do fechado mundo do direito entre Estados, como era o paradigma do início do século XX. Neste cenário, o direito internacional dos direitos humanos possui um papel crucial, tendo em vista o humanrights approach, e o fenômeno da humanização do direito internacional, que proclamou o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional e deslocou o contexto do direito internacional para a proteção da dignidade humana. De fato, Cançado Trindade argumenta que é justamente o estabelecimento de tribunais internacionais e outros corpos jurídicos no direito internacional que têm levantado reflexões na ordem jurídica internacional e, desse modo, contribuído para a criação

¹⁷ VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. 2013. 501 f. Tese de Livre Docência em Direito Internacional - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/186548/MVarella.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 218. Tal questão é enfrentada com mais vagar no Capítulo II.

¹⁸ A ideia da não-hierarquização de fontes do direito internacional é apresentada com mais vagar no Capítulo 2.

de um direito internacional que se volte cada vez mais para a realização das necessidades básicas da humanidade¹⁹.

Em seu conceito clássico, os direitos humanos surgiram no período após a Segunda Guerra Mundial com o intuito de proteger o indivíduo da opressão estatal em um primeiro momento, através dos deveres de abstenção estatal, que se aprofundariam, dando origem também a deveres de o Estado prover os indivíduos em seu interior, permitindo a eles se desenvolverem e alcançarem seu potencial verdadeiro²⁰. O que ocorre é que o desenvolvimento progressivo destes direitos ensejou também a criação de cortes independentes para observá-los diante dos Estados, e cada uma dessas cortes e tribunais corporifica um regime diferente no cenário internacional. Estudar diálogo de cortes e tribunais em direito internacional, significa estudar as formas pelas quais regimes internacionais diversos interagem, o que requer uma abordagem prévia da conceituação desta matéria, abordando os elementos da formação dos regimes, como estes servem aos Estados e como pode ocorrer a interação entre dois ou mais regimes.

1.2 – Conceito e reflexões sobre a ideia de regimes de direitos humanos

São muitas as acepções do termo “regime”. É possível apontar, por exemplo, o uso corriqueiro e pejorativo da palavra, que se refere a governos nacionais ou estrangeiros (especialmente estes últimos) de maneira a deixar transparecer determinado julgamento moral. Contudo, para a área das relações internacionais, os regimes podem ser definidos como normas, princípios, processos de tomada de decisão e práticas de modo a fazer valer a escolha tomada coletivamente por um conjunto de atores internacionais²¹. Tendo em vista que se trata de um conjunto de

¹⁹TRINDADE, A. A. Cancado. The Merits of Coordination of International Courts on Human Rights. **Journal Of International Criminal Justice**, [s.L.], v. 2, n. 2, p.309-312, 1 jun. 2004. Oxford University Press (OUP). Disponível em:<<https://academic.oup.com/jicj/article-lookup/doi/10.1093/jicj/2.2.309>>Acesso em 13 jul 2017.

²⁰ PROVOST, René; SHEPPARD, Colleen. **Dialogues on Human Rights and Legal Pluralism: Human Rights Through Legal Pluralism**. [s. L], 2013. 290 p. Disponível em: <<http://www.springer.com/in/book/9789400747098>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

²¹ Sendo aqui empregado o conceito de atores internacionais, que não se confundem com sujeitos de direito internacional: Trata-se de termo mais amplo, visando englobar todas as entidades capazes de participar de alguma forma da esfera internacional.

normas e processos de tomada de decisão, é possível apontar determinadas características dos regimes internacionais, tais como sua extensão no tempo: conforme aponta Krasner, regimes têm como função a facilitação de acordos, ou seja, tem-se um objetivo de cooperação ampla e de longo prazo, que justifica sacrifícios menores de curto prazo para a manutenção desse comportamento em um futuro próximo, mesmo que não estejam sob a obrigação direta de fazê-lo²².

Existem inúmeras teorias que abordam o funcionamento e as conseqüências da manutenção de regimes em relações internacionais. Dentre elas, destacam-se as de matriz estruturalista convencional que afirmam ser os regimes meros epifenômenos, tendo em vista que “obscureceriam” as noções de relacionamentos de poder e interesse que compõem as principais causas de comportamento no sistema internacional. Tal teoria, no entanto, é vista com certo isolamento, tendo em vista o papel mínimo que atribui para a teoria de regimes. Dentre outras posições está a de matriz estruturalista modificada, esposada por teóricos como Robert Keohane e Arthur Stein, que partem da ideia de Estado como um ente que busca maximizar seu poder e deriva os regimes a partir da interação que tais entidades, juridicamente iguais, tomam em termos de coordenação para buscar alcançar metas desejadas em determinadas áreas. Tais autores medem o impacto que os regimes passam a ter no cenário internacional através da possibilidade de obter tais benefícios no sentido do ótimo de Pareto por meio dessas interações. Por fim, outra teoria que merece atenção é a de tradição que remonta Hugo Grotius, chamada, portanto, Grotiana, que vislumbra um conceito mais amplo de regime, como um fenômeno de todas as áreas das relações internacionais, e que se sustenta pela afirmação de que todo comportamento padronizado tende a gerar expectativas convergentes. Com a força de expectativas convergentes, o comportamento padronizado origina normas reconhecidas por tornarem-se dotadas de significados específicos: é uma lógica de retro-alimentação em que o comportamento

Actor. In: EVANS, Graham; NEWNHAM, Jeffrey. **The Penguin Dictionary of International Relations**. Penguin Books, 1998. p. 3.

²² KRASNER, Stephen D. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. **International Organization**, [s.L] v. 36, n. 02, p.185-205, mar. 1982. Cambridge University Press (CUP).

padronizado, por ser adotado refletindo cálculos de interesse leva à criação de regimes, ao passo que estes últimos reforçam o comportamento padronizado²³.

Tendo apontado as principais noções a respeito do conceito e características dos regimes, é preciso abordar o modo como tais institutos são percebidos pelo Direito Internacional: Considerando o marcante traço da descentralização, muitas vezes referidas como “anarquia” do Direito Internacional, a qual se baseia na ausência de uma instituição “imperial” dotada da capacidade de fazer frente à soberania característica dos Estados, regimes são pontos de convergência, verdadeiras “ilhas” de regulação e ordem, cuja conotação, por também remeter à ideia de cooperação e, em alguns casos “ruleoflaw”, é vista como positiva. Por conta de tal cooperação e por se opor à “anarquia” do direito internacional, a construção de regimes também vai depender de renúncia parcial da autoridade soberana nas matérias em questão por parte dos Estados partícipes ²⁴. Tal “barganha” é vislumbrada em todas as vertentes teóricas apontadas acima, tendo sido colocada em debate apenas a importância dada ao fenômeno em si, ou o quão ele pode influenciar no comportamento dos atores internacionais.

No tocante às cortes internacionais e demais instituição de proteção aos direitos humanos, é possível dizer que elas diferem de outras organizações internacionais tendo em vista que existem não para regular externalidades políticas entre fronteiras, mas sim como ferramenta para responsabilizar governos por conta de atividades, normalmente, internas²⁵. Outro ponto importante também a se ressaltar é o fato de que, embora tais instituições possuam ferramentas para que Estados responsabilizem uns aos outros, tais fatos não costumam ocorrer, de fato, o sistema de petição inter-estatal na Corte Interamericana de Direitos Humanos foi redigido como mecanismo facultativo, provavelmente por conta do temor de

²³KRASNER, Stephen D. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. **International Organization**, [s.L], v. 36, n. 02, p.185-205, mar. 1982. Cambridge University Press (CUP). p. 188.

²⁴DONNELLY, Jack. International human rights: a regime analysis. **International Organization**, [s.L], v. 40, n. 03, p.599-642, jun. 1986. Cambridge University Press (CUP). p. 601

²⁵MORAVCSIK, Andrew. The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe. **International Organization**, [s.L], v. 2, n. 54, p.217-252. 2000. Disponível em: <<http://web.stanford.edu/class/polisci243b/readings/v0002094.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 218.

sensibilidades diplomáticas na região, ao passo que no sistema europeu seu uso é raro e comedido²⁶.

Deste modo, é possível afirmar que o instrumento de arranjos, comissões e cortes de direitos humanos, ao possibilitarem a indivíduos a oportunidade de responsabilizar Estados por legislações e regras domésticas que eventualmente violem compromissos internacionais representa um desafio ao conceito westfaliano clássico do direito internacional e ao ideal da soberania como ponto central das relações internacionais, característico das teorias realistas²⁷.

Neste ponto, é importante se perguntar: Como os regimes são formados? E, principalmente, o que os Estados ganham ao participar de regimes de direitos humanos? Donelly aponta que é preciso atentar, em um primeiro momento, para mudanças conceituais, respostas às políticas domésticas, bem como “choques morais” internacionais. O levante de movimentos dos trabalhadores anterior à Primeira Guerra Mundial e seu desempenho no decorrer da Guerra provavelmente auxiliaram a moldar a criação da Organização Internacional do Trabalho, ainda à época da Liga das Nações. Da mesma forma, o choque da Segunda Guerra Mundial causada por Hitler certamente teve seus efeitos provocando reorientação conceitual e fortalecimento tanto do regime de segurança coletiva trazido então pela Organização das Nações Unidas, como na criação do Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos corporificado pela mesma entidade. De maneira similar, esses novos regimes impactaram na criação dos sistemas regionais de proteção europeu e interamericano, bem como as tragédias no continente africano causadas por Idi Amin, Bokassa e Macias Nguema contribuíram para a criação do sistema regional africano nos anos 70. Contudo, é preciso apontar que choques e mudanças conceituais como as apontadas acima são apenas um “pontapé inicial” para o desenvolvimento dos regimes, ou ainda, levam apenas à criação de regimes mais fracos, voltados principalmente para a promoção dos direitos humanos, de maneira declaratória (como o sistema africano em seus primeiros anos antes da criação da Corte Africana). É possível apontar que tal fator é relacionado à própria natureza dos regimes: Como princípios e normas duradouros estes não podem ser

²⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional Dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. 663 p.; 3 v.p. 49

²⁷MORAVCSIK, Andrew.Op.; Cit. p. 220

hasteados apenas em necessidades de curto prazo, ou como “resposta imediata”. Neste ponto, outros fatores são importantes para o desenvolvimento e a manutenção dos regimes, quais sejam a presença de uma comunidade cultural e também a concordância nacional com as regras e princípios do regime. No caso desta última, trata-se da “vontade política” necessária à implementação das regras determinadas pelo regime, como por exemplo, no caso do sistema europeu de direitos humanos: Se um Estado possui bons índices de direitos humanos, o regime de proteção não só soará menos “ameaçador” à soberania estatal, mas será bem-recebido por conta do auxílio que provém. No tocante à ideia de comunidade cultural de direitos humanos, a principal evidência que sugere a força de tal característica é o fato de que os regimes de direitos humanos considerados mais fortes possuem matrizes culturais regionais no caso do sistema interamericano e europeu. A ausência de características culturais comuns pode fazer com que procedimentos mais “rígidos” possam aparentar “parciais” e sujeitos a abusos, o que não conduziria à ratificação mesmo por estados com bons índices de concordância nacional com regulamentos internacionais ²⁸. A importância da interpretação conforme a cultura regional também será objeto dos próximos capítulos, tendo em vista que esta possui importância também no que tange à ideia de “localização” de direitos humanos e sua conseqüente implementação gradual.

Mas apenas a identificação cultural e os “choques” internacionais não explicam a permanência e o desenvolvimento de regimes cuja função vai, em algum momento, limitar a soberania estatal. Após o impacto inicial, há que se verificar o quão duradouras se tornam as normas e princípios: Alguns autores como Oran Young e Marc Levy apontam que os regimes levam tempo para se estabilizarem, e estimam esse período em aproximadamente 20 anos, com base na retomada das relações entre Ocidente e Oriente durante a Guerra Fria²⁹.

Até o momento foram apontados argumentos que tendem a seguir o “inescapável apelo” dos direitos humanos através dos choques internacionais, bem como o advento da formação de padrões culturais que assegurem a permanência dos Estados nos regimes de direitos humanos. Há, no entanto, outros argumentos a

²⁸DONNELLY, Jack. International human rights: a regime analysis. **International Organization**, [s.L.], v. 40, n. 03, p.599-642, jun. 1986. Cambridge University Press (CUP). p. 636

²⁹LEVY, M. A.; YOUNG, O. R.; ZURN, M. The Study of International Regimes. **European Journal Of International Relations**, [s.l.], v. 1, n. 3, p.267-330, 1 set. 1995. SAGE Publications.

se destacar, por exemplo, a ideia que busca unir, de certa forma, a teoria realista com o argumento “idealista” de direitos humanos: Grupos de interesse organizados de modo transnacional moldam os interesses de grandes potências de modo a construir e a fortalecer sistemas de proteção de direitos humanos. Uma vez construídas, essas instituições “espalham” suas normas em sujeitos sob a influência dessas potências: o idealismo explica a origem das normas, o realismo explica o modo e as relações de poder travadas no interior desses regimes³⁰. De fato, a ideia de que a “verdadeira hegemonia” também é baseada em poder ideológico é trazida por alguns autores³¹, que afirmam a possibilidade de que termos como “direitos humanos” contêm poder em si mesmos, mas mesmo ideias hegemônicas necessitam de “poder material” para sua manutenção.

Por fim, uma última teoria que busca explicar a aderência de Estados a regimes de direitos humanos é a do liberalismo³², ou liberalismo republicano. Focada na chamada “paz democrática”, a teoria liberal das relações internacionais tem seu ponto de partida ao conceber que os Estados tomam decisões racionais e se comprometem a instituições e regimes internacionais por razões de incerteza futura. O Estado “paga o preço” de sua soberania limitada em favor da redução de incerteza política futura. Neste sentido, Estados se comprometem a regimes de direitos humanos e se mantêm neles como modo de assegurar e se proteger de choques futuros em suas democracias: Ao confiar a interpretação de um conjunto de normas a um grupo de juízes independentes e parcialmente administrados também por outros Estados, governos buscam “atar” as mãos de futuros governantes que desejem colocar em risco o modo democrático. Sendo assim, limitações e mesmo constrições simbólicas presentes em tratados internacionais também servem como sinais e “gatilhos” que alertam para a violação da ordem democrática. A força dessa teoria está em sua capacidade demonstrativa, e é por tal razão que a analisamos por último: Se tal assunção estiver correta a maior aderência e o suporte mais forte

³⁰MORAVCSIK, Andrew. The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe. **International Organization**, [s.L], v. 2, n. 54, p.217-252. 2000. Disponível em:

<<http://web.stanford.edu/class/polisci243b/readings/v0002094.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 225.

³¹DONNELLY, Jack. International human rights: a regime analysis. **International Organization**, [s.L], v. 40, n. 03, p.599-642, jun. 1986. Cambridge University Press (CUP). p. 638

³²Não confundir com o termo econômico: A teoria liberal nas relações internacionais busca uma análise do comportamento dos Estados através da analogia e da natureza das instituições políticas domésticas, bem como da análise da democracia como expressão desejável de modo de governo. Liberalism. In: EVANS, Graham; NEWNHAM, Jeffrey. **The Penguin Dictionary of International Relations**. Penguin Books, 1998.

às políticas de direitos humanos não virá de democracias fortes e estabelecidas, mas sim de democracias recém-nascidas e potencialmente instáveis. Da mesma forma, democracias “fortes” e estabelecidas há mais tempo irão aderir a regimes e sistemas de proteção aos direitos humanos, mas o farão de forma a fortalecer o regime democrático de potenciais aliados ou em oposição à “inimigos” não-democráticos, ao passo que a tendência é o apoio retórico a esses discursos de direitos humanos, ou a aderência no caso de regras opcionais³³.

Ao observarmos a constituição da Comissão Europeia de Direitos Humanos, é possível verificar a teoria liberal através de dois elementos-chaves essenciais para a efetividade do regime, são o sistema de jurisdição compulsória e a ferramenta de petição individual, que determinavam, respectivamente, se o sistema seria dotado de uma Corte independente, internacional e com jurisdição sobre os assuntos de matéria de direitos humanos, juntamente com um corpo de Ministros composto por membros de diversas nacionalidades dentre os países membros e se o regime iria garantir a indivíduos e grupos a possibilidade de apresentar casos para análise da Corte. Ambos os elementos são essenciais para a funcionalidade do regime em questão, logo, se um Estado votar positivamente para ambos é sinal de apoio manifesto à manutenção de obrigações recíprocas e limitantes da soberania em questão. À época, a Europa vivia um período turbulento, alguns países como Portugal e Espanha estavam sob regimes ditatoriais, Turquia e Grécia também não gozavam da plenitude da democracia, sendo caracterizados por alguns autores como “semidemocracias”, ao passo que é possível opor democracias relativamente “novas”, formadas entre 1920 e 1950 que se mantiveram firmes depois, como é o caso de Áustria, Irlanda, França, Itália e Islândia, ao contrário das democracias antigas e estabelecidas, compostas por Reino Unido, Bélgica, Dinamarca, Países Baixos, Noruega, Suécia e Luxemburgo. Conforme a teoria explanada, todos os países de “democracia jovem” votaram favoravelmente aos dois elementos, ao passo que 6 dos 7 países com tradições estabelecidas se opuseram à uma ou ambas garantias, com a abstenção de Luxemburgo e a mudança de posição da

³³ MORAVCSIK, Andrew. The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe. **International Organization**, [s.L], v. 2, n. 54, p.217-252. 2000. Disponível em: <<http://web.stanford.edu/class/polisci243b/readings/v0002094.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 225. p.228.

Bélgica apenas em negociações posteriores, representantes da Grécia e Turquia foram manifestamente contrários aos dois elementos³⁴.

É evidente que embora tal teoria seja coerente e possua um estudo sério a respeito da formação da Corte Europeia de Direitos Humanos, o liberalismo democrático não esgota todas as possibilidades em matéria de formação de sistemas de proteção aos direitos humanos. Por exemplo, há que se argüir então a razão pela qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos conseguiu se manter em funcionamento com um número razoável de exames e pareceres e com a adoção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em meados de 1978, haja vista que durante este período, dos 11 Estados que faziam parte da Convenção, menos da metade possuía governos eleitos democraticamente³⁵. Ainda que se argumente que a adoção foi gradual acompanhada de uma “democratização”, não se verifica uma objeção semelhante à da Grécia e Turquia com relação à Corte Europeia no período indicado acima. Neste sentido, Donnelly argumenta em favor de uma abordagem da teoria realista: A de que os Estados Unidos, mesmo não tendo ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, influenciam em sua operação, afinal, sempre há juízes estadunidenses na instituição, bem como o país já foi responsável por persuadir governos a cooperar com investigações da Comissão³⁶.

Com base na pluralidade de visões apresentadas a respeito dos regimes, é possível verificar que há uma série de fatores comuns, um destes, muito caros ao presente trabalho: A ideia de que a cultura regional influencia fortemente na adesão e criação de regimes. Seja no que tange ao argumento idealista de que uma ideia tão poderosa como direitos humanos, por si só seria “hegemônica” o suficiente para persuadir Estados com históricos pesados de violações de tais direitos constituam regimes de proteção, como na África, ou mesmo na ideia de que regimes de direitos humanos podem servir como mecanismos de proteção à uma cultura jurídica democrática interna, regimes e comportamentos estão ligados de forma intrínseca,

³⁴ MORAVCSIK, Andrew. The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe. **International Organization**, [s.L], v. 2, n. 54, p.217-252. 2000. Disponível em: <<http://web.stanford.edu/class/polisci243b/readings/v0002094.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p.231.

³⁵ BUERGENTHAL, Thomas apud PIOVESAN. Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 85

³⁶ DONNELLY, Jack. International human rights: a regime analysis. **International Organization**, [s.L], v. 40, n. 03, p.599-642, jun. 1986. Cambridge University Press (CUP). p. 625

afinal, eles existem, como exposto acima, como mecanismos de facilitação de acordos, funcionando a longo prazo. Com base no fato de que os sistemas de proteção de caráter regional são tidos como mais eficientes (e ativos), a análise se volta para cada um deles, de forma a verificar como foram constituídos e quais suas abordagens e questões com que se deparam em suas atividades. Deste modo, o próximo tópico deste capítulo se destina a verificar, ainda, como se deu a evolução do direito internacional e seu impacto nas funções de cortes e tribunais internacionais para, então, traçar um perfil comparativo de cada um dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

A questão, como se vê, é que regimes possuem um viés comunicativo, o sua abordagem é interna: quando um sistema regional de proteção de direitos humanos altera suas normas, ele o faz em seu interior, o que equivale a dizer que alterar certas normas “faz parte do jogo” e, muitas vezes, é necessária para a sobrevivência do regime, que, por sua vez, mantém seus princípios, na máxima de Krasner³⁷: Mudanças nas regras e nos processos de tomadas de decisão são mudanças dentro dos regimes. No entanto, quando certos princípios são abandonados em prol de outros, estamos diante de alterações no próprio regime.

Esta última questão é importante tendo-se em vista as possibilidades que podem surgir quando dois regimes dialogam: Mudam-se procedimentos, expandem-se princípios? É possível que um regime dialogue com outro? Jinks e Goodman³⁸ argumentam a respeito da teoria de influência social nos Estados e abordam a questão dos modos como regimes dialogam com Estados. Estes modos também reverberam na forma como tribunais dialogam, conforme será visto mais adiante. Os autores argumentam que além dos dois métodos clássicos de influência social, a persuasão e coerção, existe um terceiro, a aculturação.

De acordo com os autores, a coerção é um processo de influência social em que Estados (influenciados por regimes), passam a escalar os benefícios de conformidade e não-conformidade por meio de um mecanismo de ganhos e

³⁷KRASNER, Stephen D. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. **International Organization**, [s.L], v. 36, n. 02, p.185-205, mar. 1982. Cambridge University Press (CUP). p.188

³⁸JINKS, Derek; GOODMAN, Ryan. How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law. **Duke Law Journal**, Durham, v. 54, n. 3, p.621-703, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol54/iss3/1/>>. Acesso em: 10 set. 2017. p.702

punições. A coerção pode ser vista com mais frequência quando um Estado começa a mudar suas condutas à medida que vai recebendo sanções, sugerindo uma mudança de padrão. De certa forma, a coerção é o mecanismo mais comum de influência e é o instrumento por meio do qual os Estados mais poderosos exercem a maior parte de sua influência. A base de influência da coerção é meramente o interesse estatal, através de uma lógica instrumental, semelhante ao realismo³⁹.

Por sua vez, a persuasão lida com um processo de “introjeção” de normas em um novo ambiente. Tal mecanismo se vale das normas como agentes da mudança, em um caminho de “aprendizado social”. Outro aspecto importante da persuasão é a manipulação de incentivos exógenos como forma de influenciar a adoção de normas que tornem determinados comportamentos ilícitos. O apelo persuasivo possui duas formas de ação: “framing”, que é a adoção e promoção de determinada mensagem, incentivando debates, dando-lhe atenção para ressoar no aspecto normativo. Um exemplo de tal comportamento foi a campanha para o banimento de minas terrestres, culminando no banimento da fabricação, distribuição e uso no Tratado de Ottawa.

A segunda forma por meio da qual a persuasão consegue agir é a “cueing”, que é uma forma de alerta, em que uma nova informação é introduzida, fomentando processos de cognição, argumento e reflexão em um sistema. De fato, este processo é eficaz, porque estudos empíricos mostram que atores com frequência mudam suas crenças quando, sob determinadas condições, eles examinam e defendem suas posições sistematicamente. Este tipo de exemplo funciona melhor em ambientes sociais altamente institucionalizados. Um exemplo desta prática foi o desenvolvimento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o qual propiciou condições para que os países da América Latina reconhecessem sua responsabilidade e adotasse mecanismos de proteção dos direitos humanos e compensação por conta das ditaduras que assolaram o continente, como o direito à memória e à verdade⁴⁰. A persuasão lida com a congruência de valores como forma de influência, deste modo, é possível afirmar que boa parte do mecanismo de diálogo e cooperação no direito internacional encontra base na persuasão.

³⁹JINKS, Derek; GOODMAN, Ryan. How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law. **Duke Law Journal**, Durham, v. 54, n. 3, p.621-703, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol54/iss3/1/>>. Acesso em: 10 set. 2017p.699

⁴⁰Idem p. 637

Por fim, a aculturação é o processo pelo qual atores internacionais adotam crenças, padrões de comportamento, entre outros elementos culturais ao seu redor, porém, de forma irreflexiva, sem realizar os cálculos de custos e benefícios materiais dela oriundos⁴¹. Neste sentido a aculturação diverge da coerção: esta se refere ao raciocínio custo-benefício do modo que este se traduz em custos materiais. Aculturação lida com a pressão social em termos de “conformidade” e “pertencimento”. Por sua vez, a aculturação se distingue da persuasão tendo em vista que esta última requer verdadeiro consentimento e concordância em termos de mérito e validade, ao passo que aquela exige apenas a conformidade, operando, na maior parte das vezes, tacitamente.

As três formas de influência social se complementam e interligam de diversas vezes. Por exemplo, é possível afirmar que a aculturação é uma etapa para a persuasão, com determinado ator primeiro aceitando os termos de maneira tácita para, então, estimulado pela atividade social em seu interior, se engajar em processos cognitivos sob determinados aspectos de uma proposta, vindo a ser por eles persuadido, conforme o processo de “framing”. No caso da coerção, embora a aculturação lide com termos sociais de modo mais contido, até implícito, a conformidade gerada pela aculturação pode dar origem a certos benefícios materiais que entrariam poderiam ser afetados por procedimentos coercitivos.

Na próxima seção, primeiramente, será adotada uma explicação da razão de ser de tribunais e cortes internacionais, tendo em vista que as funções que preenchiam e como evoluíram na sociedade internacional, elementos importantes para a compreensão dos motivos pelos quais essas instituições entram em contato. Também serão feitas análises a respeito dos três maiores sistemas de proteção dos direitos humanos: um panorama sobre seus instrumentos jurídicos, sua origem, histórico e alguns casos serão expostos, levando em consideração também todos os processos de influência social mencionados.

No próximo capítulo, por sua vez, será abordado o pluralismo jurídico e como se apresenta a atividade de juízes de cortes e tribunais internacionais que os leva a

⁴¹JINKS, Derek; GOODMAN, Ryan. International Law and State Socialization: Conceptual, Empirical and Normative Challenges. **Duke Law Journal**, Durham, v. 5, n. 54, p.983-998, 2005. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1247&context=dlj>>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 993

quererem realizar diálogos e referências cruzadas, bem como apontará as características mais comuns desse fenômeno, conforme casos e exemplos.

1.3 – As Novas Funções das Cortes e Tribunais Internacionais

Seguindo a ideia de que as cortes internacionais formam regimes que fixam normas de conduta e estabelecem novos padrões comportamentais, é preciso analisar quais as razões pelas quais surgem tais atores e se sua função precípua está de acordo com o papel que desempenham no direito internacional. Para isso é necessário se deter sobre as origens históricas e teóricas do próprio direito internacional.

Há uma tendência de visão unidimensional das funções e papéis desempenhados pelas cortes e tribunais internacionais, segundo a qual cabe às cortes e tribunais a resolução de disputas entre sujeitos de direito internacional, em outras palavras, a função das cortes é apenas decidir e adjudicar, dizer o direito⁴². Essa doutrina é calcada na visão do direito internacional clássico, que tem como maior expoente sobre o tema a Corte Internacional de Justiça. Tal órgão jurisdicional é dotado de certas particularidades que também são características da teoria clássica do direito internacional, notadamente o presente em seus Artigos 34 e seguintes que abordam a competência da Corte e deixam claro que os únicos aptos a serem partes diante dela são os Estados⁴³. Tal fato também advém do direito internacional westfaliano que considerava apenas os Estados como sujeitos de direito internacional, conceito que não mais vigora, tendo em vista a emergência de inúmeros outros sujeitos importantes como as Organizações Internacionais, os indivíduos, considerados com certas limitações, entre outros. E é com base em tais considerações que o direito internacional clássico estabelece a função das cortes e tribunais internacionais como ferramentas sob o controle das partes que aceitaram

⁴² A própria Corte Internacional de Justiça já afirmou nesse sentido segundo o caso **Camarões Setentrional de 1963**. ONU. Corte Internacional de Justiça. **Caso do Camarões Setentrional (Camarões v. Reino Unido 1961-1963)**. Disponível em: <http://centrodireitointernacional.com.br/wp-content/uploads/2014/05/casos-conteciosos_1961.pdf>. Acesso em: 13 jul 2017.

⁴³ ONU. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. 1945. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>>. Acesso em: 13 jul 2017.

sua jurisdição. Trata-se de estabelecer um terceiro para cortar a dinâmica de ação e retaliação que ocorreria naturalmente em um processo bilateral em prol de um procedimento definido. Em direito internacional, tais fatos remontam aos acordos entre Atenas e Esparta, em 445 a. c. em que ambas as Cidades-Estados decidiram levar eventuais disputas diante de um tribunal arbitral, ao invés de entrarem em guerra⁴⁴.

O contexto do direito internacional se desenvolveu de forma semelhante diante do estabelecimento da Corte Permanente de Arbitragem com as duas Conferências da Paz de 1899 e 1907. A mesma visão estatocêntrica do direito internacional se manteve durante a criação do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, manifestando tal posicionamento de forma nítida no julgamento do caso Lotus. Posteriormente, com a criação da Organização das Nações Unidas, o Tribunal Permanente se tornaria a Corte Internacional de Justiça, o que explica o posicionamento e compromisso da instituição com o direito internacional clássico. Tal posicionamento, entretanto, não passa longe de críticas. O juiz Simma, no que tange ao caso da declaração da independência do Kosovo, aponta que a Corte Internacional de Justiça, ao afirmar no caso em questão que a independência dos Estados não pode ser presumida por conta da natureza consensual da ordem legal internacional, deixa de se pronunciar sobre inúmeros outros aspectos, como o princípio da autodeterminação dos povos que permeava as discussões em Assembleia Geral, ou mesmo se as normas de direito internacional podem assumir um aspecto neutro ou silente, ao invés simplesmente da permissividade ou caráter proibitivo admitido, o que poderia levar a interpretações a conceitos amplos como o de “tolerância” de normas internacionais. Ao deixar de examinar essas questões, a Corte Internacional de Justiça, segundo o juiz, responde ao caso de forma redolente com relação ao positivismo do século XIX, deixando de se mover para além de uma visão anacrônica e consensualista do direito internacional⁴⁵.

⁴⁴ VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority. **Leiden Journal Of International Law**, [s.l.], v. 26, n. 01, p.49-72, 5 fev. 2013. Cambridge University Press (CUP). p. 63

⁴⁵ ONU. Corte Internacional de Justiça. **Declaração do Juiz Bruno Simma sobre o Caso da Independência do Kosovo**. Disponível em: <http://www.haguejusticeportal.net/Docs/Court%20Documents/ICJ/Advisory%20Opinion_Declaration%20of%20Judge%20Simma.pdf>. Acesso em 13 jul 2017.

A mudança desse paradigma só viria a ocorrer após a Segunda Guerra Mundial, com a “epifania Kantiana” nos termos de Romano⁴⁶, em que ideias de matriz kantiana como uma “aurora de federações de estados internacionais organizados nas linhas tripartites da estrutura republicana”, e dotada de um corpo jurídico de jurisdição compulsória, no caso, a Corte de Justiça Europeia. Mesmo tendo levado décadas para que a Corte se firmasse, o órgão rompeu com o paradigma de cláusulas facultativas ao apresentar um direito internacional compulsório, tendo em vista sua competência para assegurar a observação da lei e interpretação de Tratados estabelecendo as comunidades europeias. Não cumprir com os ditames da Corte pode acarretar sérias sanções as quais também são observadas pelas Cortes domésticas, como no exemplo do caso da Comunidade Europeia v. República Helênica, em que a Grécia foi condenada a pagar um montante de 20.000 euros por dia caso deixasse de tomar as medidas necessárias para a limpeza e despoluição de uma região da Chania. Neste sentido também têm sido o regime de direitos humanos do continente, com a criação da Corte Europeia de Direitos Humanos, que, embora baseada em um modelo de consentimento por parte dos Estados, através do Protocolo 11 para a Convenção Europeia, passou a seguir o paradigma compulsório, tendo em vista também que, agora, aceitar a jurisdição da Corte é condição para que determinado Estado integre o Conselho da Europa⁴⁷. Além dessas medidas, o sistema europeu de direitos humanos influenciou também outros sistemas, sendo que o diálogo entre eles será analisado posteriormente com mais vagar.

Seguindo a tendência inaugurada pela Comunidade Europeia, o antigo paradigma de consenso seria, também, enfraquecido pelos novos arranjos e blocos econômicos, dotados de órgãos judiciais de jurisdição compulsória, tais como a Corte de Justiça Caribenha, a Corte de Justiça do Mercado Comum do Leste e do Sul da África e o Tribunal de Justiça da Comunidade Andina. Outros exemplos que ainda podem ser mencionados são o da mudança do sistema de solução de controvérsias do GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio), que permanecia

⁴⁶ ROMANO, Cesare P.R. From the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent. **Ssrn Electronic Journal**, [s.l.], p.791-872, 2006. Elsevier BV.p. 800-809

⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Comissão das Comunidades Europeias v. Grécia. Processo C-387-97**. 1999. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CC0387&from=EN>>. Acesso em 13 jul 2017.

consensual por mais de quatro décadas, tendo sido reformulado em 1994, com a criação da Organização Mundial do Comércio ao final da Rodada Uruguai. Ingressar na Organização exige do Estado-parte a aceitação do seu sistema de solução de controvérsias, cuja característica mais importante, tendo em vista a mudança do paradigma do direito clássico, é a redução de poderes do Estado, que não pode, por veto único, impedir a análise do órgão, sendo exigida postura unânime para tal questão. Por fim, a constituição de tribunais criminais como o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, o Tribunal Penal para Ruanda e o Tribunal Penal Internacional marcam o período de superação do paradigma clássico do direito internacional. No que tange aos dois primeiros tribunais, ambos foram estabelecidos por decisão do Conselho de Segurança, sendo assim, gozam de força vinculativa, haja vista o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, além do fato de que não foi necessário o consentimento dos Estados em questão (Ruanda e os Estados que compunham a ex-Iugoslávia). No que tange ao Tribunal Penal Internacional, ainda que este tenha sido criado pelo Estatuto de Roma e, portanto, exija consentimento dos Estados, há outras formas de afetar a soberania de Estados-terceiros, como por exemplo, o fato de que nacionais destes Estados podem ser processados pelo TPI caso tenham cometido crimes internacionais no território ou mesmo contra indivíduos de um Estado que tenha ratificado o Estatuto de Roma. Outra situação que pode ocorrer é a do Conselho de Segurança agir sob o mesmo Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, definindo uma situação como crime internacional, não importando onde, por quem ou contra quem o crime alegado ocorreu, ou mesmo se o Estado em questão é parte do Estatuto de Roma. Um exemplo desta última situação é o do Sudão, o qual não é parte do Tribunal Penal Internacional, mas que foi mencionado pelo Conselho de Segurança por conta de crimes ocorridos dentro de seu território por sudaneses e também contra sudaneses em Darfur⁴⁸.

Essa breve análise da progressão do paradigma do consenso ao paradigma compulsório serve para ilustrar a gradual mudança que se verifica no que tange às cortes e tribunais internacionais, que passaram por arranjos e se adequaram também a uma série de novas funções. Armin Von Bogdandy classifica as funções das cortes e tribunais internacionais de dois modos, relacionando as funções à

⁴⁸ ROMANO, Cesare P.R. From the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent. **Ssrn Electronic Journal**, [s.l.], p.791-872, 2006. Elsevier BV. p. 814

gradual mudança de paradigma. Na primeira classificação, Bogdandy identifica que, além da solução de disputas e controvérsias, cortes e tribunais também estabilizam expectativas normativas (observando questões como a validade do direito internacional e o cumprimento de suas normas), as cortes desenvolvem o direito internacional com base nessa estabilização de expectativas e controlam e legitimam a autoridade exercida por terceiros. Por estabilizar expectativas, entende-se que é papel das cortes e tribunais internacionais afirmar o direito internacional e desencorajar o modo de agir cognitivo oposto, que é o uso da força⁴⁹. Quanto a desenvolver o direito, o autor afirma que as mesmas decisões que suportam o direito internacional e estabelecem as expectativas são constantemente “alimentadas” e “engrossam”, de modo que tal função pode ser compreendida como criação de nova normatividade, ou “lawmaking”⁵⁰. Por fim, o controle e a legitimação da autoridade de terceiros é outra função importante das cortes internacionais, como por exemplo, a atuação de cortes de direitos humanos, que agem de forma vertical, como pontos de referência para o direito doméstico⁵¹.

Karen J. Alter⁵² traz uma qualificação semelhante, contudo mais restrita, quando aponta também quatro papéis principais para cortes e tribunais internacionais: reforçar normas internacionais, realizar revisões administrativas à luz de regras e princípios internacionais, bem como realizar revisões constitucionais também seguindo normas e princípios internacionais e, por fim, resolver disputas e controvérsias internacionais. Por reforçar normas internacionais entende-se a prática de se verificar se os Estados, Organizações Internacionais e outros sujeitos jurisdicionados estão cumprindo os requisitos estipulados por tratados ou outros instrumentos de direito internacional, ou seja, a corte em questão verifica uma

⁴⁹ Por exemplo, o caso *Nicarágua v. Estados Unidos* ilustra tal papel.

ONU. Corte Internacional de Justiça. **Atividades Militares e Paramilitares dentro e contra a Nicarágua (Nicarágua v. Estados Unidos da América)**. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/en/case/70>>. Acesso em 13 jul 2017

⁵⁰ Não confundir tal função com a criação direta de Direito Internacional. Há inclusive precedente da Corte Internacional de Justiça afirmando categoricamente a impossibilidade de criação de direito por um órgão jurisdicional no caso da Legalidade do Uso de Armas Nucleares, ver a segunda parte deste trabalho.

⁵¹ VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority. **Leiden Journal Of International Law**, [s.l.], v. 26, n. 01, p.49-72, 5 fev. 2013. Cambridge University Press (CUP). p. 59.

⁵² ALTER, Karen J. **The multiple roles of international courts and tribunals: Enforcement, dispute settlement, constitutional and administrative review**. 2012. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/212/>>. Acesso em: 13 jul. 2017.p. 6-10

prática estatal ou oriunda de outro dos sujeitos como legal ou ilegal e então autoriza a utilização de um remédio para compensar as vítimas ou criar custos desencorajando a conduta em questão. Pela revisão administrativa em consonância com princípios internacionais, busca-se realizar um monitoramento de entidades e atores administrativos, especialmente em arenas econômicas, verificando se a conduta praticada possui uma base legal defensável. Revisão constitucional corresponde à capacidade de se invalidar leis e atos governamentais com base em um conflito destes com normas jurídicas consideradas mais elevadas que constituem um sistema político supranacional, por exemplo, no caso de normas de direitos humanos, situação vista com certa controvérsia⁵³. Por fim, o papel de solução de controvérsias é o papel elementar arquetípico das cortes e tribunais. Percebe-se que a classificação da autora é específica e, de certa forma, acaba apontando para os papéis primários da classificação de Bogdandy: ao realizar cada uma das funções apontadas, uma corte estabiliza expectativas entre os atores internacionais, orientando sua ação e cristalizando-a em jurisprudência, “criando o direito” (lawmaking), ao passo que, com relação às atividades de revisão, auxilia a legitimizar a autoridade destes organismos.

Compreendendo-se as atividades básicas empreendidas pelas cortes e tribunais, Bogdandy sugere que estas passam a servir propósitos distintos com o passar do tempo através da mudança da perspectiva unidimensional clássica, que vislumbra as cortes e tribunais meramente como instrumentos nas mãos de Estados. Dentre os novos paradigmas, está o de que as cortes e tribunais funcionam como órgãos baseados em valores e interesses da comunidade internacional. Tal paradigma sugere que não apenas o interesse dos Estados deve ser levado em consideração no exercício jurisdicional da corte em questão, mas também os interesses da comunidade internacional, apontando para as teorias do universalismo e também das teorias do direito natural e jus gentium. De fato, é possível notar que tal paradigma se faz presente mesmo na Corte Internacional de Justiça algumas vezes, por exemplo, com a declaração no caso do Estreito de Corfu, em que a instituição afirma que seu papel é “assegurar o respeito pelo Direito Internacional, da

⁵³ Os tribunais internacionais não invalidam uma lei “ilegal”, eles ordenam a punição de responsáveis por violações maciças de direitos humanos e demandam compensação de vítimas, sendo que a norma em si pode permanecer válida domesticamente, a depender das capacidades da Corte em questão.

qual é órgão”; outros exemplos são o da Construção do Muro no Território Ocupado da Palestina, em que a Corte afirma contribuir para o direito internacional para assegurar a paz internacional e os direitos humanos, quando atuou sob jurisdição consultiva. Embora a posição tradicional e unidimensional ainda seja maioria nos julgados da Corte Internacional de Justiça, é justamente nos regimes de proteção dos direitos humanos que os interesses da comunidade internacional passam a ser mais observados. Por exemplo, a Corte Europeia de Direitos Humanos é apresentada sob a ideia de “living instrument”, ou seja, uma ferramenta a ser interpretada conforme o tempo, se adaptando às mudanças sociais⁵⁴. O mesmo caso é visto na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que também apresenta uma função revisional, através da análise e da adoção de recomendações para que os Estados-membros adaptem seus ordenamentos constitucionais à Convenção Americana de Direitos Humanos⁵⁵.

Outro paradigma apresentado por Bogdandy é o de que cortes e tribunais internacionais podem agir também como órgãos de regimes, em nome dos quais os órgãos jurisdicionais agiriam. Tal paradigma surge com mais força em decorrência dos efeitos da globalização. A chave para compreender tal paradigma é o de inadequação dos princípios da soberania encontrados no caso Lotus em face de uma crescente complexidade oriunda dos processos de globalização. Conforme o autor:

“Comunidades nacionais existem, em um contexto maior de simbiose e mútua dependência. Isso não significa que conflitos entre Estados são impossíveis. Significa que Estados não são mais entidades auto-contidas. O aumento de interações entre setores da sociedade através de fronteiras estatais porosas tem minado as premissas de uma ordem mundial centralizada e tais interações excedem os já bastante estreitos focos em valores comuns. O mundo globalizado é muito mais complexo e como todo sistema complexo exige que as instituições façam muito mais que resolução esporádica de disputas, proteção de direitos fundamentais ou perseguição de crimes mais sérios (...)”⁵⁶

⁵⁴ Mais informações a respeito de tal interpretação no capítulo seguinte em que são apresentados perfis dos diferentes sistemas de proteção regional de direitos humanos.

⁵⁵ VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority. **Leiden Journal Of International Law**, [s.l.], v. 26, n. 01, p.49-72, 5 fev. 2013. Cambridge University Press (CUP). p. 69

⁵⁶ VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority. **Leiden Journal Of International Law**, [s.l.], v. 26, n. 01, p.49-72, 5 fev. 2013. Cambridge University Press (CUP). p.74. Tradução livre.

Ainda é possível mencionar as grandes crises como responsáveis pelo adensamento das relações de comunidades transnacionais, ainda que de forma involuntária. A necessidade de lidar com riscos relacionados, problemas compartilhados e outras questões também levantadas pela globalização revela a força em poderes não-instituídos, denuncia problemas levantados pela desarticulação dos poderes estatais e demonstra o déficit democrático causado pela burocratização. Sendo assim, como afirma Varella, o motor da transformação internacional não é oriundo apenas de valores comunitariamente compartilhados, mas da necessidade de lidar com riscos e problemas comuns. Crises locais, deste modo, são responsáveis por impulsionar os paradigmas consolidados no direito, que esbarram em questões como valores culturais e psicológicos. Um exemplo de crise que causou a expansão e propôs novos arranjos e regimes jurídicos, foi o 11 de setembro, que levantou questões a respeito da segurança nacional, alterando as possibilidades de ação da Organização das Nações Unidas ou mesmo colocando em xeque ações de Estados tomadas isoladamente como mecanismos de combate ao terrorismo. Dentre as ações tomadas como resposta à crise de segurança pública, as possibilidades de investigação e detenção de indivíduos foram ampliadas, as liberdades individuais foram cerceadas em detrimento dos direitos humanos e normas com efeitos extraterritoriais foram editadas nos Estados Unidos, Reino Unido e inúmeros outros países europeus⁵⁷.

Volta-se ao argumento relativo aos regimes apresentado no capítulo anterior: o “choque” força a concentração de arranjos em torno de problemas. Os mesmos choques forçam os limites do direito em direção a novos paradigmas, responsáveis por moldar o comportamento das cortes internacionais. Bogdandy, ao encerrar sua análise, aponta para o fato de que as cortes, atualmente, devem ser compreendidas através da análise multifuncional, ou seja, essas entidades não vão manifestar todas as suas funções, ou forçarão todos os paradigmas ao mesmo tempo. Como exemplo, a mesma Corte Internacional de Justiça que em um momento se pronuncia

⁵⁷ VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. 2013. 501 f. Tese de Livre Docência em Direito Internacional - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/186548/MVarella.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 56

de modo a corroborar o caso Lotus, em outro momento irá se utilizar de seu prestígio para reforçar a ideia de comunidade global de valores, no caso da Construção do Muro no Território Ocupado da Palestina. Tal análise multifuncional levanta questões sobre a origem do poder das cortes: como podem tais órgãos se afirmar sem serem confinados ao mero consenso ou à atividade de busca de valores comunitários vagos, ou mesmo sem se verem à mercê de regimes? O próximo tópico visa analisar em separado cada um dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos e abordar questões sobre como essas entidades se formaram em torno de uma cultura jurídica, apontando também casos importantes e como elas se comportam ao citarem julgados umas das outras. Isso será fundamental para que, no capítulo seguinte, seja abordada a questão do diálogo e suas origens em meio a um cosmopolitismo internacional, aprofundando-se questões sobre o futuro de tal ferramenta para as Cortes.

1.4 – Breve análise de cada Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos

Conforme demonstrado anteriormente, dentre as características que marcam a força de um regime, estão o compromisso nacional e a presença de uma forte comunidade cultural em torno de valores como os direitos humanos.⁵⁸ Levando em conta tanto a força, como o fato de que cada um dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos foi erguido sobre valores culturais comuns, cada qual possuindo características próprias que os diferenciam uns dos outros, este tópico tem por objetivo uma breve análise do interior das diferentes instituições, apontando seus principais instrumentos jurídicos, o histórico e também atentando para os pontos fortes e fracos, especialmente no que se refere à matéria de maior “tradição” abordada pelo sistema em questão. Estes elementos serão abordados, muitas vezes, também se valendo das teorias de influência social de regimes examinadas na seção anterior.

⁵⁸DONNELLY, Jack. International human rights: a regime analysis. **International Organization**, [s.L.], v. 40, n. 03, p.599-642, jun. 1986. Cambridge University Press (CUP). p.637.

Essa análise vai contribuir para compreender melhor o diálogo e a fertilização cruzada entre as cortes internacionais, que serão objeto do próximo capítulo, principalmente, tendo em vista o ponto de que o diálogo é, essencialmente uma forma de interação entre culturas jurídicas distintas.

1.4.1 – Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos

O continente europeu possui o sistema de proteção mais antigo. Após o término de duas guerras mundiais em todo o seu território, foi formado em 5 de Maio de 1949 o Conselho da Europa com o objetivo de unificar o continente. Como resultado, o sistema de proteção nasceu em apenas um ano da criação do Conselho, em 4 de novembro de 1950, quando os Estados membros adotaram a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, que entrou em vigor em 3 de setembro de 1953, pela ratificação por 8 Estados. Atualmente, o Conselho da Europa conta com 47 Estados-membros, e ainda possui 5 Estados-observadores, dentre eles, Japão, Estados Unidos, México e Canadá⁵⁹. A Convenção se apoia na ideia de que o método de proteção de direitos humanos de um Estado-parte não é questão exclusiva de sua soberania, podendo ser contestado por petições individuais ou mesmo interestatais diante do sistema⁶⁰. Isso se dá porque os Estados se comprometeram a aceitar a competência de um Tribunal Internacional para examinar questões e práticas de direito interno, em resposta às atrocidades cometidas após as duas Grandes Guerras que assolaram o continente. Nesse sentido, afirma Yuval Shany que, falando de forma geral, é possível apontar dentre os objetivos da Corte de Estrasburgo refletir uma visão Kantiana de relações entre valores liberais aceitos no âmbito interno e princípios da paz entre os Estados que fazem parte do Conselho da Europa⁶¹.

O compromisso dos Estados com a Convenção é afirmado justamente em seu primeiro artigo, que estabelece a obrigação de proteção dos direitos e

⁵⁹ A Santa Sé é membro observador desde 1970, mantendo relações com o Conselho desde 1962. Israel conta com uma delegação de três membros observadores na Assembleia Parlamentar.

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 66.

⁶¹ SHANY, Yuval. **Assessing the Effectiveness of the International Courts**. Londres. Oxford University Press. 2013. p. 256

liberdades enunciados na primeira seção da Convenção Europeia. Na prática isso significa que os Estados-partes deverão adotar medidas no sentido de compatibilização de seu direito interno com as obrigações e garantias enunciadas no documento em questão. Em seguida, o instrumento lista uma gama de direitos e liberdades, tais como direito à vida, à liberdade, segurança, direito a um julgamento justo, direito ao respeito da vida privada e familiar, liberdade de pensamento, religião, proibição da discriminação, entre outros.

Como é possível vislumbrar, a Convenção optou por um paradigma mais voltado aos direitos civis e políticos, com inspiração liberal e individualista, pontos comuns à cultura europeia ocidental. No entanto, há autores que digam que tal posicionamento foi estratégico para a aceitação inicial do sistema, sendo que em 1965 foi adotada a primeira versão da Carta Social Europeia, a qual foi revisitada em 1996, e, com o vigor do novo instrumento, passou, esta última versão a contar com novos direitos a exemplo da proteção contra a pobreza e exclusão social, direitos trabalhistas, como o direito à proteção contra abusos sexuais e outras violações no ambiente de trabalho, direito à igualdade de oportunidades aos trabalhadores com responsabilidades familiares, reforço a direitos como a igualdade de gêneros em todos os âmbitos cobertos pelo tratado, melhores condições aos direitos de proteção das mães e da maternidade de modo geral, entre outros⁶². De fato, é válido mencionar que já são mais de 185 instrumentos internacionais de proteção adotados pelo Conselho da Europa, como a Convenção Europeia para Prevenção de Tortura e de Tratamentos Desumanos e Degradantes de 1987, a Carta Europeia para as Línguas Regionais ou de Minorias de 1992, a Convenção para Proteção de Minorias Nacionais de 1995, entre outras.

A respeito da sistemática do funcionamento do sistema de proteção europeu, este contava com dois órgãos: a Comissão Europeia de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos. A competência da Comissão era apreciar as comunicações interestatais levadas a ela, bem como as petições individuais prestadas por Organizações Não-Governamentais, pessoas naturais, e grupos de indivíduos, que podiam denunciar a violação da Convenção por um de seus Estados-partes. As petições individuais eram dispostas por meio de uma cláusula

⁶² Conselho da Europa. **Carta Social Europeia Revisitada**. Disponível em: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163>>. Acesso em 16 jul 2017.

optativa. Outra cláusula facultativa conferia à Corte Europeia jurisdição para atuar em casos submetidos pela Comissão Europeia. Conforme será examinado no próximo item, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se baseou neste modelo para definir sua estrutura, bem como a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Sendo assim, é possível vislumbrar o papel da Comissão como a de um “filtro” pela qual passariam as petições, sendo que esta ainda redigia um relatório, sem vinculação jurídica, informando se houve ou não violação. Após a elaboração do relatório, a petição ou comunicação interestatal estaria apta a ser examinada pela Corte⁶³.

Entretanto, esse mecanismo mudaria com a adoção do Protocolo 11 em 1998, que buscou substituir a Comissão e a Corte Europeia, que na época eram órgãos de atuação em tempo parcial, para uma Corte de direitos humanos permanente. O Protocolo em questão substituiu os instrumentos opcionais até então pelos artigos 34 e 32 que, respectivamente, conferem o direito de petição individual à Corte Europeia e prevê sua competência jurisdicional obrigatória. Isso significou a abolição da Comissão em 1998. É de se notar que o Protocolo 11 foi notoriamente motivado pelo aumento de petições ao órgão jurídico de Estrasburgo, ocorridas com a entrada no sistema de países ex-integrantes do regime soviético e pela necessidade de agilizar os processos em seu interior⁶⁴. Com o estabelecimento do *locusstandi* para indivíduos, nos termos do artigo 35 da Convenção, a Corte passou a realizar um juízo de admissibilidade sobre as petições levando em conta os seguintes requisitos básicos: Esgotamento prévio dos recursos internos; observância do prazo de 6 meses, a contar da data de decisão definitiva; ser nomeada, ou seja, não há possibilidade de admissão de petições anônimas; inexistência de litispendência internacional, o que é um requisito muito importante no que tange à harmonia e coerência do direito internacional, elementos a serem analisados no próximo capítulo; não ser a petição manifestamente infundada; não devendo a vítima

⁶³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 71.

⁶⁴ SHANY, Yuval. **Assessing the Effectiveness of the International Courts**. Londres. Oxford University Press. 2013. p. 255.

abusar do seu direito de petição, nos termos do artigo 34 da Convenção. Além desses requisitos o Estado violador deve ser parte da Convenção⁶⁵.

Com o crescimento considerável de petições recebidas após a edição do Protocolo 11, os Estados-membros (chamados “mandate-providers”, por sua responsabilidade na criação e aceitação dos termos da instituição) buscaram agilizar mais ainda os procedimentos através do Protocolo 14, que permite um maior escopo de trabalho pela Corte, mas com um corpo de juízes menor, e também reduz as condições de admissibilidade de petições a serem aceitas pelo órgão jurídico. Com relação à composição, após estes dois importantes mecanismos, a Corte passou a ser composta por um juiz para cada um dos 47 Estados-membros, do Conselho da Europa, eleitos por uma Assembleia Parlamentar por um mandato de 9 anos não-renováveis. A Corte normalmente trabalha em câmaras compostas de 7 juízes, entretanto, certas decisões podem ser tomadas por um juiz monocrático, por um comitê de três juízes, uma Câmara de 5 juízes ou mesmo por uma “Grande Câmara” contando com 17 juízes. Os remédios que a Corte pode recomendar podem ir desde medidas financeiras de justa compensação, ou outras medidas mais gerais, em alguns casos podendo recomendar a feitura de emendas ou compatibilização legal ou administrativa na estrutura de determinado Estado-membro. As decisões da Corte são sempre de maneira declaratória, mas mesmo nesses casos pode ela reconhecer a necessidade de justa compensação para a vítima conforme o artigo 41 da Convenção⁶⁶. Em casos mais graves, é até mesmo possível que a Corte ordene “medidas interinas” para prevenir brechas na Convenção, notadamente em casos que se referem à expulsão de estrangeiros. Em termos de estatísticas, é importante destacar que entre o período da criação da Corte e 1998, quando foi estabelecida como órgão permanente, a instituição havia atuado emitindo 837 julgamentos. Para se ter uma ideia do aumento do número de casos visto pela instituição, no período de 1999 e 2010, 12860 julgamentos foram proferidos, dos quais, 1499 foram ajuizados apenas em 2010. A quantidade de casos que a Corte tem recebido ultrapassa em muitas vezes sua capacidade de proferir decisões, crescendo de aproximadamente 45000 entre os anos de 1960 e 1998 para um total de 128100 petições recebidas, das quais, 20300 ainda não foram alocadas ao final de 2012.

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 77

⁶⁶ Idem. p. 78

Esses números tendem a aumentar, o que indica que, em termos de demanda, a Corte é, nas palavras de YuvalShany “uma vítima de seu próprio sucesso” ⁶⁷. O sistema europeu de proteção corporifica, de certa forma, o regime de direitos humanos da Europa, tendo a Corte em seu centro como o mais antigo e influente órgão jurídico internacional específico voltado para a área de direitos humanos. Sendo assim, o regime de direitos humanos trazidos pela Corte Europeia encontra-se apoiado nos objetivos e motivações do Conselho da Europa. Esse “compromisso” se manifesta na proteção e “entrenchamento” de valores liberais. Neste sentido, é válido observar o preâmbulo da Convenção Europeia de Direitos Humanos:

“Considerando que a finalidade do Conselho da Europa é realizar uma união mais estreita entre os seus Membros e que um dos meios de alcançar esta finalidade é a proteção (...) das liberdades fundamentais (...) Decididos, enquanto Governos de Estados Europeus animados no mesmo espírito, possuindo um património comum de ideais e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito (...)”⁶⁸

Até aí, nenhuma surpresa de que o espírito cultural europeu foi marcante para preservar e até mesmo afirmar e proteger as democracias europeias, criando uma região democrática comum. Este ponto de vista, inclusive, é reforçado por Moravcsik⁶⁹, conforme citado anteriormente, que lembra a origem da Corte como mecanismo de prevenir violações democráticas, sendo aceita por Estados relativamente novos, que necessitavam de segurança e de mecanismos de apoio internacional à sua democracia instituída. Entretanto, com o passar do tempo, autores como LuziusWildhaber afirmaram que este objetivo teria evoluído com a ascensão dos países ex-integrantes do Bloco Soviético, de um mecanismo para afirmar e proteger a democracia para um órgão destinado a também alterar as características políticas destes novos Estados, promovendo a convergência com instituições públicas nacionais, processos e demais normas⁷⁰. Conforme será visto

⁶⁷ SHANY, Yuval. **Assessing the Effectiveness of the International Courts**. Londres. Oxford University Press. 2013. p 256

⁶⁸ CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia de Direitos Humanos. **Preâmbulo**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 18 jul 2017.

⁶⁹MORAVCSIK, Andrew. The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe. **International Organization**, [s.L], v. 2, n. 54, p.217-252. 2000. Disponível em: <<http://web.stanford.edu/class/polisci243b/readings/v0002094.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 231

⁷⁰ WILDHABER, Luzius apud SHANY, Yuval. **Assessing the Effectiveness of the International Courts**. Londres. Oxford University Press. 2013. p. 259

adiante, esse tipo de recepção por parte da Convenção pode tornar difíceis determinadas lógicas oriundas de outras esferas que buscam adentrar a Corte e influenciá-la.

Essa adoção, no entanto, ocorreu aos poucos: A Corte Europeia, através da atuação do Conselho da Europa como responsável por sua implementação, age através de duas perspectivas: Primeiro, a aculturação parece influenciar pela tentativa de entrada no modelo, com a persuasão ocorrendo aos poucos pela compatibilização da jurisprudência interna. A coerção se faz presente, conforme mencionado acima, em razão da função do sistema como “gatilho democrático”, ou seja, os custos de se reconhecer a competência da corte e de se abrir mão de parte de sua soberania, são sopesados com a manutenção de uma ferramenta que auxilia na manutenção da democracia, fortalecendo instituições internas que possuam a mesma finalidade, e impedindo a instabilidade política.

Voltando-se para a análise da corte, no que diz respeito aos impactos gerados dentro do regime, o órgão tem recebido casos de todos os tipos, e as medidas recomendadas têm contribuído para inúmeras alterações normativas. Isso ocorre porque praticamente mais da metade das medidas gerais adotadas pela corte envolve mudança em normas e mecanismos estatais. Dentre as medidas de impacto são exemplos a alteração de procedimentos criminais do caso *Assenov vs. Bulgária*, em que foram modificadas regras dos procedimentos de condução criminal para se coibir abusos do poder de polícia⁷¹, o caso *Tyer v. Reino Unido da Ilha de Man*, uma localidade onde ainda era possível se empregar punições corporais como forma de castigo no país. É possível, além desse caso, notar a importância de outro, que o complementa: *Campbell e Cosans v. Reino Unido*, em que as punições físicas nas escolas foram abolidas. Na Irlanda do Norte, o caso *Dudgeon v. Reino Unido* se destaca pelo pioneirismo nos direitos homoafetivos, tendo em vista que resultou na descriminalização da prática homossexual consensual⁷².

Tendo em vista os direitos culturais, é importante afirmar que a Corte realizou importantes avanços, mesmo que tenha se originado de valores liberais, dando mais

⁷¹ CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso 90/1997/874/1086 Assenov e Outros v. Bulgária**. Disponível em: <<http://www.errc.org/article/assenov-v-bulgaria/3856>>. Acesso em 19 jul 2017.

⁷² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 79

ensejo aos direitos civis e políticos em um primeiro momento. Mesmo que nem todas sejam medidas que ensejaram mudanças diretas na legislação dos Estados-membros da Convenção, é importante listar alguns casos com o intuito de destacar a Corte como um órgão amplo e plural, conceitos importantes para verificar sua abertura para um diálogo e também para o desenvolvimento do fenômeno da fertilização cruzada. O caso *Sargsyan v. Azerbaijão*, julgado em 2015, versa sobre o direito ao acesso à herança cultural de um indivíduo. O peticionário alegou que lhe foi negado acesso ao seu lar e à sua propriedade, que ficavam em um vilarejo próximo da área de Nagorno-Karabakh, uma região disputada pelos países da Armênia e Azerbaijão. Neste caso, a Corte proferiu entendimento de que a ligação religiosa e familiar do peticionário com os túmulos de seus ancestrais, bem como o seu lar no local chamado Gulistão estavam na definição de vida familiar e privada, conforme o artigo 8 da Convenção. A Corte julgou que o Estado do Azerbaijão não havia tomado as medidas necessárias para assegurar às populações da região a proteção adequada. Neste sentido, foram citadas Resoluções do Conselho de Segurança, mas, especialmente, o direito de intervenção humanitária, como as levadas a cabo no continente africano, tendo menção à Unidade Africana pelo evento interventivo no Burundi. Considerando o diálogo e a jurisprudência internacional, a Corte entendeu que o estado do peticionário, de ter de conviver com a incerteza e com a dor de não poder ter contato com sua herança cultural de onde nasceu, ensejavam reparações, mesmo que fosse impossível para o país garantir a ele o acesso à região onde cresceu⁷³.

A Corte também possui ocasiões em que julgou o direito à proteção cultural e herança natural, sendo que, infelizmente, poucas vezes houve realmente um avanço nessas áreas. No caso *Kozacioglu v. Turquia*, o órgão jurídico entendeu que a falha em avaliar características históricas ou arquitetônicas de um edifício durante compensação ou expropriação violavam o artigo 1 do Protocolo nº 1, resultando em ônus excessivo ao sujeito compensado⁷⁴. É nesta seara dos direitos culturais,

⁷³ CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso 40167/06 Sargsyan v. Azerbaijão**. Disponível em:

<<http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/SARGSYAN%20v.%20AZERBAIJAN.pdf>>. Acesso em 19 jul 2017.

⁷⁴ CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Cultural Rights in the Case-Law of the European Court of Human Rights**. Disponível em:

<http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_cultural_rights_ENG.pdf>. Acesso em 10 ago 2017.

inclusive, que estão as principais críticas ao sistema europeu de direitos humanos, ao menos, no que diz respeito ao diálogo com outros sistemas de proteção aos direitos humanos.

Nesse sentido, talvez o exemplo mais emblemático seja o caso dos Inughuit da Groenlândia. A tribo foi forçada a se realocar em razão do estabelecimento de uma base aérea dos Estados Unidos em seu território. Diante disso, os Inughuit acionaram a Corte Europeia de Direitos Humanos o que levou ao caso *Hingitaq 53 e Outros v. Dinamarca*, no qual a tribo explicita que lhes foram negados direitos concernentes à caça em seu território, bem como uso e gozo dos recursos nele contidos, não sendo possível sequer oportunidade para que o povo participasse no controle das terras. A Corte julgou o caso manifestamente infundado, tendo em vista a compensação dada aos Inughuit pelo Governo dinamarquês.⁷⁵ Outra vez que a Corte Europeia demonstrou dificuldade com conceitos envolvendo a propriedade comunal e direitos ancestrais foi no caso *Vilarejo Handölsdalen Sami v. Suécia*, em que a tribo dos Sami buscou amparo jurídico com relação à utilização de propriedade privada para pastagem de renas, alegando o uso ancestral da prática. A Corte julgou o caso tendo em vista a ausência de definições na legislação sueca que desse razão à prática dos Sami, não reconhecendo o direito em questão⁷⁶. Mesmo assim, é válido mencionar a postura da Juíza Ziemele, cujo voto reconheceu a vulnerabilidade das comunidades dos Sami no caso, razão pela qual votou no sentido de assegurar à comunidade o acesso à Corte, tendo em vista que os Sami, no geral, precisavam provar que os direitos de uso e gozo de terrenos com a finalidade de pastagem de renas eram exercidos pelo povo há muito tempo, sendo que, na hipótese de alegações estatais, o Estado em questão já inicia o processo com “o direito do seu lado”. O voto da juíza citou os reportes do Comitê para Eliminação da Desigualdade Racial, que havia se pronunciado no caso destacando

⁷⁵ CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Cultural Rights in the Case-Law of the European Court of Human Rights**. Disponível em:

<http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_cultural_rights_ENG.pdf>. Acesso em 10 ago 2017.

⁷⁶ OTIS, Ghislain; LAURENT, Aurélie. Indigenous land claims in Europe: The European Court of Human Rights and the decolonization of property. **Arctic Review On Law And Politics**, [s.l.], v. 4, n. 2, p.156-180, maio 2013.

a dificuldade das comunidades Sami de conduzir pesquisas para instruir o processo e arcar com os pesados custos do litígio⁷⁷.

Mesmo não possuindo ainda um caso a respeito de direitos indígenas e respeito pela propriedade ancestral, a Corte Europeia de Direitos Humanos ainda possui instrumentos que permitem que essa tradição se enraíze em seu interior. Há autores que, inclusive, já sustentam que a Convenção Europeia possui os valores a ponto de abarcar esse conceito de um direito à propriedade derivada do uso ancestral do bem, tendo em vista que o Artigo 1 do Protocolo 1 deve ser analisado como um regime autônomo, ou seja, uma forma de se criar um *iuscommune* para compensar pela falta de precisão nos termos na Convenção, bem como a ausência de homogeneidade nas legislações nacionais. No caso da propriedade, cita-se que os europeus possuem diversos modos e tradições, desde a noção legal de bens comuns até o do estado moderno do capitalismo, convivendo também com o legado da União Soviética, caracterizando-se por um ambiente de pluralidade⁷⁸.

Por fim, o perfil da Corte Europeia de Direitos Humanos pode ser caracterizado como o de uma Corte que construiu sua força através da autoridade dos “mandate providers” em seu estabelecimento democrático, bem como inovou seu propósito com os anos, especialmente através da adoção do Protocolo 11. A influência do órgão se iniciou principalmente com a ideia de “coerção”, mas, com o passar dos anos e a construção de uma cultura jurídica de direitos humanos comum, hoje sua influência aborda também, com facilidade, argumentos persuasivos e o próprio mecanismo da aculturação, tendo em vista a atividade de expansão do sistema, sua promoção, a abertura para membros observadores, entre outros. Como resultado, o órgão hoje estende sua autoridade para mais de 800 milhões de pessoas e sua própria existência inspirou a criação dos demais sistemas, que têm contribuído para a proteção dos direitos humanos e criação de um *iuscommune* na matéria, tendo em vista que a Corte cita casos e experiências internacionais em cada decisão, desenvolvendo o direito⁷⁹. Para tanto, reuniões periódicas entre juízes

⁷⁷KOIVUROVA, Timo. Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects. **International Journal Of Minority And Groups Rights**. [s.l.], p. 1-37. 2011. Disponível em: <<http://www.arcticcentre.org/loader.aspx?id=a9d1b5b3-d94b-4a94-85b5-0118a54129e0>>. Acesso em: 10 ago. 2017. p. 20.

⁷⁸ OTIS, Ghislain, LAURENT, Aurélie. Op., Cit. p. 175

⁷⁹ Nesse sentido é a função “lawmaking” das cortes e tribunais internacionais, conforme Venzke.

representantes dos demais sistemas são constantemente empregadas. Chega a ser curioso notar que na matéria dos direitos dos povos e da propriedade comunal, em que a Corte Europeia parece vacilar, mesmo com autores alimentando otimismo com relação a novas abordagens do órgão, a “irmã” Interamericana goze de uma abordagem bem-estabelecida e sólida, e a “irmã” Africana tenha adotado ferramentas e definições que levam tais direitos a um patamar completamente novo já no seu instrumento constitutivo.

Sendo assim, no tópico a seguir será abordada a Corte Interamericana de Direitos Humanos, considerando que esta foi a segunda experiência em sistemas regionais de proteção de direitos humanos, com a criação diretamente inspirada pelo modelo europeu. O último tópico dirá respeito à experiência africana, criada após a Interamericana e sob inspiração direta desta.

1.4.2 - Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

O surgimento do sistema interamericano também é marcado por um contexto histórico difícil tendo em vista que a região é palco de altos índices de desigualdade social e democracias ainda em fase de consolidação. É, inclusive, importante destacar que, ao contrário da Comissão Europeia de Direitos Humanos e o sistema europeu, que vislumbraram no órgão internacional uma nova oportunidade para consolidar as democracias emergentes após a Segunda Grande Guerra, a Convenção Americana de Direitos Humanos nasceu em um ambiente hostil, em que, dos Estados signatários, menos da metade possuía governos eleitos democraticamente à época⁸⁰.

De fato, ainda hoje a América Latina ainda é marcada como região de extrema desigualdade. É possível citar, nesse sentido, que metade dos 10 países mais desiguais do mundo estão na América Latina, incluindo o Brasil. Há ainda que

VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority. **Leiden Journal Of International Law**, [s.l.], v. 26, n. 01, p.49-72, 5 fev. 2013. Cambridge University Press (CUP).

⁸⁰ BUERGENTHAL, Thomas apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça**

Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 85

se mencionar que a região é tida como uma das mais violentas: Mesmo com apenas 9% da população mundial a América Latina concentra 27% do total de homicídios cometidos anualmente. Por fim, no que tange à democracia, pesquisas recentes apontam que, embora 56% da população apoie a democracia como principal forma de governo, os dois maiores países da região, Brasil e México possuem indicadores preocupantes: apenas 49% dos brasileiros acreditam ser a democracia o sistema preferível de governo. No caso dos mexicanos, esse valor é de apenas 37%. A mesma pesquisa indagou se os entrevistados concordavam ser possível a existência de uma democracia livre de partidos políticos, e 31% afirmaram concordância. Por fim, 27% dos indivíduos ouvidos concordaram ser possível haver democracia sem um Congresso Nacional. A América Latina, de fato, conta com sociedades pós-coloniais ainda à espera de gestões menos centralistas e da consolidação das democracias, abaladas pelas inúmeras ditaduras na segunda metade do século XX. Por tais razões, argumentam autores que a região necessita, mais do que nunca, de um *iuscommune latino americano*⁸¹.

A Comissão Interamericana traça suas raízes da União das Repúblicas Americanas em 1890, ressurgida como a Organização dos Estados Americanos em 1948. De fato, durante a primeira metade do século XX não existiam muitas democracias no continente americano, entretanto, muitos dos líderes à época, dividiam uma herança comum de acordos filosóficos quanto aos direitos humanos, baseados nos ideais do Iluminismo. Com os processos de descolonização no século XIX, os Estados recém-constituídos, apesar do déficit democrático apoiavam a adoção dos novos instrumentos de direitos humanos, talvez como forma de marcar a transição para um regime democrático, fortalecer as bases para estabelecê-lo posteriormente, ou mesmo, para poderem fazer frente aos Estados que os colonizaram até o século anterior. Dessa forma, a adoção da Declaração Americana de Direitos do Homem ocorreu na mesma reunião em 1948 em que foi estabelecida a Organização dos Estados Americanos. Com isso, a carta de direitos humanos do continente americano seria o primeiro instrumento internacional de proteção de

⁸¹ PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios / Latin American Human Rights Iusconstitutionale comune and the Inter-American Human Rights System*. **Revista Direito e Práxis**, [s.l.], v. 8, n. 2, p.1356-1388, 14 jun. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro.p. 1358-1360.

direitos humanos, antecedendo a Declaração Universal de Direitos Humanos por alguns meses⁸².

Mesmo com a constituição da Organização Americana, o sistema interamericano só viria a se formar efetivamente em 1969, após a adoção da Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica, entrando em vigor apenas em 1978. A Convenção Americana é fechada, podendo aderir a ela apenas Estados que façam parte do continente americano⁸³. Aliás, é preciso lembrar que boa parte do sucesso nas ratificações para que tal órgão começasse a vigorar se devem à política externa do Presidente dos Estados Unidos à época, Jimmy Carter, cujo lobby levou à ratificação do instrumento pelos sete Estados necessários para iniciar os trabalhos do órgão: Bolívia, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, Venezuela, República Dominicana, todos ratificaram a Convenção durante o mandato de Carter⁸⁴. Neste sentido, é possível afirmar que, apesar do lobby, os conceitos atrelados a direitos humanos eram vistos como uma agenda a operar em desfavor do Estado, ou seja, apenas um embrião de um sistema de integração⁸⁵.

Ainda que conte com as dificuldades oriundas do posicionamento político de Estados da região, é possível traçar um paralelo com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos no que diz respeito ao catálogo de direitos protegidos pela Convenção, destacando-se o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade de crença e religião, à vida privada, direito a um julgamento justo, entre outros. Neste sentido, vislumbra-se que a Convenção, em primeiro lugar, não enunciou nenhum direito social, cultural ou econômico, determinando como um dever do Estado a realização progressiva destes através de medidas legislativas, políticas públicas, entre outros meios, conforme o artigo 26 da Convenção. Posteriormente, em 1988, a

⁸² SHAVER, Lea. The Inter-American Human Rights System: An Effective Institution for Regional Rights Protection? **Washington University Global Studies Law Review**, Washington, v. 9, n. 4, p.639-676, jan. 2010. p. 642.

⁸³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 88

⁸⁴ SHAVER, Lea. Op., Cit p. 644

⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios / Latin American Human Rights Iusconstitutionale comune and the Inter-American Human Rights System. **Revista Direito e Práxis**, [s.l.], v. 8, n. 2, p.1356-1388, 14 jun. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. p.1362

Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos viria adotar um Protocolo Adicional à Convenção, conhecido como Protocolo de San Salvador, concernente a direitos econômicos, sociais e culturais. Este instrumento entraria em vigor em outubro de 1999⁸⁶.

Conforme é possível vislumbrar, a adoção de um Protocolo a respeito de direitos econômicos, sociais e culturais marca a experiência do sistema em segundo momento, que começou a se diferenciar de seu “irmão” europeu nesta seara⁸⁷. É interessante notar que os Estados Unidos nunca ratificaram tal protocolo, nem mesmo o da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que revela um caráter distante do padrão cultural dos Estados ratificantes, grupo composto por países da América Central e do Sul. O exemplo do Canadá, outro país que nunca assinou ou ratificou a Convenção também é importante e fortalece a tese de que, aos poucos, a Convenção se tornou um órgão destinado a fortalecer e unificar democracias em desenvolvimento do Sul global. Há autores que argumentam que a razão pela qual Estados Unidos e Canadá não adentraram no sistema interamericano é porque ambos os países já possuíam sistemas de recursos e apelações efetivos em sua jurisdição doméstica. É possível inclusive indicar que o sistema jurídico da Commonwealth, que dispunha de bom financiamento e estabilidade, foi uma das razões pelas quais os países americanos do hemisfério norte não aderiram à Convenção Americana, notadamente, os países caribenhos e o Canadá, mesmo este último tendo saído do sistema jurídico Commonwealth e criado um próprio em 1982. Os países caribenhos, descontentes com a pena de morte do sistema britânico, ainda buscariam a Convenção Americana, mas mesmo assim, outra instituição, a Corte Caribenha de Justiça, foi criada em 2005, em razão das demandas da região⁸⁸.

Atualmente, o sistema interamericano é composto por dois órgãos: A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em Washington D.C., na sede da Organização dos Estados Americanos e a Corte Interamericana de Direitos

⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 89

⁸⁷ PAPAIOANNOU, Maria. Harmonization of International Human Rights Law Through Judicial Dialogue: The Indigenous Rights Paradigm **Cambridge Journal Of International And Comparative Law**. Cambridge, p. 1037-1059. 2014. p. 1040.

⁸⁸ SHAVER, Lea. The Inter-American Human Rights System: An Effective Institution for Regional Rights Protection? **Washington University Global Studies Law Review**, Washington, v. 9, n. 4, p.639-676, jan. 2010. p. 644-674

Humanos, localizada em São José, na Costa Rica, estabelecida em 1979, com a adoção da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, chamado “Pacto de São José da Costa Rica”. É possível vislumbrar a influência europeia na composição do sistema interamericano, tendo em vista que esta era a mesma estrutura mantida pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos antes da entrada em vigor do Protocolo 11 em 1998. Uma diferença importante, entretanto, deve ser destacada: o sistema europeu, antes do Protocolo 11, trazia um modelo de petição individual facultativa, enquanto o de petição interestatal era obrigatório. Como se verá, o sistema interamericano inverteu essa ordem: as petições individuais são regra e as comunicações de caráter interestatal são a exceção facultativa. Tal fato remete à cultura jurídica e política da região à época do início da instituição, em que as relações entre os países americanos ainda eram frágeis e quaisquer comunicações desse tipo poderiam gerar um receio diplomático⁸⁹.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem competência que abarca a todos os Estados-partes da Convenção Americana, em matéria de direitos humanos, bem como todos os Estados que compõem a Organização dos Estados Americanos quanto aos direitos específicos contidos na Declaração Americana de 1948. Essa diferença de competência é importante porque reflete diretamente nos casos submetidos ao órgão, por exemplo, os Estados Unidos, como membro da Organização dos Estados Americanos, já foram parte em um caso e considerados responsáveis por violações de direitos humanos pela Comissão⁹⁰. O órgão é integrado por 7 membros de alta autoridade moral e reconhecido saber em direitos humanos, sendo elegíveis nacionais de qualquer Estado que faça parte da OEA. O período de eleição é de 4 anos pelos membros da Assembleia Geral, sendo possível apenas uma reeleição. Dentre as funções da Comissão estão as de atuar como órgão conciliador entre os grupos sociais e o Estado em questão; aconselhar governos quanto às medidas mais adequadas de promoção e observação dos direitos humanos; bem como conduzir estudos e elaborar relatórios que relatem

⁸⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional Dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. 663 p.; 3 v. p. 49.

⁹⁰ Foi o caso do povo Shoshone, em que os povos indígenas nativos da região não receberam compensações devido aos processos de ocupação de seus territórios. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Mary and Carrie Dan v. United States**. Disponível em: <<http://cidh.org/annualrep/2002eng/USA.11140a.htm>>. Acesso em 10 ago 2017.

criticamente a situação dos direitos humanos no continente americano; há também uma função legitimadora, ao auxiliar um Governo a tratar e reparar falhas e violações de direitos que tenham sido vislumbradas pela Comissão em um caso ou exame; função protetora, por intervir em casos urgentes, solicitando suspensão da ação violadora e a prestação de informações a respeito das medidas tomadas⁹¹.

A Comissão também possui por competência examinar as comunicações que contenham denúncia de violação dos direitos da Convenção Americana levada a cabo por Estado signatário. A petição em questão pode partir de indivíduos, grupos ou Organizações Não-Governamentais, devendo atender a uma série de requisitos semelhantes aos exigidos pelo sistema europeu. No caso da Comissão, as petições encaminhadas devem ter esgotado todos os recursos internos do Estado-membro em questão, a inexistência de litispendência internacional, como forma de dar coerência e coesão ao direito internacional, bem como devem estar de acordo com os requisitos procedimentais de admissibilidade. A essa etapa, segue a observância do contraditório pelo Estado-membro, para que o órgão internacional tente a solução amistosa das partes. No caso de sucesso, a Comissão será responsável por redigir um relatório a ser enviado aos peticionários e ao Estado em questão, para ser publicado. Já na hipótese de falhar a negociação, a Comissão elaborará um relatório contendo o resumo dos fatos e demais informações pertinentes, concluindo o órgão em afirmar se houve ou não a violação de direitos humanos. Nesse ponto, a Comissão comunicará ao Estado que este terá 3 meses para acatar as recomendações feitas pelo relatório ou buscar uma solução amistosa com as partes. Há ainda a possibilidade de, nesse prazo, o caso em questão ser enviado para a Corte. Entretanto, se não ocorrer nenhuma dessas hipóteses, a Comissão emitirá sua própria opinião e conclusão, fixando um prazo para que o Estado violador adéque sua conduta e adote medidas para solucionar a questão. Após o prazo, a Comissão irá, por maioria absoluta, decidir se o Estado atendeu ou não às medidas recomendadas pela Comissão, publicando os resultados em relatório anual⁹².

⁹¹PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 92

⁹² É importante notar que a última hipótese, de impossibilidade de solução da controvérsia e de o Estado não reconhecer a competência da Corte, foi abordada pela Comissão no caso *Mary and Carrie Dann vs. Estados Unidos*, em que a Comissão utilizou de seus poderes conferidos pela Declaração Americana de 1948.

Já quanto à Corte Interamericana, esta realizou suas primeiras reuniões em Washington, na sede da Organização dos Estados Americanos em junho de 1979, tendo sido instalada permanentemente em São José da Costa Rica no mês de setembro do mesmo ano. A Corte possui função tanto consultiva, como contenciosa, sendo que, no que tange à competência contenciosa, o órgão age sob a provocação de um Estado-parte da Convenção ou mesmo a partir de submissões pela Comissão. As decisões da Corte em questões contenciosas são de caráter obrigatório para todos os Estados que tiverem aceitado sua competência⁹³. Também é possível que quaisquer Estados-membros da OEA solicitem a interpretação de tratado ou mesmo da própria Convenção a respeito de qualquer instrumento de direitos humanos nos Estados americanos. Até o momento, a Corte já emitiu 23 opiniões consultivas⁹⁴. Ainda, é preciso lembrar que a Corte pode realizar interpretação a respeito da compatibilidade de determinado instrumento jurídico e preceitos de legislação doméstica face a tratados e outras ferramentas de direito internacional, no fenômeno chamado de controle de convencionalidade das leis. Esse papel realizado pela Corte Interamericana encontra similar na interpretação empregada pela Corte Europeia, no que tange a observar as leis e demais diplomas jurídicos como “living instruments”, ou seja, realizando um papel interpretativo dinâmico e condizente com a evolução dos preceitos sociais no contexto temporal. Isso significa, na prática, a expansão gradual dos conceitos de direitos humanos e a elevação gradativa do padrão de vida social no continente americano⁹⁵.

É preciso apontar aqui que o sistema interamericano se distancia do europeu também quanto aos mecanismos de influência social: Conforme verificado, a atividade da Comissão realiza um estudo progressivo da matéria trazida, através de conferências e seus resultados buscam formas de conciliação. Apenas em caso de recomendação da Comissão ou de casos levados pelos Estados-parte a Corte pode iniciar seus trabalhos, o que reduz consideravelmente sua área de atuação. Por fim, julgamentos do órgão jurídico em questão não possuem mecanismos de

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96.

⁹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional Dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. 663 p.; 3 v. p. 53

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Advisory Opinions**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=en>.

⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 100

implementação como no caso do Conselho da Europa, para a Corte Europeia de Direitos Humanos, o que faz com que não se enxergue a influência social coercitiva no órgão interamericano como visto no europeu⁹⁶. Tendo como órgão principal a Comissão e suas atividades de promoção, conciliação e monitoramento, vê-se que o sistema privilegia a persuasão e, em alguns casos, aculturação como ferramentas principais de influência social, considerando as teorias de Jinks e Goodman⁹⁷.

Conforme afirma Piovesan⁹⁸, é possível dividir as matérias abordadas pela Corte, em sua existência, em 6 grandes eixos de acordo com o tipo de violação cometida, ou a matéria abordada no conhecimento do caso. O primeiro grupo é o de violações que refletem o legado do regime ditatorial vivenciado pelo continente durante o início da segunda metade do séc. XX, sendo também a categoria que compreende o maior número de decisões do órgão até o momento. O segundo conjunto de matérias abordadas pelo órgão trata de violações em questões de justiça de transição, essas matérias são relativas ao combate à impunidade, leis de anistia e direito à verdade que levaram à consolidação do entendimento da Corte na incompatibilidade de leis de autoanistia com os instrumentos de direitos humanos da Convenção Americana. Os principais exemplos dessa matéria são o caso de Barrios Altos no Peru, ocasião em que ocorreu um massacre por conta da aprovação de uma lei de anistia que levou ao massacre de 15 pessoas por policiais, e o caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, em razão do desaparecimento forçado de membros da Guerrilha do Araguaia, em operações militares ocorridas na década de 70.

O terceiro grupo de decisões do órgão jurídico que merece atenção é o de violações no sentido de fortalecimento de instituições e do Estado de Direito. Versam sobre tal matéria casos a respeito do acesso à justiça, proteção judicial, independência do Poder Judiciário, direito a um julgamento justo, ao devido processo legal, entre outros. É preciso mencionar que esse tipo de violação é uma

⁹⁶ É importante lembrar que, em termos democráticos, o sistema interamericano surgiu com muitos Estados-membros vivenciando períodos antidemocráticos e também sob a influência norte-americana, o que o inclinam muito mais à aculturação no que tange às teorias de influência de Jinks e Goodman.

⁹⁷ JINKS, Derek; GOODMAN, Ryan. How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law. **Duke Law Journal**, Durham, v. 5, n. 31, p.621-703, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol54/iss3/1/>>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios / Latin American Human Rights ius constitutionale comune and the Inter-American Human Rights System*. **Revista Direito e Práxis**, [s.l.], v. 8, n. 2, p.1356-1388, 14 jun. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. p. 1363.

das principais matérias analisadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos, principalmente, por conta de sua matriz cultural e seu esteio em valores liberais, que tende a privilegiar direitos civis e políticos, por exemplo, o direito a um julgamento justo e da independência do poder judiciário, haja vista o aspecto da manutenção da democracia, intimamente ligado às origens da Corte de Estrasburgo. Outra matéria vem sendo tratada pela Corte apenas mais recentemente, são direitos oriundos da chamada “Nova Agenda Contemporânea”, por exemplo, bioética, biodireito e direitos reprodutivos. No caso *ArtaviaMurillo e outros vs. Costa Rica*, por exemplo, o órgão afirmou a necessidade de proteção de direitos a respeito da proibição da fertilização in vitro, alegando que a proibição a tal tipo de prática atentava contra os direitos humanos, no que tange à vida privada e familiar, e também na formação de famílias.

Deve-se deter, no entanto para os dois últimos eixos de violações de direitos humanos julgados pela Corte: Violações a direitos sociais e de grupos socialmente vulneráveis, sendo este último tratado com mais vagar na terceira parte deste trabalho. Quanto aos direitos sociais, foi natural que a Corte Interamericana adotasse uma aproximação mais forte de tal vertente, tendo em vista os índices de desigualdade social sofridos por boa parte dos países latinoamericanos e o papel da Corte Interamericana de buscar melhoria gradual dos padrões de direitos humanos no continente, função semelhante à sua contraparte europeia. O desenvolvimento progressivo dos direitos humanos já estava presente na Convenção Americana, em seu artigo 26, entretanto, esteseencontrava em um estágio ainda incipiente, tendo sido mais bem desenvolvido com a adoção do Protocolo de São Salvador, que mesmo assim, possui limitações restringindo tais direitos à educação e liberdade sindical⁹⁹. Mesmo assim, a Corte afirma a jurisprudência da progressividade dos direitos humanos se valendo da interpretação de seus mecanismos conforme um “living instrument”, tal qual sua contraparte europeia. Isso evita maiores anacronismos e torna o direito pronunciado pelo órgão dinâmico.

É preciso destacar alguns julgados da Corte Interamericana no que tange à matéria da progressividade em direitos sociais. O primeiro exemplo é o primeiro caso, *Villagran Morales et al v. Guatemala*, que abordou, no conceito do direito à

⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios / Latin American Human Rights Ius constitutionale comune and the Inter-American Human Rights System*. **Revista Direito e Práxis**, [s.l.], v. 8, n. 2, p.1356-1388, 14 jun. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. p. 1369

vida, a ideia do “desenvolvimento de projeto de vida” ¹⁰⁰. Este caso representa um marco porque a Corte compreendeu que tal direito não pode ser compreendido de forma restrita, sob o ponto de vista negativo, qual seja, o de não ser privado da própria vida, mas também deve englobar a realização de políticas públicas por meio do Estado para que sejam verificadas condições de desenvolvimento da própria vida, ou seja, a expansão das liberdades e oportunidades para o indivíduo. De modo complementar, a Corte abordou a progressividade de direitos humanos no caso *Acevedo Buendia versus Peru*, em que o órgão reconheceu a necessidade de interpretação interdependente de direitos humanos, ou seja, a aplicação de todos os direitos a um só tempo, de forma que os direitos tendam a se reforçar mutuamente, garantindo sua real efetividade¹⁰¹.

Os direitos de proteção de minorias e grupos vulneráveis também são abordados de modo pioneiro pelo órgão interamericano, e sua jurisprudência traz lições complementares à matéria de interdependência entre direitos humanos ao estabelecer considerações a respeito do direito da propriedade comunal oriunda da origem e dos direitos culturais dos povos indígenas. Um dos eixos do presente trabalho a ser apontado com mais vagar na terceira parte desta pesquisa é justamente o de que o tema do direito dos povos indígenas e o direito à propriedade através da prática cultural foram temas com pouca abordagem por instrumentos jurídicos¹⁰². Dentre os casos abordados pela Corte que ajudaram a firmar entendimento em tal matéria está o caso da comunidade *Mayagna Awas Tigni v. Nicarágua*, de 2001, que abordou tais questões relativas à propriedade comunal, envolvendo o uso da terra, não só em sua acepção física, mas ligando-o a propriedade física a traços culturais, tais como o desenvolvimento de um plano de vida, a prática religiosa, a integridade cultural e sobrevivência econômica, todas tendo por principal esteio a tradição comunitária como fonte¹⁰³. Como resultado,

¹⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: IMPACTO TRANSFORMADOR, DIÁLOGOS JURISDICIONAIS E OS DESAFIOS DA REFORMA. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, [s.l.], v. 3, n. 1, p.76-101, 16 dez. 2014. Universidad Federal de Santa Maria. p. 85.

¹⁰¹ Mais uma vez, essa noção está arraigada na construção dos termos e definições do direito ao desenvolvimento, sendo mencionadas principalmente por Amartya Sen, ver parte três deste trabalho.

¹⁰² PAPAIOANNOU, Maria. HARMONIZATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW THROUGH JUDICIAL DIALOGUE: THE INDIGENOUS RIGHTS' PARADIGM. **Cambridge Journal Of International And Comparative Law**. Cambridge, p. 1037-1059. 2014. p. 1047-1048.

¹⁰³ HUERTA, Mauricio Ivánder Toro. **The Contributions of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights to the Configuration of Collective Rights of Indigenous Peoples**. 2013.. Disponível em: <www.yale.edu/documents/pdf/sela/Del_Toro.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2015.

Mayagna Awas Tigni v. Nicarágua se tornaria o leading case da Corte Interamericana no que tange à matéria da propriedade coletiva. É possível afirmar que a construção da doutrina da Corte a respeito de tais direitos se deu como resposta aos processos de colonização, que marcam tais comunidades que, sofrendo com a desigualdade e exclusão social, são frequentemente marginalizadas pelos Estados. Com a América Latina sendo o berço de muitos desses povos, é natural que a Corte faça esse papel buscando atrair a atenção de seus Estados-membros para esses grupos e comunidades. No caso Mayagna Awas Tigni, o órgão realizou a interpretação da Convenção Americana conforme a ideia de living instrument, entendendo que o termo “bens” no artigo 21 da Convenção Americana tem acepção ampla, devendo estar contido em seu entendimento a noção da propriedade comunal empregada pelos povos indígenas, a qual deve também encontrar amparo e proteção na Constituição da Nicarágua¹⁰⁴.

Complementando o caso Mayagna Awas Tigni, a Corte abordou novamente a ideia de “desenvolvimento de plano de vida” no caso da Comunidade Moiwana v. Suriname. Em 1986 a comunidade Moiwana se viu vítima de uma série de agressões por parte de operações militares do Suriname, que destruiu suas aldeias e promoveu o desaparecimento forçado de inúmeros membros da comunidade. O voto separado de Antônio Augusto Cançado Trindade neste caso faz considerações ao luto e ao sofrimento do povo N'djuka que se viu separado de seus mortos, ou seja, o juiz levou o desenvolvimento do plano de vida para a dimensão cultural-religiosa, apontando para o direito a um desenvolvimento de “plano depós-vida”, valorizando os direitos culturais das relações dos povos com seus ancestrais em seu solo, falando não só em danos morais, mas sim, danos espirituais causados pelo Suriname ao impedir a concretização dos rituais religiosos da comunidade. Os N'djuka possuem uma relação própria com suas terras e com seus ancestrais, fazendo parte de sua cultura os ritos fúnebres adequados, devendo estes receber consideração diante das violações cometidas pelo Estado do Suriname¹⁰⁵.

¹⁰⁴ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tigni v. Nicarágua**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf> Acesso em 20 Out 2017.

¹⁰⁵ ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Comunidade Moiwana v. Suriname**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_145_ing.pdf> Acesso em 27 ago 2017.

No geral, a Corte Interamericana tem realizado uma atividade que valoriza a persuasão na construção dos conceitos, ao se valer de inúmeras fontes do direito internacional e também citar constantemente julgados de sua contraparte europeia, o que também aponta o compromisso com um diálogo interjudicial. De fato, conforme se verá posteriormente, o mecanismo de citação de decisões de outro órgão jurídico de postura semelhante pode facilitar o processo de consolidação de uma nova corte, como foi o caso da Corte Interamericana. Como segundo sistema de proteção regional de direitos humanos, boa parte da Corte Interamericana surgiu através de diálogos e de pesquisas sobre o sucesso da Corte Europeia de Direitos Humanos. A própria estrutura da Corte Interamericana é a mesma da Europeia antes desta adotar o Protocolo 11. Ademais, há que se considerar que nas primeiras versões de seu estatuto, inúmeros trechos foram destacados diretamente do estatuto da Corte Europeia, que, por sua vez, foi inspirado na Corte Internacional de Justiça¹⁰⁶. O segundo Regulamento da Corte Interamericana foi adotado em 1991, quando então foi incorporado um procedimento mais simples. O terceiro Regulamento passaria a vigorar em 1996, adotando novos mecanismos concernentes ao *locus standi* dos indivíduos, mais uma vez, indo ao encontro do adotado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Os dois Regulamentos que se seguiriam teriam por objetivo ampliar ainda mais a participação individual, garantindo-a em todas as etapas processuais e permitindo, em 2003, a apresentação de medidas provisórias pelas vítimas de casos que já estão em análise pelo órgão jurídico.

Ainda na mesma via de apoiar o diálogo, é preciso apontar que este ocorre não apenas com a Corte Europeia de Direitos Humanos, mas também em outras três vertentes: com o sistema global de direitos humanos, através da atividade da Corte em adotar patamares de direitos humanos oriundos de tal fonte, com os sistemas regionais, sendo o exemplo europeu o mais notável como visto acima e, também, através do diálogo entre as jurisdições internas através do mecanismo do controle de convencionalidade. Esta última ferramenta se revela nas diversas constituições do continente de forma a permitir uma permeabilização maior de normas do direito internacional dos direitos humanos no âmbito interno com a

¹⁰⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional Dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. 663 p.; 3 v. p. 57.

adoção de cláusulas constitucionais abertas, recepção de normas de direitos humanos com hierarquia especial, sendo exemplos de tal prática as Constituições da Argentina (que estipula o status de norma supra-legal e infra-constitucional aos tratados de direitos humanos), do Brasil e do Peru (cujo Tribunal Constitucional determinou a hierarquia constitucional de tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado Peruano)¹⁰⁷. Considerando tais fatos, é possível afirmar que o regime interamericano possui uma cultura jurídica rica ao utilizar uma grande amplitude de fontes na elaboração de seus pareceres e julgamentos, fenômeno que ajuda a firmar uma “ordem” no direito internacional, fenômeno abordado no próximo capítulo.

Por fim, é preciso verificar se um sistema culturalmente rico como o interamericano tem gerado impactos sensíveis nas sociedades dos países a que serve. De início já é possível afirmar que a Corte é pioneira em sugerir modificações legislativas por meio de medidas cautelares, acordos e relatórios, tais mudanças funcionando como um mecanismo de reparação específico. Os primeiros casos em que ocorrem tais alterações datam do final dos anos 90, e são eles *Paniagua Morales et al vs. Guatemala* (março de 1998), *LoayzaTomayo vs. Peru* (novembro de 1998). Essa forma de reparação surgiu a partir da atividade da Corte, através de seus relatórios e informes, não contando com previsão expressa em tratados, estatutos ou regulamentos do Sistema Interamericano. A Corte tem evoluído no sentido de tomar as alterações legislativas como forma de reparação em um sentido amplo, convertendo a alteração legislativa em normativa, ou seja, dotando tais medidas como diretrizes do poder público, para além do espectro meramente legislativo. Esse fator é essencial para se avaliar a eficácia da Corte Interamericana, haja vista que as iniciativas mais eficazes tem sido as que coordenam os poderes executivo, legislativo e o judiciário amparados pela ação da sociedade civil na implementação de medidas legais e políticas públicas como mecanismos de reparação. Carina Calabria¹⁰⁸ propõe uma classificação baseada em graus de eficácia do cumprimento das medidas da Corte, dividindo as decisões em: Formalmente cumpridas, quando o próprio órgão jurídico declara a obrigação

¹⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 92.

¹⁰⁸ CALABRIA, Carina. Eficácia de Mudanças Legislativas Propostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos / Effectiveness of Legislative Changes Proposed by the Inter-American Court of Human Rights. **Revista Direito e Práxis**, [s.l.], v. 8, n. 2, p.1286-1355, 14 jun. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro.

cumprida (o que normalmente significa a satisfação das medidas recomendadas pela Comissão); com elevado grau de cumprimento, quando casos similares àquele julgado não mais se verificam no Estado, ou quando há alteração substancial da matéria no âmbito interno, como na adoção de controle de convencionalidade para o caso em questão; com grau de eficácia mediano quando há “movimentação” social em torno da questão, com a adoção de atos coordenados para se cumprir a decisão da Corte, ainda que não tenha havido uma solução definitiva; com grau limitado de eficácia, nas hipóteses em que se verificam informações insuficientes do Estado a respeito do cumprimento da obrigação, ou quando as ações recomendadas tramitam vagarosamente nos órgãos responsáveis e, por fim, com grau crítico de ineficácia, nos casos em que a própria Corte aplica o artigo 65 da Convenção Americana, notificando a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos das violações cometidas pelo Estado-membro ao não prestar informações quanto às medidas de reparação recomendadas. Verificando os números, para a formação de um panorama geral de eficácia da Corte, conclui-se que a maioria das ordens de alteração normativa exaradas pelo órgão foram ao menos formalmente cumpridas, e, do restante, mais da metade tiveram seu desempenho avaliado como de eficácia elevada e mediana, com base na multiplicidade de iniciativas e políticas públicas destinadas a cumprir as medidas recomendadas pela Corte¹⁰⁹.

Esta análise de eficácia é apenas um exemplo das verdadeiras forças da Corte Interamericana, como mecanismo “desbloqueador” e de revisão de decisões judiciais, caracterizado pela grande presença de países latino americanos e por uma evolução ritmada mas que conta menos com a força de seus “mandate providers” do que sua contraparte europeia. Afinal, historicamente a grande adesão ao regime americano de direitos humanos se deu em um período hostil, com poucas democracias através da coordenação de um terceiro, no caso, os Estados Unidos, que não ingressariam na Corte nos anos seguintes. Todas essas características apontam para que os pontos fortes do sistema sejam a de influenciar os Estados em seu interior através do diálogo persuasivo, com estudos, pareceres e uso de técnicas de framing.

¹⁰⁹ CALABRIA, Carina. Eficácia de Mudanças Legislativas Propostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos / Effectiveness of Legislative Changes Proposed by the Inter-American Court of Human Rights. **Revista Direito e Práxis**, [s.l.], v. 8, n. 2, p.1286-1355, 14 jun. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. p. 1340.

Considerando essas características e, especialmente, o modelo adotado pelos seus “mandate providers”, que são mais resistentes do que os do sistema europeu, é natural que o sistema interamericano fosse atraente para os países africanos, na busca da criação de seu sistema regional de proteção. A cultura jurídica e os problemas enfrentados pela Corte Interamericana também encontram maior semelhança com aqueles que os “mandate providers” da África buscavam abordar na criação da Corte Africana. Deste modo, o tópico a seguir versará sobre a criação e manutenção do sistema regional africano de proteção aos direitos humanos, o sistema mais novo e que encontra maiores dificuldades para se firmar dentre os três, mas também, aquele que possui maior dedicação ao estudo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

1.4.3 – Sistema Africano de Proteção aos Direitos Humanos

O sistema africano foi desenvolvido sob os auspícios da antiga Organização da Unidade Africana, estabelecida em 1963 a qual, em 2001, passou a se chamar apenas União Africana. O documento que efetivamente cria tal sistema, a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, foi elaborado em 1981, conhecida também como Carta de Banjul ou, simplesmente, Carta Africana, tendo entrando em vigor em 1983, com a Comissão Africana se constituindo e se encontrado pela primeira vez em 1987. Os líderes africanos iniciaram tal empreitada cedendo às pressões internacionais com relação às maciças violações de direitos humanos na década de 70, a exemplo dos governos autoritários de Bokassa, Macias Nguema e Idi Amin Dada¹¹⁰. Basicamente, os países africanos foram compelidos a aceitar uma ingerência internacional no modo como os direitos humanos eram empregados no continente. Mesmo assim, a exposição do continente africano a modelos e padrões culturais externos auxiliou os países da região a mudar de suas comunidades tradicionais a Estados multiculturais. Nesse meio, o discurso dos direitos humanos teve de ser construído, tendo em vista que os padrões de uma justiça comunitária não mais davam conta das demandas do ambiente moderno. Dessa forma, o

¹¹⁰ DONNELLY, Jack. International human rights: a regime analysis. **International Organization**, [s.L], v. 40, n. 03, p.599-642, jun. 1986. Cambridge University Press (CUP). p. 636

sistema africano surgiu como uma síntese, entre o mundo ocidental, a partir de influências exógenas, e as particularidades das sociedades africanas, que datam desde épocas pré-coloniais¹¹¹.

A respeito dos instrumentos de direitos humanos do sistema africano, este conta atualmente com a Comissão Africana, que apesar de constituída em 1987, adotou suas regras e procedimentos apenas em 1995, e também com um órgão jurídico, a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, que surgiu com o Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, assinado em 1998 na cidade de Ouagadougou em Burkina Faso, tendo entrado em vigor em 2004, com a eleição do primeiro corpo de juízes em julho de 2006. A Corte iniciou seus trabalhos em Addis Ababa na Etiópia, em novembro do mesmo ano, mas, no ano seguinte, em 2007, sua sede mudou para Arusha na República Unida da Tanzânia. Atualmente, são 53 os países signatários da União Africana, todos ratificando a Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos, sendo que o único país africano não-signatário e que não pertence à União Africana é o Marrocos. Infelizmente, o Protocolo que instituiu a Corte Africana possui bem menos ratificações, dos 30 países signatários do documento, apenas 8, até julho de 2017 ratificaram seu conteúdo¹¹².

Tanto a Comissão como a Corte Africana agem com base na Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos, documento único que traz uma maior ênfase na proteção coletivista em comparação a outros instrumentos de direitos humanos. De fato, desde o Preâmbulo do documento é possível vislumbrar maior atenção às tradições históricas e valores da civilização africana, como os principais fatores a inspirar a Carta Africana. O documento busca afirmar a independência e liberdade africanas, ao passo que combate o colonialismo, busca a erradicação do Apartheid e de todas as formas de discriminação. É, portanto, possível afirmar que o sistema africano nasce justamente de uma busca por identidade regional espelhada na cultura africana, afinal, a realização dos direitos humanos no continente africano deve seguir os parâmetros da sociedade africana, e não tratar-se de mero

¹¹¹ FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento: Universalização, Ressignificação e Emancipação**. 2013. 485 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 340.

¹¹² UNIÃO AFRICANA. **Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos**. Disponível em: <<http://www.african-court.org/en/index.php/12-homepage1/1-welcome-to-the-african-court>>. Acesso em 10 ago 2017.

“apanhado” de conceitos e termos desenvolvidos em uma sociedade e transplantados para outra¹¹³.

A Carta Africana inova ao trazer o caráter universal e integrado dos direitos humanos ao reconhecer que:

“os direitos civis e políticos são indissociáveis dos direitos econômicos, sociais e culturais, tanto na sua concepção como na sua universalidade, e que a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais garante o gozo dos direitos civis e políticos.”¹¹⁴

Esse mecanismo é único tendo em vista que todos os outros sistemas de proteção adotaram protocolos opcionais concernentes aos direitos econômicos, sociais e culturais. De fato, esses sistemas eram formados em torno das ideias dos direitos civis e políticos, adotando uma ótica liberal, para, progressivamente, buscarem incorporar o discurso dos direitos econômicos, sociais e culturais em seus diplomas¹¹⁵.

Por fim, a Carta pode ser dividida, além do Preâmbulo, em três partes: a primeira enumera os direitos e deveres, a segunda traz disposições a serem empregadas principalmente pela Comissão Africana, porque lista os dispositivos de salvaguarda e a organização do órgão e, enquanto a terceira parte cuida das ferramentas de adesão ao documento e outras provisões, como processo de emenda da Carta, entre outros. No primeiro trecho, é preciso destacar que o documento parece limitar o alcance de seus dispositivos no que tange aos direitos civis e políticos, não mencionando o direito de não ser submetido a trabalhos forçados, o que é estranho em se tratando de uma Carta com valor cultural tão grande para o continente africano, bem como também não constamemção ao direito à privacidade. Mesmo assim, o entendimento da Comissão tem sido o de interpretar

¹¹³FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento: Universalização, Ressignificação e Emancipação**. 2013. 485 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 343

¹¹⁴ UNIÃO AFRICANA. **Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. 1981**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/carta-africana-dos-direitos-humanose-dos-povos-carta-de-banjul.html>>. Acesso em 10 Out 2017.

¹¹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 122-123

extensivamente tais matérias, englobando direitos ou aspectos de direitos que não tenham sido explicitamente mencionados na Carta Africana¹¹⁶.

No que diz respeito à Comissão Africana, esta foi o primeiro órgão criado no sistema africano de proteção aos direitos humanos. Formalmente, a Comissão surgiu por um tratado separado da União Africana, em 1981, de acordo com o artigo 30 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, e foi adotada formalmente pela União Africana, à época, Organização da Unidade Africana, no final do mesmo ano. O órgão está sediado na Gâmbia, em Banjul, tendo funcionado desde 1987 e conta com 11 membros escolhidos entre pessoas de alta moralidade, integridade e imparcialidade, com reconhecida competência em direitos humanos e dos povos. O artigo 31 da Carta Africana dispõe a respeito da independência com que devem agir os membros da comissão, característica importante no que tange à abordagem de regimes. Os membros terão mandato de 6 anos, renovável por uma vez, e serão escolhidos através de votação por escrutínio secreto pela Assembleia de Chefes de Estado de Governo. Há críticas quanto a esse mecanismo de seleção, principalmente quanto ao requisito da independência, por exemplo, um membro da Comissão eleito para um mandato se tornou Ministro em seu país, a Mauritânia, pouco tempo depois. No entanto, uma medida foi tomada para preservar a integralidade do órgão: Em 2005 a Comissão impediu a entrada de serventuários civis e membros do corpo diplomático de países membros¹¹⁷.

É preciso apontar que a própria origem da Comissão Africana como único órgão do sistema teve duas justificativas: O primeiro motivo evocava o fato de que seria característica do “método africano” a maior tendência à conciliação e mediação ao invés do mecanismo adversarial de uma corte jurídica¹¹⁸. O segundo é o argumento realista, os governos dos países que compunham a União não eram

¹¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 123

¹¹⁷ HEYNS, Christof, KILLANDER, Magnus. The African Regional Human Rights System. In: GOMEZ, Felipe; DE FEYTER, Koen. **International Protection Of Human Rights: Achievements And Challenges**. Bilbao: University Of Deusto, 2006. p. 509-543. Disponível em:

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1356505>. Acesso em 10 ago 2017 p. 524

¹¹⁸ É preciso notar, no entanto, que o método de solução de controvérsias enfatizado pela negociação e conciliação é apontado como um dos grandes pontos fortes do sistema africano, marcando a jurisdição africana. Nesse sentido, Abdullahi Ana'him afirma que as “as condições próprias da África clamam por mecanismos consuetudinários”.

ANA'HIM apud FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento: Universalização, Ressignificação e Emancipação**. 2013. 485 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 353.

simpáticos à ideia de perder parcela de sua recém-adquirida soberania para um organismo internacional em 1981¹¹⁹. Tendo em vista esse ponto, fica claro que as competências do órgão serão no sentido da promoção dos direitos humanos e da resolução de controvérsias pelos mecanismos não-adversariais: cabe à Comissão criar relatórios, promover pesquisas nos ramos dos direitos humanos e interpretar o conteúdo da Carta Africana. Também é de sua competência apreciar comunicações interestatais, bem como petições individuais ou de ONGs a respeito de violações de direitos humanos e dos povos conforme os termos da Carta¹²⁰. Os requisitos de petição para a Comissão, aliás, encontram respaldo nas práticas da Corte Interamericana e Europeia (vedação ao anonimato e esgotamento dos recursos internos em um Estado membro, por exemplo), com uma inovação, que é a ressalva para casos resolvidos pela Carta das Nações Unidas. Tal fato acontece, principalmente, em razão dos conflitos em Ruanda e o órgão jurídico instaurado pelo Conselho de Segurança para solução de tal questão.

Além desses pontos, a Comissão também cuida de apreciar relatórios sobre a situação dos direitos humanos, enviados pelos Estados-membros de 2 em 2 anos, como parte do papel de promoção do regime na região, verificando medidas legislativas e políticas públicas adotadas tendo como base a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos. Infelizmente, muitos dos Estados da União Africana jamais submeteram nenhum relatório à Comissão¹²¹, outros ignoram completamente as resoluções adotadas pelo órgão. Mesmo assim a Comissão tem conduzido pesquisas e promovido a participação social, especialmente por meio de ONGs, que realizam reuniões “espelho” em um fórum antes das sessões oficiais, bem como possuem um trabalho muito próximo do sistema africano desde antes da elaboração da Carta de Banjul. Ademais, as ONGs também auxiliam nas decisões da agenda da Comissão, além de sua expertise ter influenciado na condução de investigações e

¹¹⁹ HEYNS, Christof, KILLANDER, Magnus. The African Regional Human Rights System. In: GOMEZ, Felipe; DE FEYTER, Koen. **International Protection Of Human Rights: Achievements And Challenges**. Bilbao: University Of Deusto, 2006. p. 509-543. Disponível em:

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1356505>. Acesso em 10 ago 2017 p. 532

¹²⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 126

¹²¹ HEYNS, Christof, KILLANDER, Magnus. The African Regional Human Rights System. In: GOMEZ, Felipe; DE FEYTER, Koen. **International Protection Of Human Rights: Achievements And Challenges**. Bilbao: University Of Deusto, 2006. p. 509-543. Disponível em:

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1356505>. Acesso em 10 ago 2017. p. 529

na instalação de Relatorias Especiais¹²². Esses fatos revelam certa preocupação em tornar o sistema africano arena de exposição de temas caros para a sociedade civil de modo geral. Infelizmente, em um primeiro momento a Comissão Africana relutou em utilizar jurisprudência e o direito comparado como fontes para seu trabalho interpretativo, se apresentando como um órgão resistente ao diálogo. Contudo, há autores que afirmam que isso foi necessário para que não houvesse alienação dos princípios e comprometimento dos valores africanos. A partir de 2001 o panorama da Comissão mudou e o diálogo tem sido uma ferramenta importante do órgão, que cita com frequência decisões de órgãos das Nações Unidas, jurisprudência de comitês de direitos humanos e de outros sistemas regionais de proteção¹²³.

O outro órgão central do sistema africano de proteção é a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Boa parte do estímulo para a adoção de uma Corte para o sistema africano veio do já mencionado trabalho das ONGs em conjunto com a Comissão Africana, em especial, a Anistia Internacional e Comissão Internacional de Juristas. O órgão jurídico é composto também por 11 membros, todos de distinta moral e reconhecido saber na área de direitos humanos. Além disso, todos os juízes devem ser nacionais de Estados africanos, não sendo possível a presença de dois membros da mesma nacionalidade. As regras quanto ao escrutínio secreto, mandato de 6 anos reelegível por uma vez e a independência dos membros quanto ao Estado do qual são nacionais também se aplicam à Corte da mesma forma que na Comissão¹²⁴.

Dentre as competências da Corte estão a de interpretar a Carta de Banjul, de modo complementar à realizada pela Comissão, além de também poder agir de modo consultivo ou contencioso. O Artigo 5 do Protocolo que instituiu a Corte Africana deixa claro que poderão levar casos para a Corte os Estados-membros da União Africana, a Comissão, ONGs, e também indivíduos caso haja declaração estatal nesse sentido. Infelizmente, poucos países têm adotado essa última medida para garantir a acessibilidade do órgão, até o término de Abril de 2017 apenas 8

¹²² MOTALA apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 127

¹²³ INMAN, Derek M. K.. The Cross-Fertilization of Human Rights Norms and Indigenous People in Africa: From Endorois and Beyond. **The International Indigenous Policy Journal**. Bruxelas, p. 1-26. out. 2014. Disponível em: <<http://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1181&context=iipj>>. Acesso em 10 ago 2017. p. 6.

¹²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 130.

países haviam assinado a declaração: Burkina Faso, Benin, Costa do Marfim, Gana, Malauí, Mali, Tanzânia e, por último, Tunísia¹²⁵. A esse fato, deduz-se que, sem o acesso individual, não serão muitos os casos apresentados à Corte¹²⁶.

Também é importante mencionar que existe uma proposta de integração entre a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos com o órgão jurídico da União Africana, principalmente, por questões orçamentárias. O novo órgão será conhecido como Corte Africana de Justiça e Direitos Humanos, e foi adotado pela União no ano de 2008, por meio de um protocolo em Sharm El-Sheikh assinado no Egito. No entanto, apenas 5 Estados ratificaram tal documento desde 2014, no caso, a Líbia, Burkina Faso, Mali, Benin e Congo¹²⁷. Basicamente, essa nova corte “híbrida” reafirma o compromisso da União Africana com a justiça e os direitos humanos, expande a jurisdição da Corte e muda a nomenclatura. Há autores que afirmam que é aí que o sistema africano parece entrar em um labirinto jurídico em que o fio de Ariadne, que indica a saída, ainda não foi encontrado¹²⁸.

Quanto à atividade da Corte Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, esta tem se consolidado em ritmo lento. O primeiro julgamento da Corte se deu em 2009 e, atualmente, ela conta com 32 casos finalizados, 92 casos pendentes e 4 requisições de opinião consultiva¹²⁹. Infelizmente, as ressalvas dos Estados africanos em ratificar o protocolo que permite o acesso de indivíduos à Corte têm minado maiores impactos do órgão jurídico no continente. Ademais, o fato de que a Comissão raramente tem encaminhado precedentes de violações de direitos humanos para a atuação da Corte também reduzem sua atuação. De fato, apenas 3 casos de violações de direitos humanos por Estados foram levados pela Comissão à

¹²⁵ UNIÃO AFRICANA.. **Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos**. Disponível em: <<http://en.african-court.org/index.php/news/press-releases/item/145-republic-of-tunisia-signs-african-court-declaration-to-allow-ngos-and-individuals-to-access-the-human-and-peoples-rights-court-directly>> .Acesso 08 ago 2017.

¹²⁶ ENABULELE, Amos O. Incompatibility of national law with the African Charter on Human and Peoples' Rights: Does the African Court on Human and Peoples' Rights have the final say?. **African Human Rights Law Journal**, [s.l.], v. 16, n. 1, p.1-28, 2016. Academy of Science of South Africa. Disponível em: <<http://www.ahrlj.up.ac.za/enabulele-a-o>>. Acesso em: 22 ago 2017.p. 4

¹²⁷ UNIÃO AFRICANA. **Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos**. Disponível em: <<http://www.african-court.org/en/index.php/12-homepage1/1-welcome-to-the-african-court>>. Acesso em 10 ago 2017.

¹²⁸ PAPAIOANNOU, Maria. HARMONIZATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW THROUGH JUDICIAL DIALOGUE: THE INDIGENOUS RIGHTS' PARADIGM. **Cambridge Journal Of International And Comparative Law**. Cambridge p. 1042.

¹²⁹ UNIÃO AFRICANA. **Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos**. Disponível em: <<http://www.african-court.org/en/index.php/12-homepage1/1-welcome-to-the-african-court>>. Acesso em 10 ago 2017.

Corte Africana, são eles o caso da Líbia, 004/2011, em que a Comissão buscava conter agressões cometidas durante o governo Gaddafi, em que violações maciças de direitos humanos eram cometidas contra a oposição do ditador. Infelizmente o caso foi marcado por grandes ausências, tendo em vista que foi pedida uma suspensão para normalização da situação no país em 2012. A Corte terminou por julgar que, em razão da inércia da Comissão em buscar provas e evidências da situação na Líbia, com o término do regime, não havia mais meios para se prosseguir¹³⁰. O outro caso digno de nota foi o 006/2012, contra o Quênia, em que a Comissão alega violações de direitos dos povos contra o povo dos Ogiek, uma minoria nacional que residia nos arredores da floresta Mau. O governo queniano emitiu uma ordem desalojando os Ogiek dos arredores de seu território, privando-os de seus direitos culturais únicos do uso da propriedade comunal. Em razão da pertinência da matéria abordada, o caso dos Ogiek será analisado posteriormente, em conjunto com o caso dos Endorois e do direito ao desenvolvimento¹³¹. O último caso levado pela Comissão para a Corte é outro caso contra a Líbia, de número 002/2013, que dizia respeito à prisão do filho de MuamarGaddafi, Sëif Al IsalmKadhafi, detido sem julgamento, incomunicável e em local desconhecido, o que gerou grande repercussão política, que ainda prossegue. A decisão da Corte, dada em 2016, dizia respeito à restituição dos direitos à um julgamento justo, entretanto, em 2017, o filho do ditador foi libertado por forças rebeldes e levado para fora do país¹³².

Mesmo com uma atuação limitada da Comissão neste sentido, é possível dizer que é o órgão comissional aquele dotado de maior força no sistema africano. As decisões da Comissão Africana são ricas em inúmeras fontes de direito internacional, além de comentários à jurisprudência de outros sistemas de proteção, denotando esforço a um diálogo constante com os outros mecanismos regionais. Em

¹³⁰ UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos v. Grande Jamahiriya Árabe Popular Socialista da Líbia 004/2011**. Sumário do Caso. Disponível em: <<http://arcproject.co.uk/2016/07/case-summary-application-no-0042011-african-commission-on-human-and-peoples-rights-v-great-socialist-peoples-libyan-arab-jamahiriya/>>. Acesso em 22 ago 2017.

¹³¹ UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Declaração de Imprensa do caso da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos v. República do Kenya 006/2012**. Disponível em: <<http://www.achpr.org/press/2017/05/d358/>>. Acesso em 22 ago 2017.

¹³² **Grupo armado líbio afirma ter libertado o filho de MuammarKadhafi, Seifal-Islam**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/grupo-armado-libio-diz-ter-libertado-o-filho-de-muammar-kadhafi-seif-al-islam.ghtml>>. Acesso em 10 ago 2017.

especial, percebe-se o pioneirismo da Comissão ao abordar o direito ao desenvolvimento na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, e sua definição deste direito dialogando com o conteúdo de julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange ao direito dos povos indígenas¹³³. O assunto em questão será analisado com mais vagar posteriormente, em que uma análise de todo o caso dos Endorois e do direito ao desenvolvimento será feita.

Infelizmente, o sistema africano ainda possui um caminho longo a trilhar, em termos de eficácia. A título de exemplo, em 2012, o cumprimento total das decisões emanadas pela Comissão era de apenas 14%, o cumprimento parcial era de 20%, com uma assustadora taxa de 66% de não-cumprimento das medidas¹³⁴. Isso é refletido pelas dificuldades encontradas pelos países-membros do sistema em questão: O continente passa por severas crises e altíssimos índices de pobreza e fome. Na Somália, metade da população vive na dependência de auxílio internacional para não morrer em razão das privações de alimentação e água¹³⁵. De acordo com o relatório das Metas do Milênio em 2013, metade da população da África subsaariana vive com menos de U\$ 1,25 por dia e uma em cada 9 crianças morre antes de chegar aos 5 anos¹³⁶. Esses fatos são produto de um sistema colonial que arrasou as bases da sociedade africana. De fato, as dificuldades estruturais pelas quais o continente passa são fruto tanto de uma “crise de justiciabilidade”: O paradigma atual de direitos humanos requer certas medidas para se fazer valer, tais como certa estabilidade política, recursos disponíveis e capacidade institucional para que Tribunais funcionem, investigando, julgando e atendendo aos seus destinatários. Infelizmente as crises estruturais vividas pelo continente africano colocam em xeque esse modelo, conforme explicita AbdullahiAn-Na'im: em países como Moçambique os defensores públicos não possuem formação

¹³³FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento: Universalização, Ressignificação e Emancipação**. 2013. 485 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 373

¹³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 132

¹³⁵ FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento: Universalização, Ressignificação e Emancipação**. 2013. 485 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 340

¹³⁶ ONU. **Relatório de desenvolvimento das Metas do Milênio 2013**. Disponível em: <<http://www.undp.org/content/dam/undp/library/MDG/english/mdg-report-2013-english.pdf>>. Acesso em 22 ago 2017.

legal. Na Nigéria, peticionários são extorquidos por magistrados e serventuários de justiça¹³⁷.

Mesmo diante da situação vivida pelo continente africano, é preciso apontar que o pioneirismo da Carta e seu plano de adoção dos direitos econômicos, sociais e culturais de modo indissociável dos direitos civis e políticos são qualidades importantes na elaboração de uma solução conjunta para os profundos problemas da África pós-colonial. Isso porque o modelo do sistema africano, ainda que careça de maior desenvolvimento para a abertura diretamente para indivíduos, já permite a mobilização da sociedade civil ao funcionar como um palco de discussões, em que a participação de organizações não-governamentais tem sido decisiva, e o número de organizações de direitos humanos no âmbito local tem aumentado. O próprio Abdullahi An-Na'im reconhece a importância da expertise dessas organizações na vanguarda para apontar pautas e promover estudos sobre as reformas necessárias ao continente. Ademais, a Comissão Africana também exerce o papel de mecanismo de construção de um direito que siga os preceitos culturais africanos, como nos exemplos de atividades interpretativas realizadas pelos seus dois órgãos principais. Nesse sentido, deve o sistema africano colher experiências de sua contraparte interamericana e europeia e adaptar os resultados para melhor servirem ao continente, resultando na concretização do diálogo como ferramenta de integração e expansão dos direitos humanos.

Após essas breves considerações, o próximo capítulo analisará justamente o diálogo como fenômeno de troca de experiências e influência entre diversos sistemas jurídicos, ultrapassando as cortes regionais para se analisar os pontos centrais que regem essa atividade, e também, verificar o que se pode esperar. Tendo em vista as severas limitações da seara internacional, notadamente quanto à celebração de tratados e compromissos entre Estados, o trabalho de interpretação dos mecanismos já existentes, a introdução de novas práticas, costumes e o reconhecimento da autoridade de tais órgãos jurídicos constituem ferramentas importantes no exercício do direito e na criação de regimes internacionais.

¹³⁷AN-NA'IM, Abdullahi A. A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 441.

2 – O DIÁLOGO ANALISADO – INTERAÇÃO ENTRE CORTES, COSMOPOLITISMO E A FERTILIZAÇÃO CRUZADA

Anteriormente, foi apresentado o conceito de regime internacional, apontando-se para a cristalização de práticas, confluência de interesses e valores por determinado grupo, normalmente, Estados, que formam “ilhas de regulação” internacional. Conforme os objetivos desse trabalho foram analisados então os casos de Cortes e Tribunais Internacionais, atores que “corporificam” determinados regimes, e, no caso dos sistemas regionais de proteção, representam uma alteração na lógica clássica do direito internacional, haja vista o reconhecimento de novos sujeitos de direito internacional, tais como os indivíduos e grupos sociais (a exemplo das minorias étnicas, povos indígenas, entre outros), e também trazem uma alteração na lógica de construção do direito internacional, notadamente pelo fato de serem as Cortes atores não-estatais, cujas interpretações e opiniões-consultivas informam, influenciam e moldam as fontes clássicas do direito internacional, a exemplo dos tratados, princípios e costumes internacionais¹³⁸, sendo, inclusive, válida a discussão sobre se tais manifestações de atores infra-estatais constituiriam uma fonte própria da matéria.

Este capítulo se destina à análise do diálogo propriamente dito, como os modos de interação de regimes podem afetá-lo, apresentando termos como a fertilização cruzada, a comunidade de juízes de “compra e venda” jurisprudencial e o diálogo de surdos. Em seguida, uma crítica é apresentada, ao se enxergar o diálogo no contexto cosmopolita e dos direitos humanos, vislumbrando-o como fenômeno marcado pela complexidade.

¹³⁸ VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. 2013. 501 f. Tese de Livre Docência em Direito Internacional - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/186548/MVarella.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.p. 164.

2.1 – O que significa o “diálogo” para o direito internacional?

Diálogo vem do latim *dialogus*¹³⁹, e significa uma conversa entre “duas ou mais pessoas” remetendo ao modo filosófico de Platão. No direito internacional, o diálogo é um movimento de complexidade que ocorre espontaneamente, podendo tanto significar a aproximação de conceitos e tendências, como demonstrar a desigualdade ou a unilateralidade de determinados atores internacionais. Esse fenômeno pode ser tratado como uma manifestação semelhante à ideia do direito comparado, no entanto, o objeto em si não é o das normas, mas sim, o caminho realizado por cada ator internacional, o uso de termos, conceitos, interpretações, entre outros.¹⁴⁰

A importância da ideia de diálogo e interação entre os sistemas de direito internacional se torna maior quando se verifica que o potencial de normas costumeiras e princípios influenciarem na aplicação e interpretação de tratados aumenta com o aumento de normas oriundo da proliferação de instituições internacionais. Isso também é demonstrado pelo princípio da não-diferenciação hierárquica de normas no direito internacional.¹⁴¹ Ademais, ainda é possível apontar para o fato da interconexão de normas: O que acontece quando se ignoram decisões ou a abordagem da mesma matéria, feita por outra instituição internacional? Este é o caso de regimes que preferem se manter fechados, servindo também para exemplificar o fenômeno conhecido como “diálogo de surdos”, que será abordado mais adiante.

Que o pluralismo jurídico e a fragmentação do direito internacional afetaram cortes e tribunais internacionais não é novidade. Alguns autores já apontaram mecanismos que poderiam representar avanços nas formas como os diferentes corpos internacionais tratam essas questões. Por exemplo, a Convenção de Viena

¹³⁹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. **Primas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 7, n. 1, p.261-304, jul. 2010. p. 264

¹⁴⁰ VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. 2013. 501 f. Tese de Livre Docência em Direito Internacional - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/186548/MVarella.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 165

¹⁴¹ SANDS, Philippe. Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law. **Yale Human Rights And Development Journal**, New Haven, v. 1, n. 1, p.85-106, jan. 1998. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol1/iss1/4/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol1/iss1/4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 93

de 1969, relativa ao direito dos tratados apresenta algumas possíveis soluções a respeito de conflito de regimes e fontes de direito internacional, quando tratado colide com tratado, tratado colide com uma norma de jus cogens e quando há conflito entre um tratado e uma norma jurídica de direito internacional que não tenha o caráter de jus cogens. A Convenção é clara quando define as soluções para o conflito de tratados, quais sejam, verificar se os Estados em conflito são membros do tratado posteriormente elaborado. Se ambos forem, o tratado anterior será aplicado apenas em situações em que não for incompatível com as normas do instrumento posterior. Para os conflitos entre um tratado e uma norma de jus cogens, o conteúdo do Artigo 53 da referida Convenção também é claro em apontar que um tratado celebrado em violação a normas imperativas de direito internacional (sinônimos de jus cogens) será nulo. É quando se chega à análise de como tratados se comportam diante de normas gerais de direito internacional, sem caráter peremptório, é que há maior dificuldade: a questão passa a ser abordada pela interpretação conforme os artigos 31 e 32. Questões como a boa-fé e os instrumentos do trabalho, bem como os anexos e demais acordos que foram celebrados na ocasião são apontados como regras gerais pelo artigo 31, enquanto meios suplementares de interpretação, tais como os trabalhos preparatórios e as circunstâncias de sua conclusão estão contidos no artigo 32.

Particularmente, é importante apontar que o artigo 31 (3), contém um trecho que permite considerar as práticas, direito internacional relevantes entre as partes. Tal princípio, de acordo com Sands¹⁴² é considerado um mecanismo integrador do direito internacional. Parece haver uma relutância em se fazer referência a tal instrumento da Convenção de Viena, podendo-se citar as atividades da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Golder v. Reino Unido* como uma das poucas ocasiões em que se defendeu a aplicação do mecanismo como integrante da Convenção Europeia de Direitos Humanos, tendo em vista que é um princípio geral de direito internacional o acesso à justiça. Da mesma forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que o artigo 29 (b) da Convenção Americana de Direitos Humanos deve ser interpretado da mesma forma que o artigo

¹⁴²SANDS, Philippe. Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law. **Yale Human Rights And Development Journal**, [s.l.], v. 1, n. 1, p.85-106, jan. 1998. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol1/iss1/4/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol1/iss1/4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 11

31 (3) da Convenção de Viena, levando em conta o contexto normativo do instrumento em questão. Na prática, isso é a ideia de “living instrument” afirmada anteriormente quanto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, aliás, outro detalhe importante é que o órgão jurídico interamericano parece preferir a interpretação que se volta mais ao contexto normativo e aos princípios do momento presente, ao invés de buscar o “intuito original” do tratado à sua época¹⁴³. O exemplo dos mecanismos da Convenção de Viena serve para ilustrar que, infelizmente, muito das interações entre normas e costumes internacionais ainda são abordados de formas ad hoc por órgãos jurídicos internacionais.

Diante desse tipo de situação, é preciso verificar a própria atividade de interpretação dos tribunais internacionais e como eles reagem ao pluralismo, e é aí que entra o diálogo como mecanismo de interação entre as cortes. Conforme aponta Teubner, a posição realista do que se pode esperar diante de um cenário de pluralismo jurídico é a absorção da incerteza por um processo de conexão iterativa, ou seja, uma repetição de lógicas jurídicas que lembra a forma tradicional de precedentes¹⁴⁴, o que, de certa forma, aplaca o impacto da fragmentação das normas do direito internacional.

Entra-se então no fenômeno do diálogo entre tribunais e cortes internacionais. Tal processo possui muitas manifestações, como o diálogo entre tribunais nacionais e internacionais, o diálogo entre tribunais e entidades privadas surgidas de processos de internacionalização, os tribunais híbridos, entre outros. Dentre estes termos, é importante destacar a figura da “fertilização cruzada”. São muitos autores que utilizam tal termo e em contextos diferentes, tornando-o polissêmico. Os pontos em comum entre os contextos em que a expressão é utilizada sinalizam para um termo relativo à influência de um determinado enunciado legal sobre outro, geralmente, de forma a enriquecer ou informar elementos do discurso do direito

¹⁴³ LIXINSKI, L.. Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law. **European Journal Of International Law**, [s.l.], v. 21, n. 3, p.585-604, 1 ago. 2010. Oxford University Press (OUP). Disponível em: <<http://www.ejil.org/article.php?article=2071&issue=103>>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 588

¹⁴⁴ TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. **Michigan Journal Of International Law**, [s.l.], v. 25, n. 4, p.999-1046, 12 fev. 2004. Disponível em: <<https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852885/regimecollisions.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 1039-1040

internacional. Linderfalk¹⁴⁵ aponta que a ideia de fertilização cruzada pressupõe que o sistema legal internacional funciona de modo semelhante a um sistema de linguagem, com os termos dependentes de seu relacionamento com outros termos e “subsistemas”. Varella¹⁴⁶ identifica ainda muitos sinônimos de “fertilização cruzada”, tais como interpretação cruzada, interpretação comparativa, permeabilidade, referências cruzadas, entre outros. O que se pode inferir é que a fertilização cruzada está intimamente ligada à influência de um tribunal sobre outro: quando um juiz ou agente traz um enunciado legal prévio para dar suporte a uma análise feita de outro enunciado legal, ele aponta para uma relação existente entre os dois enunciados, contribuindo para o adensamento e desenvolvimento progressivo do direito internacional. “Fertilização”, no fim das contas, é tornar fértil, propício para o crescimento e desenvolvimento. Por sua vez, o enunciado usado como base vai ser de alguma forma beneficiado: É através dele que o juiz ou agente suportará determinados argumentos acerca daquele que está sendo analisado. Sendo assim, é possível apontar que a fertilização cruzada se traduz como uma relação entre dois agentes que estimulam o processo criativo e o desenvolvimento do direito internacional através de citações e referências mútuas. O termo, segundo Varella¹⁴⁷, serve para indicar o diálogo subjacente, importante para a manutenção de algum tipo de ordem no cenário anárquico do direito internacional.

Feitas essas considerações, é preciso elencar as características a respeito das cortes e tribunais internacionais no que diz respeito à forma como conduzem seus trabalhos. Primeiramente, conforme a definição de regime tratada nos capítulos anteriores deve-se afirmar que as cortes e tribunais internacionais representam “ilhas de regulação” e, dessa forma, terão uma atuação limitada principalmente nas fontes em que os juízes podem buscar a fundamentação do direito. Deste modo, a citação de outros julgados tende a ser algo contido, conforme aponta Romano¹⁴⁸, posto que,

¹⁴⁵ LINDERFALK, Ulf. Cross-fertilisation in International Law. **Nordic Journal Of International Law**, [s.l.], v. 84, n. 3, p.428-455, 13 jul. 2015. Brill Academic Publishers p. 431

¹⁴⁶ SANDS, Philippe. Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law. **Yale Human Rights And Development Journal**, New Haven, v. 1, n. 1, p.85-106, jan. 1998. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol1/iss1/4/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol1/iss1/4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 177

¹⁴⁷ VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. 2013. 501 f. Tese de Livre Docência em Direito Internacional - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/186548/MVarella.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p 177

¹⁴⁸ ROMANO, Cesare P. R.. Deciphering the Grammar of International Jurisprudential Dialogue. **New York University Journal Of International Law And Politics**, New York, v. 41, n. 4, p.755-787. 2009.

ao confiar demais na jurisprudência de outra corte, um juiz internacional pode acabar abdicando de seu próprio papel. Levando isso em conta, denota-se a primeira característica da atividade jurisdicional do diálogo: Ele tende a agir de modo informal e não-codificado. Os juízes buscam apresentar a hipótese do órgão citado de modo a exemplificar uma possível resolução do caso em questão. Nesse sentido é importante mencionar a observação de Larsen, para quem o diálogo pode se dar de modo “integrado”, ou seja, institucionalizado, por exemplo, com o reenvio determinado pelo artigo 234 do tratado que instaura a Comunidade Europeia. A obrigação de reenvio faz com que o juiz nacional não decida em última instância, mas remeta o caso para a Corte de Justiça da União Europeia, para que esta assegure uma interpretação conforme o direito comunitário. Entretanto, a própria autora faz a ressalva: a imperatividade desse elemento exclui o diálogo, tendo em vista que dialogar envolve troca de argumentos com certa lógica e liberdade¹⁴⁹.

Neste sentido é preciso apontar para a classificação feita por alguns autores, de se estruturar o diálogo em uma modalidade vertical e noutra horizontal: São exemplos da primeira espécie aqueles que se dão entre cortes nacionais e outras, supranacionais, como aquelas existentes entre os órgãos da União Europeia diante das decisões da Corte Europeia de Justiça. Já exemplos de diálogos horizontais são aqueles em que ambas as cortes estão situadas no mesmo plano, seja ele nacional ou supranacional, e que a utilização do precedente, ou da referenciação é um ato de “positive comity” (cortesia positiva) entre os tribunais. Há também aqueles que enxergam um “diálogo misto” quando uma corte supranacional serve para impulsionar a atividade dialógica de comunicações horizontais. Essa classificação, conforme estruturada por Slaughter, não subsiste, tendo em vista que o “diálogo” vertical sempre vai concluir pela aplicação da lei. É por este motivo que Burgorgue-Larsen conclui que, então, não se trata de um diálogo verdadeiro, haja vista a ausência de contribuição por uma das partes, que se limita a concluir pela aplicação segundo a hierarquia superior. A isto também se soma o fato de que a comunicação feita de forma horizontal é realizada de modo informal e “livre”, o que aponta para a presença de elementos políticos, culturais ou econômica, ao invés de mero

Disponível em: <<http://cesareromano.com/wp-content/uploads/2015/05/Romano-Dechiphering-Grammar-of-the-Jurisprudential-International-Dialogue.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 758

¹⁴⁹BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr.

Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. **Primas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 7, n. 1, p.261-304, jul. 2010. p. 268

imperativo jurídico, o que aponta para a existência de uma relação subjacente ao fenômeno em si¹⁵⁰.

Feita a observação, é preciso agora examinar a lógica por trás da liberdade tomada pelos juízes que motivariam tal diálogo. Quanto a essa questão, várias hipóteses surgem. A primeira dela sé que os juízes têm preferência por um sistema internacional “ordeiro” ¹⁵¹. De fato, há autores que corroboram desse ponto de vista e chegam a dividir em “ideais de coerência” a atividade jurisdicional da citação¹⁵², apontando para dois elementos motivadores ao diálogo: um ideal sistêmico e um ideal humanista de coerência. O primeiro é relativo à preservação de uma determinada ordem jurídica do sistema em que se insere o juiz. Por exemplo, quando a Associação Europeia de Livre Comércio faz referência à Corte Europeia de Justiça ou mesmo o contrário, se está diante de um processo de diálogo que tem por objetivo preservar a integridade sistêmica, ainda que não haja nenhum mecanismo que obrigue uma corte a citar a outra. As referências são induzidas por ambos os órgãos ocuparem um espaço similar, e seus princípios de funcionamento necessitarem de uma interpretação que não gere dúvida ou insegurança jurídica, levando à homogeneidade entre as decisões.

Já o ideal humanista tem sua origem na ideia de gramática comum de direitos humanos. Essa vertente é exemplificada pelos emaranhados de referências feitos pelos diversos sistemas de direitos humanos uns aos outros. Por exemplo, quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos iniciou seu funcionamento, as referências que fazia à Corte Europeia de Direitos Humanos eram comuns. A função dessa atividade era se cobrir em um primeiro momento da influência e legitimidade conferidas por um órgão jurisdicional de atividade similar e de reconhecimento mais amplo. Curiosamente, a Comissão Africana de Direitos Humanos passou a realizar citações de outros órgãos de direitos humanos apenas após alguns julgados, talvez,

¹⁵⁰ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional - doi. **Revista de Direito Internacional**, [s.l.], v. 9, n. 4, p.169-200, 2 abr. 2013. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v9i4.2121>. p. 171-172

¹⁵¹ ROMANO, Cesare P. R..Deciphering the Grammar of International Jurisprudential Dialogue. **New York University Journal Of International Law And Politics**, New York, v. 41, n. 4, p.755-787. 2009. Disponível em: <<http://cesareromano.com/wp-content/uploads/2015/05/Romano-Deciphering-Grammar-of-the-Jurisprudential-International-Dialogue.pdf>>. Acessoem: 10 set. 2017.. Cit. p. 759

¹⁵² BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. **Primas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 7, n. 1, p.261-304, jul. 2010. p. 296

preocupando-se em um primeiro momento a ganhar a confiança dos Estados africanos para então abrir suas referências à jurisprudência externa. De fato, analisando o nascimento do sistema africano de direitos humanos, nota-se uma preocupação em identificar e solucionar os litígios com base no que seria um conjunto de valores africanos. A preocupação cultural do estabelecimento de uma base valorativa correspondente ao local do sistema acompanha a noção de localismo e cosmopolitismo de direitos humanos, tema a ser explorado mais adiante¹⁵³.

A preferência dos juízes por um sistema judicial organizado também se revela no modo como são feitas as referências e citações de outras jurisprudências: Há uma tendência a evitar a citação negativa de outras cortes e órgãos jurisdicionais. Quando um juiz sente a necessidade de discordar de determinado ponto de uma matéria que já foi analisada por outra corte, ele tentará evitar citações de mérito naquele ponto. O fato de evitar conflitos é ainda aprofundado quando se verifica que as citações e referências (ainda que implícitas) tomadas por determinadas cortes e tribunais reforçam a jurisprudência de outras, fortalecendo o direito internacional, o que significa que o diálogo permite um “trabalho em equipe” na construção do direito internacional¹⁵⁴.

Neste íterim, há que se destacar os colóquios entre tribunais internacionais, conforme aponta Cançado Trindade: Em dezembro de 2003, na ocasião de 50 anos da Corte de Justiça das Comunidades Europeias em Luxemburgo, foi realizado um colóquio entre representantes de diversos tribunais internacionais, com membros da CIJ, da CEDH, da CIDH, da Corte Centro-Americana de Justiça e, por fim, da Corte de Justiça da Comunidade Econômica e Monetária da África Central (CEMAC). Na ocasião, cada um dos representantes exerceu papel de orador, falando a respeito dos avanços de seus tribunais e suas perspectivas. Ao final, a tese da necessidade pelo aprofundamento do diálogo prevaleceu, mas não foi redigido documento algum,

¹⁵³ INMAN, Derek M. K.. The Cross-Fertilization of Human Rights Norms and Indigenous People in Africa: From Endorois and Beyond. **The International Indigenous Policy Journal**. Bruxelas, p. 1-26. out. 2014. Disponível em: <<http://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1181&context=iipj>>. Acesso em: 23 set. 2017.

¹⁵⁴ ROMANO, Cesare P. R.. Deciphering the Grammar of International Jurisprudential Dialogue. **New York University Journal Of International Law And Politics**, [s.l.], v. 41, n. 4, p.755-787. 2009. Disponível em: <<http://cesareromano.com/wp-content/uploads/2015/05/Romano-Deciphering-Grammar-of-the-Jurisprudential-International-Dialogue.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 768

marcando os objetivos do trabalho¹⁵⁵. Posteriormente, em 2007, foi realizado em Manágua, no evento organizado pela Corte Centro-Americana de Justiça, novo evento para o diálogo, desta vez, destinado a abordar a atividade coordenadora dos tribunais contemporâneos. Nesta oportunidade, participaram 11 tribunais, cada qual com um magistrado representante, desde cortes com caráter global, como a CIJ, o Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM) e o Tribunal Penal Internacional (TPI); no plano regional com a CIDH, a CEDH e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), além de outros tribunais de integração, como a Corte de Justiça das Comunidades Europeias (CJCE), a anfitriã (CCAJ), o Tribunal de Justiça da Comunidade Andina (TJCA), o Tribunal de Justiça do CARICON e, por fim, o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul. O evento funcionou com a divisão dos tribunais em grupos de trabalho temáticos: um com as cortes de caráter global, outro com os tribunais regionais de proteção aos direitos humanos e, por fim, um com os tribunais destinados à integração.

Ao seu final, a Reunião de Manágua elaborou um documento, o Comunicado de 05 de Outubro de 2007, reafirmando os princípios e propósitos da Carta das Nações Unidas, como um ponto em comum a unir todos os Estados. Ao contrário da visão negativa acerca da proliferação de tribunais internacionais, o documento prezou pelo compromisso das cortes como uma ferramenta de fortalecimento do direito internacional, com maior ênfase sobre a finalidade do direito na tutela dos direitos da pessoa humana¹⁵⁶, encerrando com considerações para a ampliação do alcance dos tribunais.

Comprovando este ponto referente à preferência dos juízes internacionais pelo trabalho em equipe, é preciso considerar até onde vão os poderes dos tribunais e seu alcance. Nesse ponto, é preciso retornar aos conceitos e papéis desempenhados por cortes e tribunais internacionais abordados em um primeiro momento: Bogdandy afirma que dentre os papéis de tais órgãos estão a criação de normatividade através da estabilização de expectativas dos atores internacionais,

¹⁵⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos**. Brasília: Funag, 2013.p. 52

¹⁵⁶ Idem. Ibidem.

bem como o encorajamento de resolução de controvérsias sem o uso da força¹⁵⁷, e chama tal fenômeno e sua constante reafirmação e consequente desenvolvimento progressivo do direito internacional de função “lawmaking”. No entanto, formalmente, cortes e tribunais internacionais não podem escrever e criar direito internacional, de fato, a Corte Internacional de Justiça já afirmou no caso sobre a Legalidade da Ameaça do Uso de Armas Nucleares que não é um legislador¹⁵⁸, devendo agir como intérprete de tal direito, com suas decisões servindo apenas como uma fonte subsidiária. Mesmo com essa consciência, muitas vezes, por questões como o pouco desenvolvimento da matéria pelo legislador primário (Estados soberanos), ou necessidade em razão da falta de clareza sobre determinadas áreas, cortes e tribunais “empurram um envelope de direito internacional”, em um processo, de certa forma, paradoxal¹⁵⁹. É neste momento que se verifica a importância do processo de diálogo, tendo em vista que a força de uma decisão pode ser compreendida pela forma como ela influencia o todo em que é aplicada. O processo é simples: em um determinado caso, se uma corte classifica determinado fato como um crime internacional, tal qual genocídio, mas nenhum órgão jurisdicional internacional com função similar, julgado casos semelhantes cita o crime como genocídio, ou sequer faz referência à sentença dada pelo primeiro tribunal, sua capacidade em influenciar o todo do direito internacional é reduzida, ao passo que uma decisão repetida por muitas vezes e menos contestada aumenta seu espectro de influência, e, posteriormente, comportamentos semelhantes àquele dificilmente não serão julgados como genocídio. É nesse sentido que tende a operar o ideal sistêmico: Romano¹⁶⁰ sugere que cortes e tribunais podem coordenar seus esforços para ampliar seus domínios sobre determinadas matérias, ao constantemente se referirem umas às outras. Este é o caso do exemplo anterior da Associação Europeia de Livre Comércio e a Corte Europeia de Justiça: ambas trabalham com

¹⁵⁷ VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority. **Leiden Journal Of International Law**, [s.l.], v. 26, n. 01, p.49-72, 5 fev. 2013. Cambridge University Press (CUP). p. 59

¹⁵⁸ Conforme o julgado: “Está claro que a Corte não pode legislar e, nas circunstâncias do presente caso, não foi chamada para fazê-lo”.

ONU. Corte Internacional de Justiça. **Legalidade do Uso de Armas Nucleares. Opinião Consultiva de 8 de Julho de 1996**. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 10 out 2017.

¹⁵⁹ ROMANO, Cesare P. R.. Deciphering the Grammar of International Jurisprudential Dialogue. **New York University Journal Of International Law And Politics**, [s.l.], v. 41, n. 4, p.755-787. 2009. Disponível em: <<http://cesareromano.com/wp-content/uploads/2015/05/Romano-Deciphering-Grammar-of-the-Jurisprudential-International-Dialogue.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017. p.770

¹⁶⁰ Ibidem.p.770.

princípios que se complementam e precisam manter um ideal de coerência especialmente por exercerem sua autoridade no mesmo continente, de forma similar, ainda que sem relações formais.

Também é válido citar o caso dos precedentes e da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça a esse respeito. Uma análise da autoridade das sentenças emanadas pela Corte revela que o órgão faz questão de recordar de forma sistemática e exaustiva suas posições anteriores a respeito de um mesmo tema, havendo inúmeros exemplos nesse sentido: No caso das Consequências Jurídicas da Edificação do Muro no Território Ocupado da Palestina, a CIJ faz referência a 28 decisões precedentes, servindo essas sucessivas referências a si mesmas reafirmar sua competência e “organizar” a matéria de direito internacional. De fato, a própria Corte já sustentou que, em alguns casos, se viu obrigada a se pronunciar de uma forma que as conclusões por ela tomadas poderiam ser levadas a influenciar diretamente nas relações com Estados terceiros à relação jurídica, no caso da Plataforma Continental do Mar do Norte, ocasião em que sustentou que qualquer interpretação emanada por ela, declarando a vigência ou não do Ato de 1928 poderia ir além das partes (Grécia e Turquia), em que pese a proibição contida em seu Artigo 59¹⁶¹. Esses exemplos servem para identificar que o desenvolvimento progressivo do direito internacional, muitas vezes, se confunde com uma eventual função legislativa do órgão, às vezes, por conveniência, mas formalmente em razão da necessidade da interpretação dada pela CIJ de preencher lacunas.

O contrário também é verdadeiro: Se a Corte Internacional de Justiça pode usar da autoridade de sua coisa julgada para assumir, ainda que relutantemente, um papel de legislador, ela pode afirmar outras fontes do direito internacional, por exemplo, nos casos em que o órgão cita os trabalhos da Comissão de Direito Internacional, o que ocorreu GabciovoNagymaros de 1997, em que a Corte citou inúmeras vezes o projeto de artigo de responsabilidade estatal, que só seria adotado em 2001. Por fim, o caso Ahmadou Sadio Diallo de 2007 foi referenciado a respeito

¹⁶¹ BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. O Alcance do Consentimento como Fundamento da Autoridade da Sentença da Corte Internacional de Justiça. **Vii Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, Belo Horizonte, v. 2, n. 13, p.145-170, jul. 2012. Disponível em: <<http://centrodireitointernacional.com.br/publicacoes/anuario-brasileiro-de-direito-internacional/>>. Acesso em: 10 out. 2017. p. 168-169

de considerações à proteção diplomática¹⁶². Ademais, ainda sobre o mesmo tema, a CIJ revelou a necessidade em levar em consideração a interpretação de corpos de monitoramento regionais de direitos humanos, tais como a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, a respeito da Carta Africana, e de que sua interpretação do Artigo 12 (4) da mesma carta, está em conformidade com aquela proferida pela Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos no caso *Kenneth Good v. República de Botsuana*¹⁶³. Todos esses elementos são característicos do fenômeno do diálogo, da busca pelo direito internacional ordeiro e da autoridade da sentença internacional como um “relutante precedente” no direito internacional.

Conforme apontado anteriormente, até mesmo pela etimologia da palavra diálogo, como uma construção que bebe da referência platônica, a próxima característica que se permite deduzir é que é impossível que o diálogo seja um processo formal. De fato, a própria função “lawmaking” e o desenvolvimento do direito internacional, que operam de forma subsidiária contando com o impacto reflexivo da repetição de jurisprudências, de modo semelhante ao de precedentes¹⁶⁴ fazem com que a atividade seja revestida de um caráter informal, caracterizado por certa liberdade e adaptação das cortes à sua maneira conforme o caso. Outro ponto que demonstra esse fato é a vasta diversidade e flexibilidade com que ocorre a atividade de diálogo entre os tribunais: as citações partem de toda atividade, desde opiniões consultivas, aos méritos, entre outros¹⁶⁵, até mesmo, no caso *Ahmadou Sadio Diallo*, um projeto de artigo que não tinha ainda entrado em vigor. Esse padrão de informalidade, além de ser necessário para a manutenção do direito internacional (por exemplo, estabelecendo que cortes como a CIJ não podem agir como legisladores), também serve para dificultar a visualização de uma hierarquia

¹⁶² BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. O Alcance do Consentimento como Fundamento da Autoridade da Sentença da Corte Internacional de Justiça. **Vii Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, Belo Horizonte, v. 2, n. 13, p.145-170, jul. 2012. Disponível em: <<http://centrodireitointernacional.com.br/publicacoes/anuario-brasileiro-de-direito-internacional/>>. Acesso em: 10 out. 2017. p. 170.

¹⁶³ GHANDHI, Sandy. Human Rights and the International Court of Justice TheAhmadouSadio Diallo Case. **Human Rights Law Review**, v. 11, n. 3, p.527-555, 19 ago. 2011. Oxford University Press (OUP).p. 538.

¹⁶⁴ A Corte Internacional de Justiça não admite o uso de precedentes em direito internacional, conforme o artigo 38 parágrafo 1º, (d) do Estatuto do da Corte, daí se afirmar que o processo é meramente semelhante em razão da informalidade de sua essência.

¹⁶⁵ MILLER, Nathan. An International Jurisprudence? The Operation of “Precedent” Across International Tribunals. **Leiden Journal Of International Law**, [s.l.], v. 15, n. 3, p.483-526, set. 2002. Cambridge University Press (CUP). p. 495

entre as cortes e tribunais internacionais, tendo em vista a fraca relação de coordenação resultante¹⁶⁶. A visualização de graus hierárquicos explícitos entre ambas as cortes apenas enfraqueceria a competência do tribunal que engajou-se na cross-reference, colocando-o em posição de submissão a outro.

A respeito de relações de coordenação entre juízes, é preciso examinar a relação subjacente que a justifica, bem como, apontar para o sentido do diálogo: As decisões são cobertas por autoridade por serem persuasivas ou por parecerem ser? O próximo tópico busca analisar a teoria das comunidades de juízes e apresentar outras manifestações do diálogo e cobrir termos específicos como a fertilização cruzada no direito internacional.

2.2 – Comunidades de Juízes, Aculturação e outras manifestações do diálogo

Sabendo-se que juízes buscam citar uns aos outros e cortes dialogam de modo informal até mesmo como mecanismo de preservação da própria competência e autoridade, surge o questionamento de como se dá o processo de selecionar determinada jurisprudência a se fazer referência. Nesse sentido, é possível afirmar que juízes e cortes examinarão a *ratio decidendi* da decisão citada, ou seja, os contornos que levaram o outro tribunal a chegar àquela determinada conclusão, se tais elementos são plausíveis, normativamente desejáveis e em consonância com o direito internacional¹⁶⁷.

Considerando este fato, afirma-se que cortes e tribunais internacionais tendem a selecionar os argumentos que lhes são mais persuasivos, e podem solucionar o conflito em questão de modo menos custoso. Esta é a base da teoria de Anne-Marie Slaughter, de que juízes ao redor do mundo tendem a formar comunidades, consultando a jurisprudência uns dos outros, buscando por argumentos, melhores raciocínios jurídicos, soluções, entre outros meios, em um processo denominado “comércio jurisprudencial”. Notando que tais procedimentos

¹⁶⁶ ROMANO, Cesare P. R.. Deciphering the Grammar of International Jurisprudential Dialogue. **New York University Journal Of International Law And Politics**, [s.l.], v. 41, n. 4, p.755-787. 2009. Disponível em: <<http://cesareromano.com/wp-content/uploads/2015/05/Romano-Deciphering-Grammar-of-the-Jurisprudential-International-Dialogue.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 772

¹⁶⁷ Idem. Ibidem.

de consultar e estudar soluções estrangeiras estavam chegando aos juízes dos Estados Unidos, a autora observa¹⁶⁸:

“Para esses juízes, olhar para fora simplesmente os ajuda a fazer um trabalho melhor em casa, no sentido de que eles podem abordar um problema mais criativamente ou com maior clareza. A autoridade estrangeira é persuasiva porque os ensina algo que eles não sabiam ou os ajuda a enxergar uma questão sob uma luz diferente e mais tratável. Provê um alcance mais amplo de ideias e experiências que leva a melhores opiniões e mais reflexivas. Este é o avanço mais freqüente e racional tomado pelos juízes a respeito das virtudes de se olhar para fora.”

Mesmo que se esteja analisando um caso de direito doméstico, a aplicação do princípio de persuasão segue a mesma linha no direito internacional, com cortes citando umas e outras em busca de novos olhares a respeito das mesmas questões. Mutatis mutandis, para cortes supranacionais o raciocínio é o mesmo: juízes nacionais passam a estudar as sentenças e decisões de outros países e construir uma linguagem jurídica comum e tal atividade se configura como nova manifestação do diálogo. Isso muitas vezes ocorre em razão de provocações em pontos de contato entre o direito nacional de ambos, no que tange aos elementos de estraneidade do direito internacional privado. Em outro momento, isso pode ser fruto da apresentação de diferentes causas perante tribunais nacionais diversos, o que pressupõe o conhecimento da causa antes de se apresentar a decisão. Por exemplo, em um caso da empresa Lego, uma companhia diferente havia criado blocos com o mesmo modelo de encaixe do padrão Lego o que resultou em inúmeros processos em diferentes países a respeito do caso. Em alguns, como na Alemanha, foi reconhecida a concorrência desleal em favor da Lego, enquanto em outros, como o da Suíça, a conclusão foi diferente, mas o que é curioso é que o tribunal norueguês julgou por examinar as diferentes jurisprudências estrangeiras a respeito do caso, alegando que elas formariam uma fonte jurídica a ser considerada¹⁶⁹.

¹⁶⁸ SLAUGHTER, Anne-marie. A Global Community of Courts. **Harvard International Law Journal**, [s.l.], v. 44, n. 1, p.191-220, 2003. Disponível em: <<https://scholar.princeton.edu/slaughter/articles>>. Acesso em: 10 out. 2017.p. 201

¹⁶⁹ VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. 2013. 501 f. Tese de Livre Docência em Direito Internacional - Curso de Direito,

Por fim, há a construção do diálogo por juízes nacionais de forma aberta, citando a outros tribunais sem haver um elo que os incline à jurisprudência alheia em virtude do caso ou de elementos de estraneidade. Trata-se, neste caso, da utilização do direito comparado como fonte de direito, e é um fenômeno comum: são muitos os Estados que, através de fatores históricos, similaridades em tradições jurídicas, ou facilidades na comunicação, passam a citar decisões de outros, mesmo sem um elemento jurídico que enseje ou encaminhe o caso para o diálogo. Dado o caso do direito internacional, cujas cortes atuam em regimes razoavelmente fechados, sem elos rígidos de coordenação, este parece ser o exemplo que melhor se aplica, notadamente, quando se consideram sistemas de proteção de direitos humanos. Tais órgãos são dotados do elemento local, de forma também semelhante aos Estados e suas tradições jurídicas, especialmente no que tange ao ideal humanista, da gramática normativa comum dos direitos humanos, conforme Bourgorgue-Larsen¹⁷⁰.

De fato, elementos culturais em comum, tradições jurídicas ou fatos históricos partilhados contribuem para o diálogo tendo em vista este pressupor um processo de tradução constante entre os Estados envolvidos. Conforme Pierre Legrand, o direito sempre será um produto cultural, subjetivo, de forma que a norma será sempre uma forma cultural incorporativa¹⁷¹. Laços culturais prévios entre Estados facilitam esse processo e propiciam a fertilização cruzada. Exemplos desse tipo são os Estados Unidos: quase 70% da jurisprudência citada em cortes americanas são provenientes do Canadá, tendo em vista fatores como a proximidade territorial e a quantidade de casos que podem envolver os dois países. Outras fontes usadas pelos Estados Unidos são a Suprema Corte da Austrália ou então precedentes vindos da Corte Europeia de Direitos Humanos. Demais citações são residuais¹⁷².

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em:

<<https://www.uniceub.br/media/186548/MVarella.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 182

¹⁷⁰ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. **Primas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 7, n. 1, p.261-304, jul. 2010. p. 293

¹⁷¹ LEGRAND, Pierre. The Impossibility of 'Legal Transplants'. **Maastricht Journal Of European And Comparative Law**, [s.l.], v. 4, n. 2, p.111-124, jun. 1997. SAGE Publications. p. 116

¹⁷² VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. 2013. 501 f. Tese de Livre Docência em Direito Internacional - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em:

<<https://www.uniceub.br/media/186548/MVarella.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 192

Conforme Slaughter, este processo de mútua referência, trabalho em equipe e intercâmbio de experiências é uma das acepções da “fertilização cruzada”¹⁷³. Tal jurisprudência parece surgir com uma comunidade informal de juízes dispostos a engajar-se em diálogos e debates, praticando o “comércio jurisprudencial”, através do qual eles “compram” ideias e soluções e empregam em casos concretos de seus próprios países. Slaughter afirma que tal tendência é um sinal de compromisso com valores liberais e democráticos sobre a comunidade internacional, criticando a teoria realista das relações internacionais e depositando maior importância em atores internacionais não-estatais, como cortes e tribunais, por estes possuírem interesses variáveis, ao passo de que, segundo a autora, os interesses dos Estados são exógenos e fixos¹⁷⁴.

Há alguns problemas com a teoria de Slaughter. Em que pese sua importância para a compreensão de muitos aspectos do complexo cenário atual, a ideia de que tal movimento é característica apenas de países liberais encontra problemas: primeiramente porque a ideia de uma comunidade informal de juízes nacionais capazes de empregar o direito internacional ainda possui grande resistência se levarmos em conta o fenômeno conhecido como “diálogo de surdos”, que é quando existe uma assimetria entre tribunais: um tribunal internacional decide de forma contrária ao que foi decidido no interior do Estado-membro, e este o ignora.

Os Estados Unidos são um exemplo importante do diálogo de surdos se considerarmos as repercussões da pena de morte na comunidade internacional: em que pese o desenvolvimento de regimes de direitos humanos cada vez mais amplos, a resistência norte-americana persiste. O primeiro exemplo que ilustra essa ausência do diálogo entre o país e cortes internacionais foi o caso de Angel Francisco Breard, um homem de nacionalidade paraguaia preso na Virgínia em 1992, julgado e condenado à morte em 1996. O Paraguai apenas soube da condenação à morte de seu nacional no ano de 1996, razão pela qual o pedido de habeas corpus impetrado pela autoridade diplomática não surtiu efeito: de fato, Breard não havia recebido a

¹⁷³SLAUGHTER, Anne-marie. A Global Community of Courts. **Harvard International Law Journal**, [s.l.], v. 44, n. 1, p.191-220, 2003. Disponível em: <<https://scholar.princeton.edu/slaughter/articles>>. Acesso em: 10 out. 2017. p. 201 p. 195-196

¹⁷⁴ VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. 2013. 501 f. Tese de Livre Docência em Direito Internacional - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/186548/MVarella.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 223

informações de suas garantias de acesso e proteção consular, direito previsto pela Convenção de Viena sobre Relações Consulares, Artigo 36, 1. b). Alegando este motivo e, depois de esgotados todos os remédios internos no direito estadunidense, o Paraguai acionou a Corte Internacional de Justiça. A CIJ, por sua vez, agiu por suas medidas provisionais, ordenando para que a execução de Breard fosse suspensa até que fosse analisado o mérito da questão sobre a Convenção de Viena sobre Relações Consulares. No entanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou que a competência de intervir no caso não lhes cabia, e que a prerrogativa de ordenar a execução era do Governador da Virgínia, que poderia, caso desejasse, aguardar o julgamento de mérito, mas nada no direito de precedentes dos Estados Unidos permitia que a Suprema Corte tomasse essa decisão pelo Governador. Breard foi, então, executado em 1998¹⁷⁵.

Posteriormente, o México diante da Corte Interamericana e, então levando o caso para os Estados Unidos e a Alemanha com o caso LaGrand teriam semelhantes experiências, as quais são abordadas posteriormente, mas em ambas os resultados confirmaram a posição insular dos Estados Unidos no que tange aos direitos humanos e seu relacionamento com cortes em âmbito doméstico. Outro exemplo de assimetria entre cortes e o diálogo de surdos é o de Israel, na medida em que as decisões tomadas por cortes estrangeiras podem colidir com ações tomadas pela política nacional de defesa: a repercussão negativa da decisão sobre a ilegalidade da construção do Muro da Palestina é apenas o mais famoso deles¹⁷⁶.

Outro ponto que contradiz a teoria de Slaughter é que diálogo, por seguir uma tendência à informalidade, não será característico unicamente de Estados democráticos: países liberais e não-liberais também podem se ver diante desse fenômeno. O caso *Filartiga v. Peña-Irala* nos Estados Unidos diz respeito a atos de tortura e assassinato praticados no Paraguai durante a época da ditadura paraguaia, em 1976: Joselito Filartiga foi preso, passou por torturas e foi morto pela polícia paraguaia. Depois da família da vítima conseguir asilo nos Estados Unidos, estes ficaram sabendo que o Inspetor-geral acusado pelos crimes também havia se

¹⁷⁵ GRANT, Stefanie. A dialogue of the deaf? New international attitudes and the death penalty in America. **Criminal Justice Ethics**, [s.l.], v. 17, n. 2, p.19-32, jun. 1998. Informa UK Limited. p. 27

¹⁷⁶ VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. 2013. 501 f. Tese de Livre Docência em Direito Internacional - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/186548/MVarella.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 198

mudado e lá residia, motivo pelo qual ingressaram com uma ação, e a Corte de Apelação do Segundo Distrito reconheceu a lei paraguaia, aplicando-a para demonstrar que a tortura era proibida e valendo-se de normas costumeiras do direito internacional para reconhecer a imprescritibilidade do crime de tortura¹⁷⁷. Este exemplo, da condução do diálogo mesmo com uma das partes envolta em uma ditadura militar, demonstra que a comunicação não necessariamente possui uma relação com a tradição liberal ou democrática.

Ademais, certos padrões de citação jurisprudencial revelam a prevalência de certas cortes sobre outras: Embora a Índia utilize com frequência a jurisprudência do Reino Unido em suas decisões, são raras as ocasiões em que o inverso acontece. Do mesmo modo em direito internacional, ainda que a Corte Interamericana de Direitos Humanos utilize sentenças e julgados oriundos da Corte Internacional de Justiça, o contrário quase não ocorre¹⁷⁸. Os próprios Estados Unidos também são representantes da resistência às citações e referências cruzadas, notadamente, havendo movimentos internos partindo dos congressistas, clamando aos juízes para não citarem precedentes de outros países em suas decisões. De fato, houve até mesmo um debate sobre proposta da US House of Representatives (Câmara dos Deputados), argumentando que os juízes, por não terem critérios para justificar racionalmente a citação de precedentes estrangeiros, não deveriam proceder a tais práticas, a menos que o ato da instituição externa tivesse sido incorporado ao direito estadunidense. De fato, conforme Ruitemberg Nunes Pereira, “neste mercado de ideias, os Estados Unidos se apresentam como vendedor, mas raras vezes como consumidor”¹⁷⁹.

Isso deposita maior importância na informalidade do diálogo conforme apontado na seção anterior: para além de situações de “compra e venda” de soluções jurisprudenciais, às vezes a referência de uma corte à outra se dará simplesmente como argumento de autoridade¹⁸⁰. Essa teoria possui suas bases na

¹⁷⁷ GRANT, Stefanie. A dialogue of the deaf? New international attitudes and the death penalty in America. **Criminal Justice Ethics**, [s.l.], v. 17, n. 2, p.19-32, jun. 1998. Informa UK Limited. p. 183.

¹⁷⁸ Idem. p. 223

¹⁷⁹ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, [s.l.], v. 9, n. 4, p.169-200, 2 abr. 2013. Centro de Ensino Unificado de Brasília. p. 174

¹⁸⁰ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. **Primas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 7, n. 1, p.261-304, jul. 2010. p. 294.

teoria das relações internacionais a respeito do conceito de aculturação, cuja análise está no primeiro capítulo¹⁸¹. Esse argumento ganha força, quando se atenta que, nas relações entre tribunais e cortes internacionais, uma dessas cortes deve admitir que foi persuadida pelo argumento de outra, o que indicaria uma relação de dependência ainda mais forte. Isso não ocorre no caso da aculturação, tendo em vista que muito de sua atividade é inconsciente, por exemplo, no caso de substantiva concordância entre duas cortes judiciais, sem, no entanto, haver citações ou referências de seus trabalhos, prática chamada por Romano de uma corte “piscar” para outra¹⁸².

Mesmo se tratando a aculturação de uma teoria de comportamento e influência social estatal, seus preceitos encontram aplicabilidade na forma como a atividade jurisdicional de cortes e tribunais se dão, especialmente, no modo como se relacionam sistemas de proteção de direitos humanos e os Estados que dele fazem parte, afinal, é possível vislumbrar semelhanças entre a adesão a um tratado de matéria sobre direitos humanos e a aceitação a uma condenação por um tribunal internacional de direitos humanos, especialmente no caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos e na sua contraparte africana, sistemas que ainda estão se afirmando diante de seus membros.

De fato, os dois autores sugerem que a aculturação é muito comum entre regimes de direitos humanos. Os Estados tendem a ratificar compromissos de direito internacional, mas, geralmente, isso não representa uma melhoria nos padrões de direitos humanos em seu interior. O que ocorre é que o mecanismo da aculturação pode induzir às alterações pretendidas no interior do Estado de forma indireta, por exemplo, através de mudanças formais. Normalmente, agentes privados promovem a observância de normas de direitos humanos de modo independente. Ao adotar um novo tratado em matéria de direitos humanos, mas promover mudanças insuficientes em sua estrutura interna, um Estado falha em suas obrigações perante a comunidade internacional e perante os próprios indivíduos no âmbito doméstico, o

¹⁸¹ Ver Capítulo 1.

¹⁸² O autor se refere várias vezes ao termo “winking”, literalmente, “piscar”, no sentido de uma corte “sinalizar” para outra, deixando a mensagem implícita, mas permanecendo o diálogo. ROMANO, Cesare P. R.. Deciphering the Grammar of International Jurisprudential Dialogue. **New York University Journal Of International Law And Politics**, [s.l.], v. 41, n. 4, p.755-787. 2009. Disponível em: <<http://cesareromano.com/wp-content/uploads/2015/05/Romano-Deciphering-Grammar-of-the-Jurisprudential-International-Dialogue.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

que pode desencadear pressões por parte de segmentos sociais que forçarão o Estado a cumprir com as mudanças necessárias para os resultados exigidos pelo instrumento. O mesmo mecanismo é válido para o papel do Estado no interior de um sistema regional de direitos humanos. No entanto, esse mecanismo de pressão induzido pela aculturação tende a ser forte apenas em um primeiro momento, com as expectativas se erodindo com o tempo¹⁸³.

Há duras críticas à aculturação no que diz respeito ao que seria sua permissividade: por tratar-se de uma forma de internalização “incompleta”, a aculturação poderia conduzir à manutenção de parcial do sistema e em mantê-lo apenas com “tímidas reformas”¹⁸⁴. Ademais, as particularidades culturais de determinadas regiões serão desconsideradas, o que pode comprometer todo o equilíbrio do regime em questão. Este fator é melhor examinado na seção seguinte, que busca abordar as duas faces do transjudicialismo, contrapondo o cosmopolitismo com as assimetrias entre cortes e tribunais internacionais como mecanismo de reprodução cultural.

Por fim, como mecanismo de interação de regimes internacionais, a aculturação é um meio comum em sistemas de direitos humanos e, no que diz respeito à atividade jurisdicional das cortes, tal conceito parece se aplicar de modo semelhante, sendo útil para a condução da investigação dos motivos pelos quais tais órgãos, vez ou outra, manifestam padrões de citações de forma desigual¹⁸⁵, a autoridade de tribunais mais antigos e de escopo mais amplo¹⁸⁶.

Mas há ainda outra característica a respeito desses tribunais que se pode inferir a partir dos padrões de citação. Mesmo que as cortes se esforcem para ocultar qualquer traço de relações de dependência que comprometam sua autonomia perante os Estados-membros e para o direito internacional, a mesma

¹⁸³ JINKS, Derek; GOODMAN, Ryan. International Law and State Socialization: Conceptual, Empirical and Normative Challenges. **Duke Law Journal**, Durham, v. 5, n. 54, p.983-998, 2005. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1247&context=dlj>>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 994

¹⁸⁴ Idem, p. 995

¹⁸⁵ Nesse caso, as citações, ao irem para os órgãos mais antigos confiam em um mecanismo de “pressão social” similar ao processo de aculturação, se valendo mais dessa pressão do que das próprias qualidades persuasivas da norma, esta é a base do argumento de autoridade.

¹⁸⁶ ROMANO, Cesare P. R.. Deciphering the Grammar of International Jurisprudential Dialogue. **New York University Journal Of International Law And Politics**, [s.l.], v. 41, n. 4, p.755-787. 2009. Disponível em: <<http://cesareromano.com/wp-content/uploads/2015/05/Romano-Deciphering-Grammar-of-the-Jurisprudential-International-Dialogue.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 773

tendência dos juízes em preferirem trabalhar de forma ordeira, os leva a, implicitamente, reconhecerem padrões de hierarquia, ao menos informalmente. Tal característica, embora evitada, parece ser comum e a pesquisa empírica divide esses tribunais de duas formas diferentes, primeiro, com relação à matéria: Cortes de competência geral, no caso, a CIJ, de um lado e todos os outros foros especializados, tais como o órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC), o Tribunal Penal Internacional (TPI), entre outras do outro. Segundo, com relação ao alcance: de um lado, cortes e tribunais de caráter regional, como a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em uma primeira categoria. Na outra extremidade: cortes e tribunais chamados universais, cuja jurisdição não é limitada geograficamente, tais como o Tribunal Internacional para o Direito do Mar (TIDM), o TPI e a CIJ.

A teoria é de que cortes cuja matéria é especializada farão referência à CIJ, no que diz respeito à matéria relativa ao direito internacional geral. É natural que uma referência à CIJ traga em si uma autoridade arraigada tendo em vista ser o órgão jurisdicional internacional mais antigo, bem como o principal corpo judicial da ONU, possuindo a competência *ratione materiae* mais ampla, podendo ouvir qualquer disputa em qualquer matéria de direito internacional, mas é justamente na seletividade de suas citações pelas outras cortes que está o argumento¹⁸⁷.

Como exemplo dessa teoria, é possível mencionar casos como *The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food ex Parte S.P. Anastasiou (Pissouri) Ltda and others*, e *Anklagemyndigheden v. Peter Michael Poulsen and Diva Navigation Corp* na Corte Europeia de Justiça. No primeiro caso, o órgão europeu citou a CIJ na matéria de reconhecimento de atores sub-estatais como o reconhecimento de Estado¹⁸⁸. Na segunda hipótese, a corte fez a citação da CIJ quanto à matéria

¹⁸⁷ ROMANO, Cesare P. R.. Deciphering the Grammar of International Jurisprudential Dialogue. **New York University Journal Of International Law And Politics**, [s.l.], v. 41, n. 4, p.755-787. 2009. Disponível em: <<http://cesareromano.com/wp-content/uploads/2015/05/Romano-Deciphering-Grammar-of-the-Jurisprudential-International-Dialogue.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 774

¹⁸⁸ Citação feita com relação ao caso da presença da África do Sul na Namíbia, não obstante a Resolução do Conselho de Segurança de nº 270 de 1970. A Corte Europeia entendeu ser semelhante o caso analisado pela CIJ por conta da presença turca no Chipre, e o não-reconhecimento pelo Reino Unido da República Turca do Chipre do Norte. No caso do domínio da África do Sul, a CIJ determinou que os Estados-membros da ONU estavam obrigados a negar o reconhecimento da administração sul-africana no território, mas fazendo-o de modo que não prejudicasse os interesses do povo da Namíbia. A Corte Europeia julgou que a Comissão Europeia exagerou na conduta da expressão de

relativa aos costumes internacionais, no caso, no reconhecimento da Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar como direito costumeiro¹⁸⁹. Outros exemplos são o das citações feitas pela CIDH da CIJ no que tange à matéria de reconhecimento de comunicações estatais como legalmente vinculativas no caso Neyra Alegria y otros, em que foi citada jurisprudência ainda da Corte Permanente de Justiça Internacional para demonstrar o princípio de reparação de dano como um dos princípios fundamentais do direito internacional¹⁹⁰.

Se esta teoria está correta, o oposto deve acontecer, com a CIJ realizando citações periódicas de jurisprudência de determinadas cortes especializadas, em razão de sua competência específica e qualificada. O mesmo deve ser feito quanto às cortes regionais. Infelizmente para ambas as preposições, a CIJ apresenta uma resistência memorável a citar outras cortes internacionais em sua jurisprudência.

Quanto à matéria relativa às cortes especiais, o que a CIJ fez até então foram citações da Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos, como visto no capítulo anterior, com relação ao respeito para o Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Outra citação de um tribunal especializado feito pela Corte foi o do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII), o qual também é um órgão com origem nas Nações Unidas. A deferência feita pela CIJ ao julgado do Tribunal Penal foi no Caso da Aplicação da Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio de 2007 foi positiva no sentido de que a Corte de Haia valoriza a especialização do tribunal em direito penal internacional, ao afirmar:

“(...) Como visto acima, a Corte atribui máxima importância às descobertas factuais e legais feitas pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-

não-reconhecimento, e que este devia também ser conduzida sem privar os habitantes do território dos benefícios do tratado da Comunidade Econômica Europeia.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-432/92 The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food ex parte: S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_29_esp.pdf>. Acesso em 10 Out 2017.

¹⁸⁹ Deve-se mencionar que, neste caso, a Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar ainda não se encontrava vigente, mas, mesmo assim, foi considerada como direito costumeiro.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-286/90**

Anklagemyndigheden v Peter Michael Poulsen Diva Navigation Corp. . Presidente O. Due. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/MT/TXT/?uri=CELEX%3A61990CJ0286>>. Acesso em 10 Out 2017.

¹⁹⁰ MILLER, Nathan. An International Jurisprudence? The Operation of “Precedent” Across International Tribunals. **Leiden Journal Of International Law**, v. 15, n. 3, p.483-526, set. 2002. Cambridge University Press (CUP).

lugoslávia em decidir a responsabilização criminal do acusado perante si, e, no presente caso, a Corte leva em máxima consideração os julgamentos de apelação relacionados com a disputa subjacente”.¹⁹¹

No entanto, a citação seguinte confirma sua posição como intérprete principal do direito internacional geral e torce o nariz para o posicionamento dissidente feito pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia no caso Tadic, quando tal órgão optou por não seguir os parâmetros estabelecidos pela CIJ relacionado à responsabilização estatal por unidades paramilitares na Nicarágua¹⁹², declarando que:

“(...) a situação não é a mesma por posições adotadas pelo TPII em assuntos de direito internacional geral, as quais não estão no interior de sua competência específica de sua jurisdição e, além disso, tal resolução não é sempre necessária para decidir casos criminais.”¹⁹³

Conforme se verifica, a Corte de Haia é criteriosa e rígida em suas citações, afirmando sua competência muito mais do que a deferindo. No entanto, quando se examinam casos de tribunais cujas competências são regionais, a CIJ parece dar indícios de se preocupar com certa coerência local. O caso já referenciado de Ahmadou Sadio Diallo, envolvendo a Guiné e a República Democrática do Congo em 2010 é também um grande exemplo desse sentido: Além da Corte de Haia ter citado um mecanismo da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, ela se preocupou em, durante a sua atividade de julgamento, afirmar que suas considerações são consonantes com aquelas dadas pela Comissão Africana de

¹⁹¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Caso Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio**. Julgamento de 26 de Fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 10 Out 2017. Tradução livre.

¹⁹² ROMANO, Cesare P. R.. Deciphering the Grammar of International Jurisprudential Dialogue. **New York University Journal Of International Law And Politics**, New York, v. 41, n. 4, p.755-787. 2009. Disponível em: <<http://cesareromano.com/wp-content/uploads/2015/05/Romano-Deciphering-Grammar-of-the-Jurisprudential-International-Dialogue.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 775

¹⁹³ ONU. Corte Internacional de Justiça. **Caso Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 10 Out 2017. Tradução livre.

Direitos Humanos e dos Povos no caso *Kenneth Good v. República de Botswana*¹⁹⁴, conforme apontado também na seção anterior. Neste caso em específico, a CIJ havia sido provocada a explicitar qual sua relação com outros mecanismos de controle, respondendo da seguinte forma:

“Embora a Corte não seja de forma alguma obrigada, no exercício de suas funções jurídicas de modelar sua própria interpretação do Pacto da mesma forma do Comitê das Nações Unidas, ela acredita que deveria atribuir maior peso à interpretação adotada pelo corpo independente que foi estabelecido especificamente para supervisionar a aplicação de tal tratado. O ponto aqui é alcançar a clareza necessária e a consistência essencial do direito internacional, bem como a segurança pela qual ambos, os indivíduos com direitos garantidos e os Estados obrigados a seguir às obrigações do tratado são imbuídos. Da mesma forma, quando a Corte é chamada a se manifestar, como nesses procedimentos, a aplicar um instrumento regional de proteção dos direitos humanos, ela deve tomar em devida consideração a interpretação daquele instrumento adotada por órgãos independentes, os quais foram especificamente criados, se este for o caso, para monitorar a própria aplicação do tratado em questão. No presente caso, a interpretação dada acima do Artigo 12, parágrafo 4, da Carta Africana é consonante com o caso da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, estabelecida pelo Artigo 30 da Carta mencionada. (...)”¹⁹⁵

Como visto, as referências explícitas parecem seguir a lógica do direito internacional ordeiro, bem como das citações pontuais, de acordo com a matéria. Quanto às referências implícitas, os casos em que uma corte “pisca” para a outra, concordando com sua lógica sem dar-lhe crédito, a atividade contrária parece ocorrer: A referência não é relativa à matéria de competência especializada do tribunal. Tais situações são de difícil verificação, no entanto, uma das situações em que isso ocorreu foi no caso *LaGrand*, em que a CIJ foi chamada a se manifestar a respeito da pena de morte de dois nacionais da Alemanha, Karl e Walter LaGrand, em solo estadunidense. Tendo em vista que os Estados Unidos não avisaram autoridades consulares quando ambos foram julgados e condenados no Estado do Arizona, o pedido da Alemanha diante da CIJ foi de que os Estados Unidos violaram

¹⁹⁴ VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. 2013. 501 f. Tese de Livre Docência em Direito Internacional - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em:

<<https://www.uniceub.br/media/186548/MVarella.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 217

¹⁹⁵ ONU. Corte Internacional de Justiça. **Caso Ahmadou Sadio Diallo (República da Guiné v. República Democrática do Congo)**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20101130-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 10 Out 2017. Tradução livre.

a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, em seu Artigo 36. De fato, Karl LaGrand foi executado, e a Corte se manifestou através de seus poderes especiais, a necessidade de tomada de medidas provisionais para suspender a execução, até que o julgamento pelo órgão internacional se concluísse, a exemplo do caso Angel Breard de 1996¹⁹⁶.

A CIJ, no caso LaGrand, seguiu seu posicionamento no caso Breard, no entanto, utilizou tacitamente soluções abordadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua Opinião Consultiva 16/1999, conforme solicitado pelo México¹⁹⁷. Neste caso, a interpretação do órgão interamericano foi a de que, de acordo com princípios do direito internacional, a pena de morte deve observar o estrito dever do devido processo legal, havendo limitações a esse tipo de pena em tratados de direitos humanos tais como o Pacto de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, entre outros. Desse modo, o dever de informação e obediência à Convenção de Viena sobre Relações Consulares está contido na observância do devido processo legal e proceder à execução da pena de morte sem tomar as medidas de acordo com a referida convenção se configura privação arbitrária da vida, manifesta violação dos direitos humanos e, também, violação de uma obrigação oriunda de um tratado de direito internacional¹⁹⁸.

O caso de ambas as Cortes é semelhante no que tange à importância dada ao dever de informação contido na Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Embora o raciocínio da CIJ seja o mesmo da CIDH, a primeira não cita instrumentos de direitos humanos em suas considerações, mas aplica uma lógica semelhante à atividade da CIDH, no que tange à recomendação de revisão da legislação doméstica no que tange à pena de morte e concessão de remédios

¹⁹⁶ ONU. Corte Internacional de Justiça. **Caso LaGrand (Alemanha v. Estados Unidos)**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/104/7738.pdf>>. Acesso em 10 Out 2017.

¹⁹⁷ VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. 2013. 501 f. Tese de Livre Docência em Direito Internacional - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/186548/MVarella.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 217

¹⁹⁸ ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Opinião consultiva oc n. 16/99, de 1º de outubro de 1999 solicitada pelos estados unidos mexicanos o direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/21210opinioao.htm>>. Acesso em 10 Out 2017.

efetivos para condenações que violem a Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Uma manifestação citando diretamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos poderia causar reações negativas em ambas as partes do caso LaGrand, tendo em vista que Estados Unidos e Alemanha não estão sob a competência de tal órgão judicial. A omissão, deste modo, é estratégica: fortalece a jurisprudência da Corte Interamericana ter uma de suas soluções referenciada implicitamente pela CIJ ao passo que esta última assegura sua competência perante o caso e apresenta uma solução juridicamente estruturada. Isso está de acordo com a teoria de Romano, segundo a qual:

“cortes universais podem considerar citar a jurisprudência de cortes regionais, mas hesitarão em fazê-lo porque não querem atribuir valor particular à jurisprudência desta ou daquela região na determinação de normas de direito internacional de valor universal”.¹⁹⁹

Essa hesitação a que se refere o autor impede a citação de ser explícita, mas não a referência implícita. Afinal, a informalidade ainda é a regra na consulta e no diálogo entre tribunais.

O diálogo se revela uma atividade complexa e também estratégica: com manifestações plurais, envolvendo também juízes nacionais, a motivação para a atividade de citar a jurisprudência de outras cortes e tribunais parece seguir o movimento de um pêndulo, em um momento, valendo-se das vantagens de coordenação em uma comunidade de juízes, em outro, seguindo decisões estanques determinadas por um argumento de autoridade, sem valer-se verdadeiramente de persuasão, caso este que será analisado na seção seguinte.

No entanto, em ambos os momentos, é possível vislumbrar um fator estratégico que serve ao fortalecimento do direito internacional: as citações seguem uma ordem de preferência em função da competência do tribunal, de sua especialização e do tipo de fonte do direito internacional que busca referência. Mesmo com os choques e assimetrias entre cortes nacionais e internacionais

¹⁹⁹ ROMANO, Cesare P. R.. Deciphering the Grammar of International Jurisprudential Dialogue. **New York University Journal Of International Law And Politics**, New York, v. 41, n. 4, p.755-787. 2009. Disponível em: <<http://cesareromano.com/wp-content/uploads/2015/05/Romano-Deciphering-Grammar-of-the-Jurisprudential-International-Dialogue.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 775

anulando a interação entre ambas em momentos específicos, é possível afirmar que, em direito internacional, tendo em vista o corpo mais homogêneo de normas, tais interações são frequentemente mais positivas. Considerando este fator, é preciso analisar o caso dos tribunais regionais de direitos humanos, cujo diálogo tende a ser ainda mais homogêneo tendo em vista elementos como o cosmopolitismo dos direitos humanos, e se perguntar até onde o caráter pendular, “dúplice” que instrui o diálogo pode afetar as características do universalismo dos direitos humanos.

2.3 – Diálogo e o cosmopolitismo dos direitos humanos

Conforme citado anteriormente, o corpo normativo de direito internacional, por seguir determinados princípios comuns, tende a ser um solo fértil para o diálogo, mais do que o visto em manifestações como as comunicações entre tribunais internacionais e nacionais. O mesmo raciocínio pode ser aplicado com relação aos direitos humanos.

Se o direito internacional possui uma tendência a dialogar em razão, especialmente, de zonas de contato, ou em busca de soluções para sua fragmentação, objetivando a homogeneidade, com os direitos humanos e fundamentais, essa realidade é ampliada. Isso pode se dever a muitos fatos, tais como sua relevância e a dos direitos fundamentais como base normativa de diferentes sistemas, mas é justamente pela natureza dos direitos humanos, que transcende áreas estatais, que seus argumentos se projetam mais facilmente no cenário internacional, ou seja, os direitos humanos são proeminentes em questão de diálogo intersistêmico por conta de sua tendência ao universalismo²⁰⁰.

Partindo desse pressuposto, é possível fazer o movimento inverso: o universalismo dos direitos humanos só se torna real com o exercício constante do diálogo intersistêmico. Sendo assim, é também necessária a abertura dos sistemas à atividade do diálogo para fazer valer este universalismo. A este fato, alguns autores atrelam a ideia de que o diálogo é, portanto, uma característica de sistemas

²⁰⁰ ROIG, F. Javier Ansuátegui. Human Rights and Judicial Dialogue between America and Europe: Toward a New Model of Law?. **The Age Of Human Rights Journal**, [s.l.], n. 6, p.24-41, 27 jun. 2016. Universidad de Jaen.

democráticos²⁰¹, se opondo a qualquer localismo, visto que as razões para a manutenção dos direitos humanos não são locais, mas universais.

Contudo este jogo de palavras pode ser perigoso: realmente, são os direitos humanos, na medida em que tendem aos diálogos (ou o diálogo tende à sua realização) universais em oposição direta ao localismo? A resposta para essa questão deve envolver o conceito de cosmopolitismo.

O cosmopolitismo aponta para o fato de que fenômenos como a globalização e a porosidade de fronteiras torna o diálogo e o contato com outras visões culturais inescapável. A ótica cosmopolita se baseia na existência de obrigações com o outro em razão destes pontos de contato culturais: é como se existisse um código não-escrito fundado em hábitos da coexistência, prezando pelo valor da vida humana, não sendo possível negá-lo de fato²⁰². Conforme afirma Parekh, a própria dialética da tolerância, compreensão e diálogo formam a vida cultural. Os seres humanos pertencem a uma espécie comum de uma maneira culturalmente mediada: “(...) sua identidade é um produto de interação dialética entre o universal e o particular, entre o que todos partilham e o que lhes é específico”²⁰³. Para este cosmopolitismo se fazer valer, então, é necessário que haja manutenção de uma universalidade pluralista que abranja a heterogeneidade local, conforme Appiah:

Um cosmopolitismo do tipo que estou defendendo pode resumir sua agenda assim: valorizamos a variedade de formas humanas de vida social e cultural; não desejamos nos tornar todos parte de uma cultura global homogênea; e sabemos que isto significa que haverá também diferenças locais (tanto intra quanto inter Estados) de moralidade. Na medida em que tais diferenças possam ser contidas em certos padrões éticos — na medida, principalmente, em que as instituições políticas respeitem os direitos humanos básicos — estamos felizes em deixá-las prosperar²⁰⁴.

²⁰¹ ROIG, F. Javier Ansuátegui. Human Rights and Judicial Dialogue between America and Europe: Toward a New Model of Law?. **The Age Of Human Rights Journal**, [s.l.], n. 6, p.24-41, 27 jun. 2016. Universidad de Jaen. p. 29

²⁰² APPIAH apud FACHIN, Melina Girardi. **Verso e Anverso dos Fundamentos Contemporâneos dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais: da localidade do nós à universalidade do outro**. 2008. 199 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, São Paulo, 2008. p. 53

²⁰³ PAREKH, Bhikhu. **Rethinking Multiculturalism**. Londres: Macmillan Press Ltd, 2000.p. 124

²⁰⁴ APPIAH, Kwame Anthony. Patriotas cosmopolitas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [s.l.], v. 13, n. 36, fev. 1998. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000100005>. Acesso em: 10 out. 2017.

José Manuel Pureza²⁰⁵ ataca a concepção do universalismo “clássico” dos direitos humanos, reconstruindo o conceito do universalismo ao situá-lo em conformidade com uma sociedade internacional e multicultural. O autor explica que o universalismo dos direitos humanos só faz sentido ao ser compreendido como um “universalismo localizado”, citando a metáfora de Panikkar, de que os direitos humanos são universalidade na medida em que podem ser descritos como uma janela através da qual uma cultura determinada visualiza a justiça para seus indivíduos. No entanto, aqueles que enxergam através da janela, não conseguem vislumbrar a própria janela em que estão inseridos. Deste modo, é preciso que outra cultura, situada em outra janela, lhes ofereça um novo olhar.

Tal contextualização é necessária tendo em vista que a mera oposição localismo versus universalismo é excludente: o mesmo autor citando PrakashSinha demonstra que a própria formulação de direitos humanos obedece e reflete pressupostos e valores da cultura ocidental, nas suas escolhas de valorizar o indivíduo ao invés de unidade familiar, clã ou etnia como unidade fundamental da sociedade, ou quando decide que, em primeiro momento, é preciso afirmar direitos ao invés de atribuir deveres ao sujeito entre outros fatores²⁰⁶.

Tal realidade faz com que seja questionada a possibilidade de construção de uma comunidade global de cortes e tribunais internacionais. Isso ocorre porque ideais como a aculturação como mecanismo de influência e as assimetrias naturais dos diálogos transjudiciais revelam um modelo caracterizado por alguns autores como desprovido de metodologia própria, o que conduz à uma busca caótica por razões de decisão, concentrando-se na Europa, revelando o diálogo como um exercício de ocidentalidade, que alimenta um capitalismo histórico²⁰⁷. Neste sentido, o que ocorre é que o exercício do diálogo revela duas faces desta cultura ocidental: a face sombria, caracterizada pela assimetria de ideias e busca caótica pelo “comércio jurisprudencial”, que não preza pelo argumento persuasivo, mas sim, busca uma homogeneidade resultante de um sistema de exclusão baseado em um

²⁰⁵PUREZA, José Manuel. Direito internacional e comunidade de pessoas: da indiferença aos direitos humanos. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 73-100. p. 96

²⁰⁶ SINHA, Prakash apud PUREZA, José Manuel. Op. Cit. p. 73-100. p. 95

²⁰⁷ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, [s.l.], v. 9, n. 4, p.169-199, 2 abr. 2013. Centro de Ensino Unificado de Brasília. p. 184.

modelo de “coerção ideológica” (ou seja, o órgão jurisdicional que não cita as decisões certas perde credibilidade em seu regime específico e tende a desaparecer); e a face iluminada, que, embora resultante da visão ocidental, oferece uma oportunidade para reflexão e aprendizagem compartilhada com o “outro”, através do exame das mesmas questões e problemas ao longo do sistema-mundo²⁰⁸.

Herrera Flores também tece duras críticas à oposição do universal com o local. O tema do contexto é um dos exemplos mais claros na construção do que o autor denomina visão complexa de direitos humanos: O universalismo abstrato sofre da total ausência do contexto, tendo em vista que prima pelo compromisso com uma realidade formal, determinista. Imagina-se, em primeiro momento, que uma resposta à realidade abstrata proposta por tal universalismo seja o apelo ao particularismo, ao localismo, como opção para que não se sucumba ao determinismo formalista e excludente. No entanto, essa proposta também não serve tendo em vista o infinito de diferenças culturais, conforme a metáfora do autor, o resultado do apelo ao localismo não passa de um “universalismo de retas paralelas”. Deste modo, ao falhar em identificar os pontos de contato entre localismo e universalismo, a realidade produz o fenômeno do “multiculturalismo conservador”: existem muitas culturas, mas apenas uma delas é reconhecida como padrão universal²⁰⁹.

Com base nestas críticas, a solução proposta por Flores é a de um “universalismo de chegada”, uma confluência emancipatória, que se origina não de um centro, mas sim, de uma periferia, já que o centro é apenas um e o conhecimento de mundo através da periferia em que cada realidade se localiza conduz à uma experiência de diálogo e reconhecimento, ao invés de um centro solitário, único e passivo²¹⁰. Este é o propósito do universalismo de chegada citado

²⁰⁸ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, [s.l.], v. 9, n. 4, p.169-199, 2 abr. 2013. Centro de Ensino Unificado de Brasília. p. 185

²⁰⁹ FLORES, Joaquim Herrera. Direitos Humanos e Racionalidade de Resistência. **Sequência: Publicação do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC**, Florianópolis, v. 23, n. 44, p.9-29. 2002. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330>>. Acesso em: 10 out. 2017. p. 18-20

²¹⁰ CITTADINO, Gisele; DUTRA, Deo Campos. Direito Internacional Privado: O diálogo como instrumento de efetivação dos direitos humanos. **Sequência: Publicação do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC**, Florianópolis, v. 33, n. 64, p.259-284, jul. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p259/22472>>. Acesso em 20 Out 2017. p. 270

pelo autor: um universalismo construído pelo diálogo e que é marcado pela interculturalidade. Gisele Citadino realiza tal análise aplicando tais conceitos ao direito internacional privado citando Dolinger, para quem, o respeito pelas diferenças e a construção de “espaços de diálogo” são características importantes dos elementos de estraneidade, tendo em vista também suas ligações com o direito comparado²¹¹.

Tal raciocínio, embora originado do direito internacional privado, também pode ser aplicado ao direito internacional público, notadamente, ao diálogo entre cortes e tribunais internacionais, tendo em vista os argumentos da construção ordeira do direito internacional, bem como a busca de soluções comuns feitas através de argumentos persuasivos²¹², os quais também são parte da discussão do direito comparado²¹³. Conforme Nádia de Araújo²¹⁴ afirma, é justamente na discussão dos direitos humanos que se pode encontrar o elo que une direito internacional público e privado, principalmente pela construção desse diálogo de fontes.

Ainda, a respeito dos espaços de interculturalidade, é necessário citar Boaventura Sousa Santos, autor cujas ideias caminham juntas às de Herrera Flores. Santos classifica os direitos humanos como uma política cultural, que atinge o cenário internacional. O autor recorre ao termo cosmopolitismo para descrever fenômenos que fogem à ideia de “globalização de cima-para-baixo”²¹⁵, constituindo, dessa forma fenômenos decoloniais, originados em uma lógica “de baixo-para-cima”, como as interações de ONGs destinadas ao monitoramento de direitos humanos,

²¹¹Dolinger apud CITTADINO, Gisele; DUTRA, Deo Campos. Direito Internacional Privado: O diálogo como instrumento de efetivação dos direitos humanos. **Sequência: Publicação do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC**, Florianópolis, v. 33, n. 64, p.259-284, jul. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p259/22472>>. Acesso em 20 Out 2017. p. 135

²¹² Considerando a teoria de regimes e dos métodos de influência entre cada ator.

²¹³ VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. 2013. 501 f. Tese de Livre Docência em Direito Internacional - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/186548/MVarella.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017. p. 165

²¹⁴ ARAÚJO, Nádia de. Direito Internacional Privado e Direitos Fundamentais: Uma Perspectiva Retórico-Argumentativa do Princípio da Ordem Pública. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 569-607.

²¹⁵ Por exemplo, a “invasão” de outras culturas em mercados do sul, reestruturando-os conforme imperativos transnacionais são exemplos de globalização “de cima-para-baixo”, na medida em que envolvem a extinção e substituição de práticas culturais por outras, de origem global. SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra. n. 48, p. 11-32. Junho 1997.

redes de comunicação para desenvolvimento sob perspectiva de resistência, organizações mundiais de trabalhadores, entre outras. O autor então argumenta que o universalismo por si só é uma ferramenta de globalização “cima-para-baixo”, hegemônica, resultando apenas no “choque de civilizações” e da prevalência do mundo Ocidental: Santos, tal como PrakashSinha, identifica o caráter ocidental dos direitos humanos, o que exclui, portanto, outras manifestações da dignidade humana de culturas não-ocidentais. Tal qual Herrera Flores, o autor também define como primeiro passo para a construção de um conceito cosmopolita de direitos humanos a superação do entrave do universalismo e localismo, em uma primeira premissa; em um segundo momento destaca o autor que é necessário ter a consciência de que todas as culturas possuem noções diversas da dignidade humana, mas nem todas as situam no âmbito dos direitos humanos; a terceira premissa, por sua vez, é a de que todas as culturas são incompletas e possuem problemas em suas visões de dignidade humana; a quarta premissa aponta para o fato de que, tal como existem diferentes culturas com noções de dignidade humana distintas, tais culturas se abrem e se fecham em determinados pontos, sendo importante a verificação dos pontos sensíveis, ao se abordar cada uma delas²¹⁶. Por último, o autor português identifica que cada cultura possui uma estrutura de divisão em igual e diferente, de forma hierárquica. Considerando essas 5 premissas, o autor cunha o termo de hermenêutica diatópica, correspondendo a uma “concepção mestiça de direitos humanos”, organizada por meio de “conceitos mutuamente inteligíveis”, partindo da utilização de topoi, os lugares comuns retóricos de uma cultura, como ferramenta de diálogo e compreensão interculturais. Desta maneira, Boaventura propõe:

“A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais forte que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a qual pertencem. (...) O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência da incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro noutra”²¹⁷.

²¹⁶ Como outro exemplo, o autor aborda a cultura ocidental através das tradições liberal e marxista, sendo preciso definir qual delas apresenta a maior amplitude de reciprocidade, ou seja, quais são mais abertas.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra. n. 48, p. 11-32. Junho 1997. p. 22

²¹⁷ Ibidem. p. 23.

É possível encontrar semelhanças entre essa proposição e a metáfora das janelas de Panikkar: Justamente na compreensão da incompletude de todas as culturas é que se encontra a possibilidade de se realizar um diálogo entre elas. Deste modo, conforme assinala Nunes²¹⁸, é possível o desenvolvimento de novas configurações da dignidade humana, bem como verificar de quais formas se operam as violações à dignidade, na medida em que são os vínculos culturais, históricos e espaciais que definem o “ser” humano. Este processo contínuo de reiteração e ampliação de direitos humanos a partir do reconhecimento sucessivo das diferenças e da busca pelos topoi de cada cultura é o que se denomina de verdadeiro multiculturalismo, em oposição ao multiculturalismo conservador denunciado por Flores. São exemplos os encontros entre diversas culturas, e este trabalho busca apresentar o caso dos povos indígenas perante os sistemas regionais de direitos humanos no tópico seguinte.

No mesmo sentido das ideias de Sousa Santos, está o conceito de “hegemonia de baixo para cima”, de Edgar Morin²¹⁹. O autor argumenta no sentido de que fenômenos como o diálogo interjudicial estão baseados na ideia de complexidade, tendo em vista as múltiplas faces da proliferação de corpos judiciais internacionais. O autor sustenta que, graças a três princípios, é possível vislumbrar um diálogo diante da complexidade: o princípio dialógico, traduzido por tensões e sínteses na busca pela ordem; o princípio organizacional, que aponta para o fato de determinada consequência em um local poder encontrar sua causa em outro, em um sistema que se retroalimenta; e o princípio hologramático, que sustenta que as partes do sistema-mundo compartilham imagens do todo, ou seja, cada parte é um complexo de ordem e desordem do sistema interligadas²²⁰. É em função do princípio hologramático que ganha força a noção de que os elementos mais básicos (locais, como por exemplo, Estados nacionais), por espelharem o todo, possuem um papel fundamental no diálogo interjudicial, relacionado tanto com os elementos topoi,

²¹⁸NUNES, João Arriscado. Um novo cosmopolitismo? Reconfigurando os direitos humanos. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 15-32. p. 21.

²¹⁹MORIN, Edgar apud PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, [s.l.], v. 9, n. 4, p.169-200, 2 abr. 2013. Centro de Ensino Unificado de Brasília. p. 188.

²²⁰Ibidem. p. 190

passíveis de entendimento por outras culturas (por exemplo, aquela oriunda dos regimes de tribunais supranacionais), como também na importância de se dialogar “de baixo para cima”, tornando os objetos do diálogo (os direitos humanos), conceitos culturalmente compreensíveis, ressignificando-os em nível local.

Isso significa uma virada com relação às conclusões apresentadas em um primeiro momento: a universalidade não supera o localismo, mas ambos se complementam, já que é justamente o localismo que justifica e permite, através de seus lugares-comuns, o diálogo intercultural. Este diálogo baseado na incompletude parte do local para o universal, ou, nas palavras de Boaventura Sousa Santos, “de baixo para cima”. Os direitos humanos são, deste modo e a um só tempo, locais e universais.

As iniciativas para compreensão deste fenômeno da união do localismo e universalismo apenas começaram em termos de documentos jurídicos internacionais: o primeiro passo se fez na Declaração e Programa de Ação de Viena na Conferência Mundial de Direitos Humanos em 1993²²¹. Em seu princípio, a Declaração menciona o pluralismo e o respeito a todos os povos em sua primeira parte (I.1). É no trecho II.5 em que o documento revela a importância e o compromisso com essa concepção cosmopolita de direitos humanos ao indicar o reconhecimento do significado das “especificidades nacionais e regionais, os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos”²²². Durante todo o documento também é notável a importância conferida aos povos indígenas, haja vista a natureza especial de proteção que se faz necessária, em razão de suas características culturais únicas, além do fato de constituírem uma parcela da população historicamente excluída dos processos de participação social, sendo válido mencionar o trecho contido em I.20, que estabelece a contribuição única dos povos indígenas para o desenvolvimento e o pluralismo da sociedade, sendo dever dos Estados, em conformidade com o direito internacional adotar medidas que assegurem a liberdade e promovam o reconhecimento de suas práticas culturais e

²²¹ PUREZA, José Manuel. Direito internacional e comunidade de pessoas: da indiferença aos direitos humanos. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 97

²²² ONU. **Declaração e Programa de Ação de Viena**. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, 1993, disponível em <<http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>>. Acesso em 10 Out 2017.

sociais. Além deste, II.28 promove atualizações acerca dos grupos de trabalho sobre os povos indígenas e recomenda a atualização da matéria e elaboração de um declaração sobre os direitos dos povos indígenas²²³.

Por fim, outro detalhe importante do Programa de Ação de Viena, foi a atenção dada pelo documento à Declaração de Bangkok²²⁴, a mesma que estabelece a importância de que, mesmo que os direitos humanos tenham caráter universal, tais direitos precisam ser resultado de um processo dinâmico em que sejam levados em consideração o contexto e a “importância das particularidades regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos”²²⁵.

Voltando às cortes e tribunais de direitos humanos, um importante reflexo da cultura do diálogo é a ideia de “localizar” direitos humanos. Conforme De Feyter²²⁶, para que os direitos humanos sejam relevantes é preciso “localizá-los”, em situações específicas. Isso quer dizer que é necessário conduzir o debate e as necessidades dos direitos humanos como se fossem formulados pelas pessoas pertencentes aos locais em questão. Piovesan classifica tal fator como vertente do diálogo que visa emprestar legitimidade social crescente ao sistema em questão, por exemplo, no caso do sistema interamericano, argumenta a autora a respeito da atuação da sociedade civil²²⁷:

“Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, o sistema interamericano tem tido a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos. Permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos.”

²²³ Tal assunto é abordado com mais vagar na próxima sessão.

²²⁴ É aliás válido mencionar que o continente asiático, mesmo com sua extensão territorial e populacional não possui nenhum sistema regional de proteção dos direitos humanos, à exceção de tímidas iniciativas da ASEAN.

²²⁵ PUREZA, José Manuel. Direito internacional e comunidade de pessoas: da indiferença aos direitos humanos. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.p; 97

²²⁶ DE FEYTER, Koen. **Localizing Human Rights**. 2006. Disponível em: <<http://econpapers.repec.org/paper/iobdpaper/2006002.htm>>. Acesso em: 24 set. 2017. p. 5

²²⁷ PIOVESAN, Flávia. DIÁLOGO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS DA REFORMA. **Revista Campo Jurídico**, [s.l.], v. 1, n. 1, p.163-186, mar. 2013. Disponível em: <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/11>>. Acesso em: 10 out. 2017. p. 186.

São muitos os fatores que apontam para este fator “catalizador” da legitimação local dos direitos humanos como ferramenta estratégica de implementação destes direitos: argumenta-se que é a relevância das comunidades locais que dá força e legitimidade aos direitos humanos como normas globais. Normas que apontam para a necessidade de maior participação popular para questões de direitos humanos são também apontadas por estes autores como modelos para essa corrente. Um grande exemplo, que será analisado posteriormente é o do Direito ao Desenvolvimento, bem como a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos. De Feyter alega também que direitos humanos concebidos desta forma não ameaçam tratados e ferramentas universalmente concebidas, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, tendo em vista principalmente a relevância que o instrumento apresenta atualmente, afinal, a Declaração, à época, estabeleceu as bases para um núcleo de direitos humanos básicos cuja importância é amplamente aceita por Estados e grupos de indivíduos. Mesmo que as circunstâncias e a história mudem, e tais mudanças exijam novas configurações para os direitos humanos, a Declaração Universal ainda guarda sua importância como alfa dos direitos humanos²²⁸.

Outra forma válida para a compreensão da teoria de “localizar” direitos humanos é a teoria discursiva de Habermas: normas são válidas quando todos os sujeitos afetados concordam com elas e se vêem como participantes de um discurso racional. Este discurso só se processa se todos os seus participantes enxergam um ao outro, igualmente, como fontes de contribuição para o processo do diálogo²²⁹.

Isso significa que o objetivo de tal visão é que comunidades que passam por crises de direitos humanos, possam através do acesso a tais normas por meio de um sistema que acomode suas demandas e que possua em sua estrutura um padrão mais representativo de sua realidade, construir o conhecimento sobre a utilização de normas de direitos humanos, e os transmita, passando adiante e

²²⁸ DE FEYTER, Koen. **Localizing Human Rights**. 2006. Disponível em: <<http://econpapers.repec.org/paper/iobdpaper/2006002.htm>>. Acesso em: 24 set. 2017. p. 7

²²⁹ Idem. Ibidem.

internalizando as normas em suas respectivas sociedades²³⁰. Esta prática visa, então, que os destinatários das normas de direitos humanos sejam, em uma última instância, os “geradores” de tal norma, como participantes do discurso que lhes deu origem.

De Feyter argumenta a respeito do papel da “margem de apreciação”, instrumento empregado por diversos governos para sopesar as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, tendo em vista os interesses de sua própria sociedade. No entanto, na prática, a margem de apreciação é vista com desconfiança: em muitos casos, ela serviu como instrumento de resistência para governos, ao invés de sua agir como ferramenta de pluralismo jurídico a serviço dos indivíduos, ela acaba por salvaguardar interesses protecionistas, mascarando os direitos humanos²³¹.

Este tipo de “inversão” também é observado por Destrooper, quando aponta que as teorias de localização de direitos humanos por si só, muitas vezes quando consideradas na prática, podem acabar esbarrando na balança de poder já estabelecida pelos Estados, o que mina as chances dos destinatários dos direitos realmente fazerem a diferença²³².

Ambos os pontos revelam que esta pluralidade também pode se valer de mecanismos de proteção subsidiários. É aí que se verificam os esforços do diálogo entre sistemas regionais de proteção de direitos humanos: se os destinatários das normas se vêem de mãos atadas com relação à estrutura de poder, mesmo possuindo o direito em questão, é papel desses órgãos a busca pela integração local de direitos humanos conforme as especificidades regionais, tanto pela atividade de

²³⁰ DESTROOPER, Tine. Uprooting the curious grapevine? The transformative potential of reverse standard-setting in the field of human rights. **Journal Of Human Rights**, [s.l.], v. 16, n. 4, p.516-531, 22 ago. 2016. Informa UK Limited. p. 3

²³¹ DE FEYTER, Koen. **Localizing Human Rights**. 2006. Disponível em: <<http://econpapers.repec.org/paper/iobdpaper/2006002.htm>>. Acesso em: 24 set. 2017. p. 10

²³² A autora exemplifica este ponto através de sua experiência na República Democrática do Congo, quanto ao direito de acesso à água potável. A UNICEF adotou iniciativas locais, como estruturas já existentes na comunidade para determinar processos de tomada de decisão através da autoridade de anciões de certos vilarejos, por exemplo. No entanto, quando estes líderes, mesmo com o direito de representarem seus vilarejos, eram menos ouvidos, ou sua voz tinha menos peso quando se encontravam com representantes governamentais, em razão das estruturas de poder já existentes, ou da visão hierárquica passada por agentes públicos.

DESTROOPER, Tine. Uprooting the curious grapevine? The transformative potential of reverse standard-setting in the field of human rights. **Journal Of Human Rights**, [s.l.], v. 16, n. 4, p.516-531, 22 ago. 2016. Informa UK Limited.

suas Comissões, ou mesmo, ao julgarem litígios estratégicos que permitam que esses direitos cheguem às comunidades. Isso demonstra o papel de compatibilização do direito internacional com a cultura em questão, sendo que aqui vemos o diálogo em ambas as direções: primeiro, a corte observa o caso e suas especificidades regionais, em seguida, na busca por padrões e na argumentação, os princípios do direito internacional são considerados, e, com eles, a jurisprudência de diferentes órgãos jurisdicionais internacionais, para então, serem adaptados para o caso, seguindo os traços e necessidades daquela realidade específica.

Portanto, esta é a conclusão que se extrai do diálogo, considerado em dois níveis (diálogo intersistêmico, e diálogo com a sociedade civil): ele é uma ferramenta em ambas as direções, que recebe e põe em contato diferentes culturas, de um lado, uma cultura local, que se vêem diante de um corpo de normas internacionais, de outro, princípios, normas e a jurisprudência extraída de outra corte similar, que reflete outra cultura, mas cujo raciocínio pode ser analisado em busca de uma solução que se adéque às condições enfrentadas pela corte em exercício. Ao invés da simples oposição universal e local, é preciso a compreensão de ambos os cenários como complementares, na medida em que se interligam, formando “pontes argumentativas” interculturais e intersistêmicas, com o objetivo de realização dos direitos humanos.

Cortes e tribunais internacionais devem, então, ser encarados como verdadeiros tradutores interculturais, tendo em vista que seu exercício jurisdicional envolve a análise de pontos culturais tão distintos, bem como sua compatibilização e localização, traduzindo princípios, normas e jurisprudência (esta, notadamente, dotada de carga cultural própria, enriquecida também por tradições culturais locais distintas) e propondo uma ressignificação, por meio da característica cosmopolita para os destinatários de suas normas.

Portanto, a chave para o diálogo, tendo até mesmo em conta fatores como o efeito negativo da aculturação e da assimetria do diálogo interjudicial, exige mais das unidades do todo, conforme a teoria da complexidade, estabelecendo-se forças nas unidades locais e regionais, em um esforço anti-sistêmico, visando dar forças ao universalismo de chegada de Flores. Neste ponto, é preciso transformar o diálogo, dotando-o de mais “reciprocidade”, especificamente, no caso dos direitos humanos,

enxergando-os no interior das sociedades em questão, de modo que seja afastada sua propensão à alimentação do capitalismo histórico, oriundo de um sistema hegemônico de citação e acumulação de “capital persuasivo” de determinadas cortes. É preciso, pois, tornar o diálogo cada vez mais presente, e mais voltado às atenções locais, para assegurar sua proteção internacional, no fenômeno do cosmopolitismo e do universalismo “de baixo para cima” ²³³.

Diante dessas conclusões, o próximo capítulo tratará da análise de um caso em que estes fatores se fizeram presentes: o do diálogo entre os sistemas africano e interamericano de direitos humanos na decisão deste primeiro acerca do direito ao desenvolvimento. O caso em questão contou com o diálogo servindo ao cosmopolitismo tendo em vista o contato do sistema africano com parâmetros e jurisprudência de anteriores experiências do órgão interamericano, o que permitiu a base pela qual se abordasse pela primeira vez o direito ao desenvolvimento na prática. Além disso, é preciso mencionar que tal direito foi traduzido pela Comissão Africana para seus destinatários, servindo-se dos valores locais que visam a constituir sua própria tônica local, segundo ferramentas da própria comissão, como pareceres e relatórios de grupos de trabalho, acerca de conceitos do direito internacional e a sua relação com os Estados africanos.

²³³ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, [s.l.], v. 9, n. 4, p.169-200, 2 abr. 2013. Centro de Ensino Unificado de Brasília. p. 195-196

3 – O DIÁLOGO DOS SISTEMAS AFRICANO E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CASO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Tendo sido analisado o diálogo como ferramenta de integração e fortalecimento das fontes do direito internacional, é preciso ainda tecer considerações acerca de suas possibilidades na prática. Mesmo com grande número de exemplos de citações e do fenômeno da fertilização cruzada trazidos anteriormente, é possível apontar que nenhum deles demonstra mais força do que o da realização do direito ao desenvolvimento, em razão de sua peculiar natureza, como direito a um processo integrado, que depende de muitos fatores, locais e internacionais para se ver garantido.

Considerando a natureza e o tom dialógico dos sistemas de direitos humanos, que se integram e interagem em mútuas referências com uma frequência maior do que outras cortes e órgãos jurídicos internacionais, além do isomorfismo marcado em suas estruturas, que colabora para facilitar o procedimento, este é o cenário ideal para tratar das reais consequências e possibilidades para a expansão do diálogo em direito internacional. Mesmo sendo o Sistema Africano uma instituição jovem, esta possui um perfil de direitos humanos progressista, que busca refletir os valores comuns do povo africano, ao passo que estabelece bases jurídicas importantes para elevar a participação e o protagonismo deste na busca pela realização dos direitos humanos na seara regional. O Sistema Interamericano, além de ser uma das instituições com maior volume de atividades, também possui uma formação sólida no combate à desigualdade e à busca pelas reparações oriundas de governos autoritários, características que influenciaram fortemente o modelo africano, o que já prepara as bases para um fértil diálogo jurisprudencial.

Ambos os sistemas possuem, conforme a teoria dos regimes de direitos humanos, características culturais próprias, e ambos vivem em momentos distintos, o que influencia no modo como buscam a realização do diálogo, estando o Sistema Africano ainda em fase de consolidação, com lutas próprias para construção de sua identidade e aprovação por seus “mandate providers”, enquanto o Sistema

Interamericano já é uma instituição mais antiga, que agora busca ampliar suas bases de atividade e influência através de mecanismos de persuasão.

Deste modo, neste capítulo, em um primeiro momento, será feita uma análise do direito ao desenvolvimento, em linhas gerais, ressaltando as dificuldades em sua origem e como este tem sido abordado, especialmente na perspectiva dos povos indígenas em direito internacional. Em seguida, serão analisados os casos em que este direito encontrou relevância na jurisprudência do sistema regional africano, mesmo que, no caso do Sistema Interamericano, não tenha sido feita uma referência expressa à Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Por fim, a abordagem africana do direito ao desenvolvimento será analisada no caso da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos dos Endorois v. Quênia, em que o diálogo com a jurisprudência da Corte Interamericana se mostrou crucial para se estabelecer padrões e patamares para a determinação tanto de como se deu a violação do Direito ao Desenvolvimento, bem como de quais medidas seriam necessárias a fim de repará-lo.

Outros casos importantes, como o dos Ogoni e dos Ogiek, em razão de sua importância para o direito ao desenvolvimento, também serão brevemente analisados a fim de se complementar a matéria, encerrando o capítulo com algumas observações a respeito de possibilidades futuras para o diálogo como mecanismo de integração dos direitos humanos.

3.1 – Direito ao Desenvolvimento: origem, natureza e sua ligação com o diálogo

Descrito muitas vezes como o “alfa e ômega dos direitos humanos” ²³⁴, o direito ao desenvolvimento é marcado por diversas críticas a respeito de seu caráter jurídico em razão de sua amplitude e seus objetivos, tidos por muitos autores como

²³⁴ BEDJAOUI, Mohammed, apud OKAFOR, Obiora Chinedu. A regional perspective: article 22 of the African Charter on Human and Peoples' Rights. In **Realizing The Right To Development: Essays in Commemoration of 25 Years of the United Nations Declaration on the Right to Development**, [s.l.]. 373-374, 2013. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/PamphletsRealizing_for_TransformativeDevelopment_en.pdf>. Acesso em 30 set 2017.

irrealizáveis²³⁵. É preciso afirmar que na década de 60, até o início dos anos 70, o desenvolvimento era encarado quase que exclusivamente por meio de questões econômico-estatais, não havendo espaço para a inserção dos sujeitos nesta relação²³⁶, que acabava por mascarar necessidades humanas, atendendo e sendo considerado praticamente um sinônimo de industrialização.

No entanto, apesar da predominância deste aspecto, é importante destacar que os anos 60 também foram um período de organização política dos países considerados em desenvolvimento, no sentido de buscarem seu espaço no cenário internacional. Um exemplo deste caso é o da Resolução 1803 da ONU, de 1962, que dispunha sobre a soberania de recursos naturais, buscando atender às demandas de países recém-independentes. No entanto, tal resolução provou-se muito aquém do esperado, e tal fator seria importante na formação da Nova Ordem Internacional Econômica, em 1974, e em movimentos políticos importantes para impulsionar as demandas destes países, como o Movimento de Países Não-Alinhados²³⁷.

Até então, o direito ao desenvolvimento se encontrava em um estado embrionário: não havia o conceito do desenvolvimento como um direito autônomo, sendo sua abordagem mais significativa aquela adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 1969, por meio da Resolução 2542, que aprovou a Declaração sobre Progresso Social e Desenvolvimento. O documento é a primeira manifestação sobre o direito ao desenvolvimento vislumbrado de modo inter-relacionado pela igual implementação dos direitos civis, políticos, sociais e culturais²³⁸. O estado do direito ao desenvolvimento como direito humano autônomo foi defendido pela primeira vez em 1972, por Keba M'baye, que sustentou na Corte de Estrasburgo a necessidade

²³⁵ HAAVE, Nienke van Der. The Right to Development and State Responsibility: Can States be held to Account? **Amsterdam Center for International Law. SHARES Research Paper 23**. [s.l.]. 2013. Disponível em:

<http://www.academia.edu/5924038/The_Right_to_Development_and_State_Responsibility>. Acesso em: 21 set. 2017

²³⁶ FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento: Universalização, Ressignificação e Emancipação**. 2013. 485 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013 p. 139

²³⁷ BUNN, Isabella D. **The Right to Development: Implications for the International Economic Law**. 2000. Disponível em:

<<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1291&context=auilr>>. Acesso em: 20 Out. 2017.

²³⁸ FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento: Universalização, Ressignificação e Emancipação**. 2013. 485 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013 p.147

do resgate ao direito que todos os seres humanos têm de viver, bem como de se buscar viver melhor realizado através da busca de desfrutar igualmente dos serviços e bens da sociedade internacional, participando e beneficiando a comunidade na qual se inserem²³⁹. Em 1981, a visão do jurista senegalês tomaria corpo e influenciaria a formação do artigo 22 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, que traz em seu texto a garantia a todos os povos do desenvolvimento econômico, social e cultural, relacionando-os com um processo de realização da própria identidade e expansão das liberdades humanas²⁴⁰.

Posteriormente, em 1986, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento trouxe essa visão sobre a matéria aliada a uma miríade de temas, dentre eles, participação popular, segurança internacional, paz e cooperação. A Declaração foi influenciada principalmente pelo discurso de Mbaye, além de trazer o resultado de pesquisas iniciadas pela Resolução nº 4, tomada pela Assembleia Geral em 1977²⁴¹, que expressamente se referiu ao conceito de Direito ao Desenvolvimento e estabeleceu a necessidade de uma análise sobre tal direito sob o viés dos direitos humanos a ser empreendida pela UNESCO e outras agências, baseando-se em estatísticas a respeito da expansão da cooperação e outros critérios elencados pelos países do Sul no manifesto da Nova Ordem Internacional Econômica.

Conforme apontado pela Resolução 2542 de 1969, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, o direito ao desenvolvimento exige uma abordagem inter-relacionada dos direitos civis, políticos, econômicos e sociais, fato este que foi abordado pela Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, alargando seu significado e afastando os Estados como únicos destinatários do direito, abrangendo também os

²³⁹ OKAFOR, Obiora Chinedu. A regional perspective: article 22 of the African Charter on Human and Peoples' Rights. In **Realizing The Right To Development: Essays in Commemoration of 25 Years of the United Nations Declaration on the Right to Development**, [s.l.].373-374, 2013. Disponível em:

<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/PamphletsRealizing_for_TransformativeDevelopment_en.pdf>. Acesso em 30 set 2017.

²⁴⁰ UNIÃO AFRICANA. **Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. 1981**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/carta-africana-dos-direitos-humanose-dos-povos-carta-de-banjul.html>>. Acesso em 10 Out 2017.

²⁴¹ BUNN, Isabella D. **The Right to Development: Implications for the International Economic Law**. 2000. Disponível em: <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1291&context=auilr>>. Acesso em: 20 Out. 2017.

indivíduos e garantindo a eles a proteção necessária, e tornando-os membros ativos na consecução de tal direito²⁴².

O fato é que a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 mostrou-se verdadeiro fenômeno, tendo sido aprovada com apenas um voto contrário, o dos Estados Unidos, e poucas abstenções, consubstanciando o compromisso e a tendência da sociedade internacional em abordar o desenvolvimento como verdadeiro processo para expansão da liberdade através da participação do indivíduo e da implementação de políticas por parte do Estado que garantam esse processo, primando-se pelo respeito aos direitos humanos e trabalhando com sua expansão através da cooperação internacional²⁴³.

Conforme menciona Fachin, citando Piovesan²⁴⁴, uma das maiores virtudes da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento foi o de lançar as bases do humanrightsbased approach, cujo objetivo é integrar princípios dos direitos humanos em políticas públicas, planos econômicos e projetos governamentais. Tal abordagem fortalece a posição dos indivíduos como sujeitos do direito internacional dos direitos humanos, enxergando-o não só como destinatário, mas como sujeito ativo em sua busca.

É preciso indicar também que no conceito de sujeitos abrangidos pelo direito ao desenvolvimento a presença dos Estados, tendo em vista especialmente as demandas dos países em desenvolvimento, através da pressão política exercida por meio de diversos movimentos, como o Movimento de países Não-Alinhados, a demanda da Nova Ordem Internacional Econômica, bem como outras iniciativas de países recém-independentes. A respeito do papel estatal, a Declaração exalta o princípio da autodeterminação, e estabelece o papel dos Estados como os responsáveis primários pela realização do direito ao desenvolvimento no âmbito nacional, tal como por meio de mecanismos de cooperação internacional. É também

²⁴² FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento: Universalização, Resignificação e Emancipação**. 2013. 485 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013 p.152

²⁴³ PIRON, Laure-Hélène. **The Right to Development: A Review of the Current State of the Debate for the Department for International Development**. 2002. Disponível em: <<http://www.odh.org.uk/sites/odh.org.uk/files/odh-assets/publications-opinion-files/2317.pdf>>. Acesso em 19 Set 2017.

²⁴⁴ PIOVESAN, Flávia apud FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento: Universalização, Resignificação e Emancipação**. 2013. 485 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 155-156

dever dos Estados assegurarem a participação individual, através da democracia, e também garantir às respectivas minorias a participação como sujeitos do direito ao desenvolvimento. Afirma Waldheim²⁴⁵ que, como membros da comunidade em questão, as minorias possuem seus direitos assegurados, sendo dever dos Estados assegurarem seus direitos e sua participação democrática, conforme o artigo 27 do Pacto de Direitos Civis e Políticos.

Em apertada síntese, é possível então, apontar as principais características da Declaração do Direito ao Desenvolvimento são elas: a centralização da pessoa humana como sujeito de tal direito (artigos 2, 4 e 8 da Declaração); o respeito por todos os direitos humanos, independente de qualquer classificação geracional (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais) vislumbrados como indissolúveis (artigos de 1 a 6 da Declaração), a necessidade de participação do indivíduo, da comunidade em que se insere e também dos Estados na sociedade internacional, cabendo a estes últimos a criação e realização de políticas públicas visando o processo de desenvolvimento (artigos 1 e 2(3) da Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento). No sentido de objetivos das políticas públicas, há no referido documento o compromisso para a justiça social, comprometendo-se os Estados a buscar novas formas para se promover distribuição de bens, sob a ótica da cooperação internacional (artigos 3 e 4). A respeito desses últimos dois objetivos, ambos são elementos importantes para consolidação de um “ambiente” em que o desenvolvimento possa florescer, podendo citar-se até mesmo, como outra parte desse cenário, a assunção de deveres como o desarmamento (artigo 7º da Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento)²⁴⁶. A esses fatores, soma-se também o princípio da autodeterminação, resultado dos esforços dos países em desenvolvimento à época, e também herança da Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, de 1981.

²⁴⁵ O autor também traz um conceito de minorias utilizado conforme tal pacto: A definição de minorias, para tal finalidade, são grupos numericamente inferiores à população de determinado Estado, que ocupam uma posição não-dominante, cujos membros (nacionais do Estado), possuem características étnicas, religiosas ou lingüísticas distintas da maioria da população.

WALDHEIM, Kurt. The emergence of the right to development. In **Realizing The Right To Development: Essays In Commemoration Of 25 Years Of The United Nations Declaration On The Right To Development**, [s.l.], n. 12, p.7-8, Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/PamphletsRealizing_for_TransformativeDevelopment_en.pdf>. Acesso em: 12 Out. 2017. p. 13

²⁴⁶ ONU. **Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em 15 Set 2017.

De fato, o direito ao desenvolvimento se apresenta como um direito de diversas facetas, até mesmo pela difícil conceituação de desenvolvimento, razões pela qual muitas vezes foi encarado um “grupo de direitos sob o mesmo guarda-chuva”, despertando críticas em razão do quão amplos são seus objetivos²⁴⁷. O que ocorre é que o direito ao desenvolvimento deve ser tratado tanto como meio e fim. Alain Pellet afirmava em 1984 que o direito ao desenvolvimento deve ser encarado de duas formas, como “crossroadsright”, ou seja, um “cruzamento” pelo qual passam direitos por duas vias, uma delas, os direitos humanos e, na outra, o direito internacional. Ambas as vias são levadas até um ponto de confluência e compreendidas dentro do mesmo escopo (international approach of human rights). Por ser um cruzamento de direitos, combinando os direitos humanos no cerne do direito internacional, o direito humano ao desenvolvimento se afirma como o próprio processo de aprofundamento e internacionalização dos direitos humanos. Quando Pellet afirma ser o desenvolvimento verdadeiro “foundationright”, o autor se refere ao fato de que, uma vez vislumbrado, o direito humano ao desenvolvimento provê a explanação retroativa de um grande número de direitos preexistentes, tais como o direito à saúde, à educação e à alimentação, ao passo que também proclama extensões destes direitos e seu adensamento, através do conteúdo polissêmico do desenvolvimento²⁴⁸.

Essa visão do desenvolvimento como plano de expansão das liberdades humanas através de um direito que, ao mesmo tempo reforça outros direitos e o aprofunda é abordada por Amartya Sen, quando afirma o desenvolvimento sob o aspecto da criação de condições para que os diferentes sujeitos desfrutem das liberdades de forma integrada. Este é o caráter emancipatório do desenvolvimento, que o autor também estabelece através da visão meio e fim:

²⁴⁷ Stephen Marks aponta para essa separação no próprio ato das votações da Assembleia Geral, no caso dos países que votam geralmente contra as disposições dos direitos econômicos, sociais e culturais.

MARKS, Stephen. **The Human Right to Development: Between Rhetoric and Reality**. Harvard Human Rights **Journal**, Cambridge, v. 17, p.137-167, 2004. Disponível em: <http://www.hsph.harvard.edu/stephen-marks/files/2012/10/spm_the_human_right_development.pdf>. Acesso em: 12 Set 2017.

²⁴⁸ O autor afirma, no início de seu texto o caráter amplo e temporal do desenvolvimento, tendo em vista que tende a sempre se expandir de acordo com as necessidades e possibilidades de um dado período de tempo, por isso o desenvolvimento “é também uma promessa de extensão e enriquecimento de direitos”.

PELLET, Alain. The Function of the Right to Development: A Right to Self-Realization. In **Third World Legal Studies**, Valparaíso, v. 3, n. 1, p.129-136, 1984. Disponível em: <<http://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1142&context=twls>>. Acesso em: 12 Set 2017.

“Deste modo a expansão da liberdade é vista como ambos: (1) a finalidade primária e (2) os principais meios para o desenvolvimento. Ambas podem ser chamadas, respectivamente, de “função constitutiva” e “função instrumental” do desenvolvimento. A função constitutiva da liberdade se relaciona à importância da liberdade substantiva em enriquecer a vida humana. As liberdades substantivas incluem capacidades elementares, tais como ser capaz de evitar privações, como fome, subnutrição, doenças evitáveis, bem como as liberdades que são relacionadas a ser alfabetizado, gozar de participação política, liberdade de expressão, entre outras.”²⁴⁹

Sen afirma que o desenvolvimento é liberdade na medida em que é atingido quando se expandem as possibilidades humanas, de forma integrada. O autor exemplifica que as liberdades substantivas tendem a se reforçar mutuamente, levando ao desenvolvimento: A liberdade de expressão e a alfabetização conduzem determinada sociedade à participação social e política, podendo contribuir também para que se ouçam apelos daquele segmento e reformas relacionadas à saúde e alimentação sejam realizadas pelo Estado, esta perspectiva de integração é fundamental para o desenvolvimento²⁵⁰.

É possível, então, apontar três aspectos para a compreensão do direito ao desenvolvimento²⁵¹: (i) a participação social, componente democrático fundamental para a elaboração de políticas públicas; (ii) a justiça social, que deve orientar toda interpretação da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento; (iii) o fato de que a busca pelo direito ao desenvolvimento envolve tanto políticas adotadas em âmbito nacional, como aquelas destinadas à cooperação internacional. A tais fatores, de acordo com Fachin²⁵², também é preciso incluir o compromisso com a sustentabilidade, tendo em vista sua indivisibilidade do conceito de desenvolvimento humano²⁵³. Esses fatores se complementam na dialética sugerida por Amartya Sen,

²⁴⁹ SEN, Amartya. **Development As Freedom**. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 2000.p. 36-37 Tradução livre.

²⁵⁰ É preciso alertar que direito ao desenvolvimento não se confunde com o direito a um padrão de vida adequado: sendo este último consequência do processo de desenvolvimento.

²⁵¹ ROSAS, Allan, apud FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento: Universalização, Ressignificação e Emancipação**. 2013. 485 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.p. 182

²⁵² Idem. p. 182

²⁵³ A autora lembra que na Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável realizada no Rio de Janeiro em 1992, foi adotado como primeiro princípio que a humanidade constitui a preocupação central do desenvolvimento sustentável, sendo beneficiários de uma vida saudável em harmonia com a natureza. A mesma abordagem também é

através do reforço mútuo, e da ampliação das liberdades humanas. Neste ínterim, é patente o papel dos direitos econômicos, sociais e culturais: Mesmo com o desenvolvimento condicionado ao respeito integral dos direitos humanos de forma indistinta, independente do aspecto geracional, há que se afirmar tais direitos principalmente no que se refere ao contexto das capacidades elementares: afinal, a pobreza extrema, a fome e a falta de acesso à saúde constituem duras violações a todos os direitos humanos, e as maiores restrições de liberdade, na medida em que limitam a realização das potencialidades humanas.

Por ser a pobreza um fator totalmente incompatível com os direitos humanos, a abordagem do direito ao desenvolvimento, segundo Sengupta²⁵⁴, deve objetivar, em um primeiro momento, programas voltados para áreas de saúde e educação, tendo em vista que tais investimentos permitem o crescimento da capacidade dos indivíduos, o que permite maior participação da sociedade civil, além de aumentarem a expectativa de vida e o bem-estar da população. Isso significa que as mudanças a serem implementadas precisam impactar nos padrões de crescimento estatal, o que implica em uma mudança na construção das relações internacionais, para um patamar de maior equidade. Ainda neste mesmo sentido, são o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e as Metas do Milênio, que reforçam os principais fatores do direito ao desenvolvimento²⁵⁵, contribuindo, ainda que por via reflexa, para sua promoção e realização, ao abordarem a cooperação internacional, o desenvolvimento sustentável, a erradicação da pobreza extrema.

Deste modo, é possível vislumbrar que o direito ao desenvolvimento está intimamente ligado às questões da racionalidade de resistência, decolonialidade, até mesmo por conta de suas origens fortemente ligadas ao Sul global. Essas ligações são estreitadas ao se verificar que o direito ao desenvolvimento também ecoa na

feita pelo programa das Metas do Milênio e o Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento, quando posicionam os direitos humanos no cerne do desenvolvimento sustentável.

FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento: Universalização, Ressignificação e Emancipação**. 2013. 485 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 192.

²⁵⁴ SENGUPTA, Arjun K. **The Right to Development: Report of the Independent Expert on the Right to Development, Dr. Arjun Sengupta, pursuant to General Assembly resolution 54/175 and Commission on Human Rights resolution E/CN.4/RES/2000/5. 2000**. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/4490c26031920601c12569610048a2a0/\\$FILE/G0015327.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/4490c26031920601c12569610048a2a0/$FILE/G0015327.pdf)>. Acesso em: 15 Set 2017.

²⁵⁵ Reforçam, contudo, não se dirigem ao desenvolvimento como direito humano. FACHIN, Melina Girardi. Op. Cit. p. 230.

necessidade por uma nova universalização dos direitos humanos, ao colocar em primeiro plano a realização ampla e a um só tempo das liberdades humanas de modo integrado, afastando o discurso parcial da categorização de direitos humanos em civis, políticos, econômicos, sociais e culturais²⁵⁶, o que ensejava menor engajamento ou seletividade por parte dos Estados no momento da assunção de compromissos perante a Comunidade Internacional. Esta interpretação que apregoa uma nova universalização dos direitos humanos, dando-lhes significado, sem ignorar o caráter local e participatório dos sujeitos e comunidades, ao passo que assumem sua pluralidade, se coaduna com aquela de Boaventura Sousa Santos e Herrera Flores ao clamarem por uma “hermenêutica diatópica” e o “universalismo de chegada”, posto que objetiva por uma concepção libertadora de direitos humanos. Conforme preconiza Melina Fachin²⁵⁷:

“A partir de condições mínimas de existência consubstanciadas pela extensão universal do direito ao desenvolvimento, os indivíduos e as culturas assumem pleno *locus standi* necessário diálogo, pautado pelo pleno respeito à diversidade inexorável e à pluralidade de escolhas que daí deriva. A partir de seu espaço de liberdade substancial em interseção com o diálogo, as comunidades e seus indivíduos significam – e (re)significam em constante transmutação dialética – sua existência, conformação e desenvolvimento.”

Esse caráter cobra do diálogo que este se expanda e se constitua como um mecanismo deste cosmopolitismo. Isso pode ser alcançado tendo em vista o fato de que o diálogo se afasta das fontes usuais do direito, ao lançar as atenções dos corpos de juízes para uma jurisdição externa sem ligações formais com aquela em exercício, a busca por novas soluções também permite o intercâmbio de culturas, e o diálogo intercultural, necessário para o reconhecimento e o fortalecimento das culturas e comunidades conforme conclama o direito ao desenvolvimento. Sendo assim, dialogar deve se tornar um exercício do reconhecer e ressignificar, tendo em

²⁵⁶ FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento: Universalização, Ressignificação e Emancipação**. 2013. 485 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p.192

²⁵⁷ Idem. p. 245

vista o caráter cultural dos direitos humanos e das tradições das quais brotam tais direitos²⁵⁸.

Tal característica do direito ao desenvolvimento, especialmente, tendo em vista o viés participativo e libertador, também evoca a teoria da localização dos direitos humanos. Afinal, tal teoria é fundamentada justamente na necessidade de se encarar os sujeitos e comunidades como destinatários finais e em se adaptar o conteúdo dos direitos humanos para que se tornem significativos para tais grupos, e para que construam suas próprias ferramentas através do conhecimento e da expansão dos direitos humanos. Outro ponto que revela a importância de considerar a abordagem local em um primeiro momento é que as maiores crises que assolam essas populações ocorrem sob o prisma local. De acordo com De Feyter²⁵⁹:

“É no nível local onde os abusos ocorrem e onde uma primeira linha de defesa precisa ser desenvolvida, primeiro e acima de tudo por aqueles que são ameaçados. É quando as pessoas sofrem abuso em sua experiência pessoal e em seus arredores que devem se engajar em ação coletiva em defesa de seus direitos (...). As comunidades que passam por crises de direitos humanos desenvolvem conhecimento – um uso para os direitos humanos ligado às condições concretas de vida. A recordação e transmissão desse saber (não importando se o apelo aos direitos humanos foi bem-sucedido ou não) é essencial para o desenvolvimento dos direitos humanos como ferramenta de proteção global. Os direitos humanos precisam se desenvolver sob a luz de lições aprendidas através das tentativas de colocá-los em prática em nível local.”

Dessa forma, o caso único do direito ao desenvolvimento se mostra como o exemplo ideal para se compreender tanto o papel amplo e integrador do diálogo no direito internacional, como também reflete a importância da atividade dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos e regimes internacionais no sentido de se encarar os direitos humanos sob uma perspectiva “de baixo para cima”, conforme o termo utilizado por Boaventura Sousa Santos.

²⁵⁸ Conforme verificado no capítulo anterior, o diálogo ainda é marcado por semelhanças culturais, haja vista o fato de que tal fenômeno não é democrático. No que tange às atividades dos Sistemas Regionais de Proteção dos direitos humanos, verifica-se, no entanto, certa homogeneidade decorrente do isomorfismo dos órgãos, o que permite maior permeabilidade entre estes sistemas, em comparação com outros órgãos judiciais no direito internacional.

²⁵⁹ DE FEYTER, Koen. **Localizing Human Rights**. 2006. Disponível em: <<http://econpapers.repec.org/paper/iobdpaper/2006002.htm>>. Acesso em: 24 set. 2017. p. 12

Infelizmente, mesmo que os esforços para o reconhecimento do direito ao desenvolvimento ocorram em inúmeras arenas, e haja pressão por parte de inúmeros grupos para positivá-lo em *hard law*, o desenvolvimento continua, após 30 anos da Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento, como *soft law*, sendo justamente tal declaração o instrumento que traz as definições mais amplas acerca deste direito. Este ponto é, aliás, outro que demonstra a importância de se ampliar fontes como a dialógica entre órgãos jurídicos de caráter internacional, tendo em vista o papel que os tribunais e cortes encontram no direito internacional, ao tratarem de princípios e costumes com uma proximidade ainda maior do que em outros ramos do direito. Conforme argumentado anteriormente, o direito internacional, justamente por sua natureza descentralizada, possui um sistema de normas esparso, o que valoriza de sobremaneira a atividade de órgãos jurídicos, cuja jurisprudência pode constituir uma fonte importante na compreensão de normas e princípios orientadores do sistema. O diálogo e a referência contínua de tais decisões alimentam o sistema, “gerando normatividade”, o que pode ser crucial para a ampliação e implementação do direito ao desenvolvimento.

Tendo em vista essa possibilidade, de se vislumbrar o direito ao desenvolvimento na atividade de cortes e tribunais internacionais, busca-se abordar na seção seguinte o conteúdo da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, único diploma legal que faz referência ao direito ao desenvolvimento sob a tônica africana do direito dos povos. Recentemente, o primeiro caso relativo ao direito ao desenvolvimento foi enfrentado pela Comissão Africana, com amplo diálogo com o sistema interamericano de direitos humanos, além dos casos que contribuíram para o paradigma da Comissão neste tema e, recentemente, o direito ao desenvolvimento ter sido julgado no órgão jurisdicional do sistema, com o caso dos *Ogiek*.

3.2 – Direito ao Desenvolvimento, Direito dos Povos e Diálogo no Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos

Conforme a seção destinada a analisar os sistemas regionais de proteção de direitos humanos destaca, o sistema africano, de todos os três, é o mais novo e incipiente, porém, também goza de uma abordagem única em seu documento

formador. A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos é singular ao trazer a necessidade da integração entre direitos civis, políticos, econômicos e sociais para verdadeira realização da liberdade humana, além de positivizar o direito ao desenvolvimento, desde o seu preâmbulo até o seu interior, considerando-o em sua integralidade, tanto sob a perspectiva da autodeterminação, como também o apresentando sob o ponto de vista econômico, social e cultural, como patrimônio da humanidade e direito fundamental à liberdade e identidade²⁶⁰:

Artigo 20º

1. Todo povo tem direito à existência. Todo povo tem um direito imprescritível e inalienável à autodeterminação. Ele determina livremente o seu estatuto político e assegura o seu desenvolvimento econômico e social segundo a via que livremente escolheu.

(...)

Artigo 22º

1. Todos os povos têm direito ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural, no estrito respeito da sua liberdade e da sua identidade, e ao gozo igual do patrimônio comum da humanidade.

2. Os Estados têm o dever, separadamente ou em cooperação, de assegurar o exercício do direito ao desenvolvimento.

(...)

Artigo 24º

Todos os povos têm direito a um meio ambiente geral satisfatório, propício ao seu desenvolvimento.

A Carta Africana foi adotada em 1981, antes mesmo da entrada em vigor da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento e é nítida sua fonte para a segunda, mesmo ambas entrando em vigor no mesmo ano. É possível também verificar que a Carta de Banjul se apresenta como um documento elaborado diante das lutas e aspirações decoloniais, quando, por exemplo, reserva uma parte específica de seu texto para reforçar a soberania e a titularidade dos recursos naturais, vinculando-os ao uso exclusivo das populações em seu artigo 21²⁶¹.

²⁶⁰ UNIÃO AFRICANA. **Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. 1981.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/carta-africana-dos-direitos-humanose-dos-povos-carta-de-banjul.html>>. Acesso em 10 Out 2017.

²⁶¹ “Artigo 21º

1. Os povos têm a livre disposição das suas riquezas e dos seus recursos naturais. Este direito exerce-se no interesse exclusivo das populações. Em nenhum caso o povo pode ser privado deste direito.” (...) Idem. Ibidem.

O diálogo também se faz presente na Carta de Banjul quando esta, na seção destinada aos princípios aplicáveis, abre um grande leque de inspiração e mecanismos de interpretação do direito que não estão presentes expressamente em outros sistemas regionais, apesar de tais sistemas também se utilizarem com frequência desse tipo de fonte. Isso significa que a Corte Africana dá um passo além e opta por uma via interpretativa que dá muito mais força a essa ferramenta dialógica, de acordo com os artigos 60 e 61 da Carta de Banjul, que prestam particular atenção às disposições da Carta das Nações Unidas, da Carta da Organização da Unidade Africana, da Declaração Universal de Direitos Humanos entre outras, havendo citação expressa também da jurisprudência e doutrina²⁶². Nesse sentido, é preciso informar também que, ainda que considerado um órgão incipiente e com muitos obstáculos especialmente tendo em vista a implementação de suas decisões, a jurisprudência formada no seio do sistema africano já é citada por outras cortes e tribunais. Sua jurisprudência é citada em ao menos três casos pela Corte Europeia de Direitos Humanos, quais sejam *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece*, em matéria de direitos políticos (aludindo à semelhança entre o sistema europeu e a Carta Africana no que tange à participação política), *De Souza Ribeiro v. France* (abordando o direito a um julgamento justo em outros sistemas regionais), *Konstantin Markin v. Russia* (em matéria do direito de litigância por omissão estatal, citando o caso *SERAC v. Nigéria*), entre outros. O diálogo entre o sistema africano e o interamericano, por outro lado, já é mais intenso, em razão do grande contencioso a respeito dos direitos dos povos no sistema africano e da expertise do órgão interamericano nesse sentido²⁶³, além também da similaridade entre os sistemas ser mais profunda²⁶⁴.

A respeito da matéria do direito dos povos, esta possui atenção especial pelo sistema africano em razão do conceito de direito dos povos adotado pela Comissão

²⁶² UNIÃO AFRICANA. **Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. 1981**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/carta-africana-dos-direitos-humanos-e-dos-povos-carta-de-banjul.html>>. Acesso em 10 Out 2017.

²⁶³ PAPAIOANNOU, Maria. HARMONIZATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW THROUGH JUDICIAL DIALOGUE: THE INDIGENOUS RIGHTS' PARADIGM. **Cambridge Journal Of International And Comparative Law**. [s.l.], p. 1037-1059. 2014. p. 1047

²⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007. Afirmo a autora que a presença de autoridades do sistema africano em julgamentos do sistema interamericano objetivou reunir informações e práticas para o sistema africano.

e Corte. Isso decorre do fato de que o conceito de povos indígenas que é amplamente utilizado reflete principalmente os casos dos “primeiros povos”, envolvendo o deslocamento forçado, o desvio de seus tradicionais modos de vida, a exploração, e o extermínio decorrentes dos processos coloniais na América e Australásia. Ademais, a grande maioria dos países africanos, após o processo de independência, precisava manter uma unidade nacional que dependia de “afogar movimentos internos contra-hegemônicos”, havendo grande inquietação destes Estados, por exemplo, durante as votações pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas²⁶⁵.

Estes conceitos tiveram de ser, então, trazidos para a realidade africana através da atividade da Comissão Africana, que, por meio da constituição de um grupo de trabalho em 2005, chegou a um resultado diluindo os conceitos hodiernamente aplicados pelas Américas e Australásia e focando mais nas seguintes características: marginalização, discriminação, exclusão dos processos de desenvolvimento, ocupação e uso de determinado território específico, distinções culturais voluntariamente praticadas, atrelados a um modo de vida particular, dependente do acesso de direitos e de terras tradicionais, bem como de recursos naturais nestes territórios. A conceituação trazida pela Comissão não exclui a Declaração Sobre os Direitos dos Povos Indígenas aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 2007, mas coloca mais força em seu conteúdo principalmente, ao direito ao desenvolvimento, o qual é abordado pela Declaração em diversos momentos, posicionando-o como parte fundamental do modo de vida, das necessidades e dos interesses das culturas indígenas²⁶⁶. O esforço do documento se une ao da Declaração e Programa de Ação de Viena em 1993, ao considerar a integralidade

²⁶⁵ INMAN, Derek M. K.. The Cross-Fertilization of Human Rights Norms and Indigenous People in Africa: From Endorois and Beyond. **The International Indigenous Policy Journal**. [s.l.], p. 1-26. out. 2014. Disponível em: <<http://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1181&context=iipj>>. Acesso em: 23 set. 2017. p. 6. Essas preocupações foram demonstradas especialmente pela Nigéria, acompanhada de vários Estados, que demandaram maiores explicações sobre a natureza da autodeterminação, temendo que esta acarretasse migrações em massa e mudanças de cidadania.

²⁶⁶ UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities**. Disponível em: <<http://www.achpr.org/mechanisms/indigenous-populations/report-working-group/>>. Acesso em 20 Out 2017.

dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, aos povos indígenas, bem como reconhecer sua importância para o multiculturalismo²⁶⁷.

Ainda sobre o direito dos povos, é possível afirmar que tal matéria é um terreno fértil para o diálogo intersistêmico, justamente, por conta do fato de que, para além dos mecanismos de soft law, não haver nenhum tratado em matéria de direitos humanos que aborde tal matéria com vagar e especificidade. Deste modo, os direitos dos povos indígenas dependem totalmente da atividade jurisdicional de cortes internacionais ou dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos para galgarem a realidade de seus beneficiários²⁶⁸. A litigância, em âmbito nacional e internacional, então, tem sido buscada por membros de comunidades indígenas em todo o mundo para fazerem valer tais direitos, especialmente tendo em vista a importância e o valor da litigância estratégica como ferramenta de empoderamento das comunidades indígenas, e o diálogo intersistêmico tem sido importante na atividade jurisprudencial desses órgãos para estabelecer parâmetros de aplicação do direito dos povos, que são referenciados através dos sistemas regionais e podem encontrar lugar entre os princípios internacionais ou em declarações, como foi o caso da comunicação do Grupo de Trabalho da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos com as Nações Unidas no que tange à adoção da Declaração de Direitos Humanos e dos Povos²⁶⁹.

Tendo em vista essas considerações, é possível verificar uma evolução do tratamento concedido pelo sistema africano ao direito dos povos indígenas, até

²⁶⁷ Deve-se considerar também que foi durante a Conferência de Viena em 1993 que o Grupo de Trabalho sobre as Populações Indígenas e a Sub-Comissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias foram mais cobrados para redação de um projeto de declaração dos direitos dos povos indígenas, conforme os pontos II.28.

ONU. **Declaração e Programa de Ação de Viena**. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, 1993, disponível em:

<<http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>>. Acesso em 10 Out 2017.

²⁶⁸ PAPAIOANNOU, Maria. HARMONIZATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW THROUGH JUDICIAL DIALOGUE: THE INDIGENOUS RIGHTS' PARADIGM. **Cambridge Journal Of International And Comparative Law**. [s.l.], p. 1037-1059. 2014. p. 1049

²⁶⁹ Este foi o caso dos direitos da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que adentraram o sistema africano através da atividade de um grupo de trabalho específico para a interpretação e consideração dos valores africanos diante do documento do sistema global.

UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities**. Disponível em: <<http://www.achpr.org/mechanisms/indigenous-populations/report-working-group/>>. Acesso em 20 Out 2017

chegar nos casos de maior impacto, tendo em vista o direito ao desenvolvimento, que são o dos Ogoni, o dos Endorois e o recente julgamento dos Ogiek pela Corte Africana, tendo o diálogo especialmente com o sistema interamericano importante papel na assunção de parâmetros e na harmonização das questões indígenas no continente. É curioso, no entanto, constatar que, em um primeiro momento, a Comissão Africana, mesmo com a Carta de Banjul possuindo uma disposição expressa acerca do diálogo como fonte integrante do arcabouço jurídico do qual o sistema se vale, este optou por não utilizar fontes exógenas em suas atividades, se valendo apenas de fontes oriundas do continente, fazendo a abordagem de outros sistemas com o intuito de apenas se distinguir deles²⁷⁰.

Os primeiros casos que a Comissão Africana enfrentou no que tange ao direito dos povos não abordaram o direito ao desenvolvimento e também, da mesma forma, não desenvolviam a atividade do diálogo com a profundidade característica dos casos mais recentes. O primeiro caso versando sobre direito dos povos, referente à autodeterminação foi o Congresso dos Povos Katangeses v. Zaire, em 1995. Chamada a se pronunciar sobre a possibilidade da autodeterminação dos povos Katangeses se declararem independentes do Zaire, a Comissão apenas se pronunciou dizendo não haver nenhuma evidência de violação de direitos humanos, e direitos participativos dos povos que habitavam Katanga, no Zaire, e que os clamores por independência não possuíam ligações com o mérito da Carta Africana²⁷¹. Não houve diálogo ou sequer abordagens do direito ao desenvolvimento.

Embora não tenha sido relacionado diretamente à violação do artigo 22 da Carta Africana, concernente ao direito ao desenvolvimento em si, o caso dos Ogoni é um exemplo do diálogo que tem se verificado entre os sistemas africano e interamericano. Neste caso, foi alegado pelo Centro de Ação dos Direitos Sociais e Econômicos e Centro para Direitos Econômicos e Sociais que o governo militar da Nigéria estava diretamente envolvido com a produção de petróleo da Companhia

²⁷⁰ INMAN, Derek M. K.. The Cross-Fertilization of Human Rights Norms and Indigenous People in Africa: From Endorois and Beyond. **The International Indigenous Policy Journal**. [s.l.], p. 1-26. out. 2014. Disponível em: <<http://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1181&context=iipj>>. Acesso em: 23 set. 2017. p. 7-8

²⁷¹ UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Congresso dos Povos Katangeses v. Zaire**. Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/africa/comcases/Comm75-92.pdf>>. Acesso em 15 Out 2017.

Nacional Nigeriana de Petróleo, sendo a Shell Petroleum Development Company a acionista majoritária, e suas ações haviam causado grande degradação ambiental e problemas de saúde nos povos Ogoni, população aborígine que vive nas redondezas do delta do Níger, onde a maioria das operações estava em curso²⁷².

As violações de direitos humanos alegadas no caso dos Ogoni foram massivas, tendo em vista que, por conta do envolvimento militar, também traziam denúncias da execução de líderes do povo, destruição de inúmeras vilas e uso do aparato estatal para impedir o acesso de cientistas e organizações de direitos humanos às terras afetadas pelo processo de extração do petróleo. É interessante verificar que a atividade da Comissão foi no sentido de construir a violação de vários direitos como uma combinação de direitos individuais e coletivos, com um fator conduzindo ao outro, de modo integrado, como destaca Inman²⁷³. Aponta o autor que, deste modo, o governo nigeriano violou os direitos dos Ogoni à saúde, propriedade, à saúde familiar e a um ambiente favorável ao desenvolvimento. A visão da Comissão no sentido de fazer a ligação entre os direitos individuais e coletivos fica clara:

“A poluição e degradação ambiental ao nível humanamente inaceitável fez da vida nas terras dos Ogoni um pesadelo. A sobrevivência dos Ogonis dependia de suas terras e fazendas que foram destruídas pelo direto envolvimento do governo. Esta e brutalidades similares não apenas perseguiram os indivíduos nas terras Ogoni, mas a totalidade da comunidade Ogoni como um todo. Eles afetaram a vida da sociedade Ogoni como um todo.”²⁷⁴

Essa abordagem integrada foi feita no sentido de se considerar as necessidades locais, bem como o humanrights approach. Ainda que o direito ao

²⁷² UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **155/96 : Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria**. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/sessions/30th/communications/155.96/achpr30_155_96_eng.pdf>. Acesso em 15 Out 2017.

²⁷³ Artigos 2, 4, 14, 16, 18(1), 21 and 24 da Carta de Banjul. INMAN, Derek M. K.. The Cross-Fertilization of Human Rights Norms and Indigenous People in Africa: From Endorois and Beyond. **The International Indigenous Policy Journal**. [s.l.], p. 1-26. out. 2014. Disponível em: <<http://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1181&context=iipj>>. Acesso em: 23 set. 2017.

²⁷⁴ União Africana. **155/96 : Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria**. Ibidem. Tradução livre.

desenvolvimento humano não tenha sido diretamente abordado, segundo alguns autores²⁷⁵, houve a abordagem do dispositivo “irmão” do artigo 22, que foi o artigo 24, relativo ao direito a um meio ambiente adequado e propício ao desenvolvimento.

Por fim, o caso dos Ogoni representou um exemplo importante do diálogo no âmbito dos sistemas regionais, tendo em vista as referências feitas pela Comissão ao sistema interamericano e europeu de direitos humanos, no que tange ao dever de proteção estatal: notou o órgão africano que o governo da Nigéria havia facilitado a destruição do território Ogoni, ao permitir que entes privados afetassem de modo devastador a vida de integrantes dos Ogoni, bem como a sociedade considerada em seu todo²⁷⁶. Citando a jurisprudência dos dois outros sistemas, a Comissão demonstrou que agiu o governo nigeriano com displicência diante das denúncias dos povos Ogoni:

“57. Governos possuem o dever de proteger seus cidadãos, não apenas através de legislação apropriada e implementação efetiva, mas também os protegendo de atos danosos que possam ser perpetrados por entidades privadas (...). Esse dever exige ação positiva no papel do governo em cumprir suas obrigações sob os instrumentos de direitos humanos. A prática em outros tribunais também fortalece este requerimento, como é evidenciado no caso Velásquez Rodríguez v. Honduras. Neste julgamento histórico, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou que quando um Estado permite que pessoas privadas ou grupos ajam livremente e com impunidade em detrimento dos direitos reconhecidos, ela o faz em clara violação de suas obrigações de proteger os direitos de seus cidadãos. Similarmente, essa obrigação do Estado é enfatizada na prática da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso X e Y v. Países Baixos. Neste caso, a Corte Europeia de Direitos Humanos se pronunciou que havia uma obrigação das autoridades em tomar providências para assegurar que o gozo de direitos não é interferido por outras pessoas privadas.”²⁷⁷

²⁷⁵ OKAFOR, ObioraChinedu. A regional perspective: article 22 of the African Charter on Human and Peoples' Rights. In **Realizing The Right To Development: Essays in Commemoration of 25 Years of the United Nations Declaration on the Right to Development**, [s.l.] p.373-374, 2013. Disponível em:

<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/PamphletsRealizing_for_TransformativeDevelopment_en.pdf>. Acesso em: 23 Out. 2017. p. 375

²⁷⁶ PAPAIOANNOU, Maria. HARMONIZATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW THROUGH JUDICIAL DIALOGUE: THE INDIGENOUS RIGHTS' PARADIGM. **Cambridge Journal Of International And Comparative Law**. [S.L.], p. 1037-1059. 2014. p. 1053

²⁷⁷ UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **155/96 : Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria**. Disponível em:

<http://www.achpr.org/files/sessions/30th/communications/155.96/achpr30_155_96_eng.pdf>. Acesso em 15 Out 2017.

O caso dos Ogoni foi levado à Comissão em 1996 e seu mérito foi abordado pela Comissão em 2001. Ele possui importância histórica no caso dos direitos dos povos e também por abordar o diálogo da Comissão com os dois sistemas regionais a um só tempo, além do peso de suas violações. De certa forma, o caso dos Endorois²⁷⁸ representou um aprofundamento do caso dos Ogoni, com abordagem mais ampla dos direitos dos povos indígenas, do direito ao desenvolvimento e um diálogo mais minucioso com vários casos da Corte Interamericana.

Em 2009, a Comissão recebeu o caso dos Endorois, uma população pastoril, natural dos arredores do Lago Bogoria, no Quênia, e que foram privados de seus direitos à propriedade, cultura, liberdade de credo, religião, aos recursos naturais e ao desenvolvimento como povos indígenas²⁷⁹. Os Endorois são uma comunidade de aproximadamente 60 mil pessoas que habitavam a região por muitos séculos, e foram sumariamente removidos de suas terras pelo governo do Quênia sem qualquer consulta para darem lugar então à construção de uma reserva turística nos anos 70²⁸⁰. As relações da comunidade em questão com seu território perpassam as vias tradicionais de propriedade, porque existem laços culturais muito fortes com o local, tais como a presença de cemitérios ancestrais na região, sua utilização nas práticas religiosas, bem como no uso de seus recursos naturais para subsistência e manutenção do modo de vida pastoril dos Endorois, modo este que se via ameaçado pelos atos do Estado do Quênia²⁸¹.

Os Endorois, então, submeteram uma reclamação à Alta Corte Queniana, denunciando as evicções forçadas de seus integrantes desde 1973, que impediam seu acesso às terras, violando seus direitos de liberdade religiosa, bem como seus

²⁷⁸ UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **276/03 Centre for Minority Rights for Development (Kenya) e Minority Rights Group (em nome do Endorois Welfare Council) v. Quênia**. Disponível em: <<http://caselaw.ihlda.org/pt/doc/276.03/pdf/pt/>>. Acesso em 10 Out 2017.

²⁷⁹ KAMGA, Serges Alain Djoyou. **The right to development in the African human rights system: The Endorois case***. *De Jure Law Journal*, [s.l.], v. 23, p.381-391, 2011. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/journals/DEJURE/2011/23.pdf>>. Acesso em 22 Out 2017.

²⁸⁰ UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **276/03 Centre for Minority Rights for Development (Kenya) e Minority Rights Group (em nome do Endorois Welfare Council) v. Quênia**. Disponível em: <<http://caselaw.ihlda.org/pt/doc/276.03/pdf/pt/>>. Acesso em 10 Out 2017.

²⁸¹ . FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento: Universalização, Ressignificação e Emancipação**. 2013. 485 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.p. 366

demais direitos sociais e culturais²⁸², contudo, estes foram negados, sob a justificativa de que a Corte Queniana entende não ser devida nenhuma proteção especial às terras de povos e comunidades baseadas em ocupação histórica e nos direitos culturais²⁸³. Após este evento, os Endorois também tomaram conhecimento de que o Estado havia vendido suas terras para terceiros para empreenderem atividades de exploração e mineração de rubi, empreendimento capaz de grandes danos ambientais²⁸⁴.

Com o auxílio do CEMIRIDE (Center for Minority Rights Development) e assistidos pelo Minority Rights Groups International, os Endorois levaram o caso à Comissão Africana, alegando, dentre as demais premissas, seu direito à propriedade comunal, tendo em vista sua natureza como povos indígenas, a violação do Direito ao Desenvolvimento, sob a idéia de que a privação da entrada em suas terras pastoris e férteis dividiu seu povo e que, para eles, o acesso às áreas do Lago Bogoria é um direito de toda a comunidade ²⁸⁵.

Em um primeiro momento, a Comissão Africana teve de se manifestar quanto ao caráter indígena dos Endorois, ou seja, se eles constituiriam ou não destinatários das normas a respeito dos direitos dos povos sob a égide da Carta de Banjul. E neste ponto a Comissão Africana se valeu do diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos se valendo de dois casos importantes: o caso *Moiwana vs. Suriname* e *Saramaka vs. Suriname*. Havia o Quênia argumentado que os Endorois

²⁸² INMAN, Derek M. K. Op. Cit. p. 7-8

²⁸³UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **276/03 Centre for Minority Rights for Development (Kenya) e Minority Rights Group (em nome do Endorois Welfare Council) v. Quênia**. Disponível em: <<http://caselaw.ihrda.org/pt/doc/276.03/pdf/pt/>>. Acesso em 10 Out 2017.

²⁸⁴ 14. Os Queixosos alegam ainda que em 2002 haviam sido dadas concessões a uma companhia privada para exploração mineira de rubis em terras tradicionais dos endorois. Isso incluiu a construção de uma estrada destinada a facilitar o acesso de maquinaria pesada de exploração mineira. Os Queixosos afirmam que essas actividades concorrem para um elevado risco de poluição dos cursos de água usados pela comunidade Endorois, quer para consumo pessoal, quer para uso pelo gado. União Africana. **276/03 Centre for Minority Rights Development (Kenya) e Minority Rights Group (em nome do Endorois Welfare Council) v. Quênia**. Disponível em: <<http://caselaw.ihrda.org/pt/doc/276.03/pdf/pt/>>. Acesso em 10 Out 2017.

²⁸⁵UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **276/03 Centre for Minority Rights Development (Kenya) e Minority Rights Group (em nome do Endorois Welfare Council) v. Quênia**. Disponível em: <<http://caselaw.ihrda.org/doc/276.03/view/en/#2277415>> Acesso em 10 Out 2017. “The Complainants claim that at present the Endorois live in a number of locations on the periphery of the reserve – that the Endorois are not only being forced from fertile lands to semi-arid areas, but have also been divided as a community and displaced from their traditional and ancestral lands. The Complainants claim that for the Endorois, access to the Lake Bogoria region, is a right for the community and the Government of Kenya continues to deny the community effective participation in decisions affecting their own land, in violation of their right to development.”

não constituíam uma população autóctone por conta de seus laços já existentes com outro grupo, os kalenjin, por conta de seu dialeto comum e outro grupo, os tungen. Entretanto, no caso *Moiwana vs. Suriname*, a Corte Interamericana reconheceu direitos coletivos à terra, mesmo não se tratando de comunidades indígenas, mas sim, comunidades de descendentes de africanos expostos às mazelas do processo de colonização que haviam se estabelecido e desenvolvido especiais relações com a terra, afastando-se o caso do padrão de comunidades indígenas de origem pré-colombiana. O caso *Saramaka vs. Suriname* também foi citado e trata-se de outro exemplo de uma população africana ter estabelecido comunidades autônomas, reproduzindo um modo de vida culturalmente relacionado como a terra²⁸⁶.

Em seguida, a Comissão se pronunciou sobre os direitos dos Endorois relativos à sua espiritualidade, concluindo que seu conjunto de crenças se constituía como religião específica e que, portanto, se encontrava dentro do arcabouço protetivo do artigo 8 da Carta de Banjul. No que tange à violação deste direito, a Comissão Africana fez referência a um caso que ela própria havia julgado, da *Anistia Internacional v. Sudão*, em que o Estado-parte havia violado o direito de crença dos autores em razão da proibição expressa de que pudessem orar, celebrar suas práticas religiosas ou construir seus templos, sob o risco de prisões arbitrárias e expulsão, tendo em vista os autores pertencerem a uma minoria não-muçulmana. O diálogo com a Corte Interamericana, mais uma vez, também se faz presente, com a menção ao caso *Loren Laroye Riebe Star*, ocasião em que a Corte determinou que a expulsão de terras centrais à prática de culto religioso constitui uma violação dos direitos humanos. Neste caso, três padres foram levados à força, sem mandado de prisão, para fora do estado de Chiapas, onde professavam culto, para a Cidade do México e de lá, foram deportados para seus respectivos países²⁸⁷.

Argumentou a Comissão Africana que o fato de que o Estado do Quênia negou o acesso dos Endorois ao lago Bogoria e a seus arredores, que constituíam

²⁸⁶UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **276/03 Centre for Minority Rights Development (Kenya) e Minority Rights Group (em nome do Endorois Welfare Council) v. Quênia**. Disponível em: <<http://caselaw.ihrrda.org/doc/276.03/view/en/#2277415>> Acesso em 10 Out 2017.

²⁸⁷ ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso 11.610 Loren Laroye Riebe Star e outros v. México**. 05 de Maio de 1998. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/98eng/Admissibility/Mexico%2011610.htm>>. Acesso em 20 Out 2017.

terras especiais para a cultura deste povo, sendo central às suas práticas religiosas, agiu o Estado em desrespeito à sua liberdade religiosa assegurada pela Carta de Banjul. Em seguida, a Comissão se debruçou a respeito do status especial das terras ancestrais dos Endorois, e se havia ou não aí uma violação ao artigo 14 da Carta de Banjul. Em seus argumentos, os autores fizeram menção ao fato de que existe uma doutrina internacional acerca dos direitos autônomos da propriedade, citando o caso da Corte Interamericana de MayagnaAwasTingni v. Nicarágua, que versava também sobre os direitos especiais da propriedade comunal. O caso da comunidade Mayagna versava sobre a falta de reconhecimento por parte do governo da Nicarágua dos direitos da comunidade AwasTingni, bem como da falta de efetividade legal para a demarcação das terras e satisfação do direito à propriedade comunal²⁸⁸, mesmo com inúmeros pedidos e processos, o governo da Nicarágua cedeu parte das terras a uma entidade particular, uma companhia denominada SOLCARSA. Diante disso, a Corte Interamericana agiu no sentido de reconhecer que os dispositivos de direito internacional relacionados à proteção dos bens também devem ser interpretados no sentido de garantir os direitos de bens corpóreos, incorpóreos e aqueles próprios da propriedade comunal, todos suscetíveis de valor²⁸⁹.

Diante dessas alegações, a Comissão Africana também realizou diálogo com a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao notar que esta também tem reconhecido que direitos da propriedade podem envolver recursos econômicos e direitos comunais sobre a terra, mencionando o caso Dogan e Outros v. Turquia, em que, tendo em vista atividades terroristas e de segurança conduzida por parte do governo turco, evicções forçadas foram conduzidas pelas forças de segurança, removendo inúmeros habitantes das terras agropastoris que constituíam seu modo de vida. A Corte Europeia julgou que, mesmo sem documentação específica e títulos de propriedade, o modo de vida conduzido há gerações nas terras que pertenciam aos

²⁸⁸ HUERTA, Mauricio Iván del Toro. **The Contributions of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights to the Configuration of Collective Rights of Indigenous Peoples**. 2013. Disponível em: <www.yale.edu/documents/pdf/sela/Del_Toro.pdf>. Acesso em 05 Out 2017. p. 6

²⁸⁹ ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf> Acesso em 20 Out 2017.

seus ancestrais tornavam válido considerar este modo de vida “posses” de acordo com o Artigo 1 da Convenção Europeia²⁹⁰.

A essas considerações, a Comissão Africana uniu também o diálogo com os casos envolvendo os Saramaka no Suriname, em que a Corte Interamericana considerou haver violações ao Artigo 21 (relativo aos direitos de propriedade) da Convenção Americana, em razão do estado de vulnerabilidade da população criado pela negativa do Suriname ao não reconhecer a capacidade jurídica dos povos em buscar proteção dos seus direitos coletivos²⁹¹.

A Comissão Africana se valeria do diálogo também quando examinou a questão de o Estado do Quênia ter violado as disposições a respeito do artigo 21 da Carta Africana, que protege os direitos a um meio ambiente que possibilite o livre desenvolvimento, ao ter privado os Endorois de seu local de onde derivavam práticas culturais como a medicina tradicional, o cultivo pastoril, entre outros. Novamente, o caso Saramaka v. Suriname foi citado pela Comissão Africana como exemplo, tendo em vista a interpretação de que o uso da terra e seus direitos coletivos no sentido comunal constituem bens sob o Artigo 21 da Convenção Americana. Da mesma forma, ao não garantir o acesso dos Endorois aos recursos oriundos da atividade turística que foi estabelecida em suas terras, ao passo que negou o direito à titularidade e acesso ao local, o Quênia incorreu em violação ao artigo 14 da Carta de Banjul.

Ademais, a Comissão empregou o caso dos Saramaka como análogo ao dos Endorois no que tange à exploração e mineração de rubi levada a cabo pelos terceiros com quem o estado queniano negociou as antigas terras do Endorois: no

²⁹⁰ CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso Dogan e Outros v. Turquia**. 29 de Junho de 2004. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/414d86ab4.pdf>>. Acesso em 20 Out 2017.

²⁹¹ Comissão Africana: In the Saramaka case, the State of Suriname did not recognise that the Saramaka people can enjoy and exercise property rights as a community. The Court observed that other communities in Suriname have been denied the right to seek judicial protection against alleged violations of their collective property rights precisely because a judge considered they did not have the legal capacity necessary to request such protection. This, the Court opined, placed the Saramaka people in a vulnerable situation where individual ‘property rights’ may trump their rights over communal property, and where the Saramaka people may not seek, as a juridical personality, judicial protection against violations of their ‘property rights’ recognized under Article 21 of the Convention. UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **276/03 Centre for Minority Rights Development (Kenya) e Minority Rights Group (em nome do Endorois Welfare Council) v. Quênia**. Disponível em: <<http://caselaw.ihrrda.org/doc/276.03/view/en/#2277415>> Acesso em 10 Out 2017

caso Saramaka, o Suriname empreendeu atividades de mineração de ouro nas terras dos povos Saramaka. Tendo em vista o fato de que os Saramaka, por conta da interpretação extensiva dos direitos da propriedade comunal, possuem proteção específica e a atividade de mineração afeta os recursos naturais que possuem vinculação cultural com a comunidade, o estado do Suriname tinha o dever de consultar os Saramaka a respeito de qualquer atividade que incorresse em seu território, bem como permitir a participação desse povo nos benefícios e na supervisão dos projetos. O mesmo é aplicado no caso dos Endorois: tendo em vista a atividade altamente poluente da mineração de rubi, o estado queniano deveria ter assegurado à comunidade benefícios, assim como o direito de participar e supervisionar a mineração nos arredores do lago Bogoria²⁹².

Quanto à violação do direito ao desenvolvimento, além de a Comissão ter realizado mais uma vez o diálogo jurisprudencial, esta buscou também construir uma abordagem mais robusta deste direito, tendo em vista o pioneirismo de ser o primeiro caso com alegação expressa da violação deste direito:

“277. A Comissão Africana é da visão de que o direito ao desenvolvimento é um teste de duas provas, é ambos constitutivo e instrumental, ou útil tanto como meio e como um fim. A violação ou do elemento procedimental ou substantivo constitui uma violação do direito ao desenvolvimento. Cumprir apenas um ou outro não vai satisfazer o direito ao desenvolvimento. A Comissão Africana nota que os argumentos dos Reclamantes de reconhecer o direito ao desenvolvimento requer o cumprimento de cinco critérios principais: deve ser equitativo, não-discriminatório, participativo, responsável e transparente com equidade e escolha sobre temas abrangentes no direito ao desenvolvimento”²⁹³.

²⁹² State has a duty to consult with them, in conformity with their traditions and customs, regarding any proposed mining concession within Saramaka territory, as well as allow the members of the community to reasonably participate in the benefits derived from any such possible concession, and perform or supervise an assessment on the environmental and social impact prior to the commencement of the project. The same analysis would apply regarding concessions in the instant case of the Endorois.

UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **276/03 Centre for Minority Rights Development (Kenya) e Minority Rights Group (em nome do Endorois Welfare Council) v. Quênia**. Disponível em: <<http://caselaw.ihrra.org/doc/276.03/view/en/#2277415>> Acesso em 10 Out 2017

²⁹³ 277. The African Commission is of the view that the right to development is a two-pronged test, that it is both constitutive and instrumental, or useful as both a means and an end. A violation of either the procedural or substantive element constitutes a violation of the right to development. Fulfilling only one of the two prongs will not satisfy the right to development. The African Commission notes the Complainants' arguments that recognising the right to development requires fulfilling five main criteria: it must be equitable, non-discriminatory, participatory, accountable, and transparent, with equity and choice as important, over-arching themes in the right to development.

Ao posicionar o direito ao desenvolvimento como dependente de duas vias, a instrumental e a constitutiva, a Comissão Africana se inspira na lição das liberdades de acordo com Amartya Sen²⁹⁴. Foi dada especial atenção à idéia de que os Endorois não tiveram em nenhum momento oportunidade para serem ouvidos em todo o processo de ocupação do Estado em suas terras, sem receberem também quaisquer informações adicionais, feito que ceifou o direito à participação nas decisões e na própria idéia de se partilhar os benefícios resultantes das políticas públicas estatais. O diálogo da Comissão Africana se deu especialmente com o caso da Corte Interamericana de *YakyeAxa v. Paraguai* de 2005, sendo também é mencionado como um exemplo de que devem ser garantidos aos povos indígenas a posse e o acesso aos bens e recursos naturais com os quais esses povos estão naturalmente ligados. Tal caso versou sobre extensões da região do Chaco que foram negociados com comerciantes londrinos, levando à transferência das populações naturais dessa região. Infelizmente, o governo paraguaio não garantiu proteção efetiva às comunidades transferidas, que passavam por péssimas condições sanitárias, e situação de vulnerabilidade social no local que passaram a ocupar, o que fez com que esses povos realizassem um êxodo tentando reaver suas terras ancestrais²⁹⁵.

285. A CIDH notou que, de acordo com oitivas dos membros da comunidade YakyeAxa durante audiências públicas, os membros da comunidade poderiam ter obtido parte de seus meios necessários para subsistência se eles estivessem em posse de suas terras tradicionais. Dispersão dos membros da comunidade dessas terras causou dificuldades graves para se obter comida, primariamente, porque a área onde sua ocupação é localizada não possui condições apropriadas para o cultivo ou para a prática de suas atividades de subsistência tradicional, tais como caça, pesca e coleta. Além disso, neste acampamento, os membros da

UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **276/03 Centre for Minority Rights Development (Kenya) e Minority Rights Group (em nome do Endorois Welfare Council) v. Quênia**. Disponível em: <<http://caselaw.ihrrda.org/doc/276.03/view/en/#2277415>> Acesso em 10 Out 2017

²⁹⁴ SEN, Amartya. **Development As Freedom**. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 2000.p. 36-37

²⁹⁵HUERTA, Mauricio Ivánder Toro. **The Contributions of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights to the Configuration of Collective Rights of Indigenous Peoples**. 2013. Disponível em: <www.yale.edu/documents/pdf/sela/Del_Toro.pdf>. Acesso em 05 Out 2017. p. 11-12

comunidade YakyeAxa não possuem o acesso à habitação com os serviços básicos e mínimos, tais como água limpa e toaletes²⁹⁶.

De maneira análoga, o território em que os Endorois passaram a ocupar depois da dispersão era semi-árido, infértil e impróprio para suas atividades pastoris e a prática de medicina tradicional. No caso YakyeAxa a Corte Interamericana julgou que o Paraguai não garantiu nem os direitos à propriedade comunal e nem a uma vida decente aos membros da comunidade, em razão de privá-los das condições necessárias para seus meios de subsistência e de prática medicinal, e, até mesmo, o direito de obter água potável. No caso dos Endorois, as condições da evicção a que foram submetidos os privaram das amplas reservas de água potável que circundavam o lago Bogoria, bem como impediram seus modos pastoris, com boa parte da comunidade alegando a perda de mais da metade de suas cabeças de gado²⁹⁷.

A Comissão Africana estatuiu também que o desenvolvimento possui amplas relações com procedimentos participativos, semelhante ao que trouxe à análise no caso *Saramaka v. Suriname*. Isso significa que o Estado deve trazer e divulgar informações de forma ampla e de boa-fé, consultando as comunidades de modo apropriado e através de procedimentos culturalmente adequados. Essa visão da Comissão particularmente traz semelhanças com a ideia de DeFeyter da localização dos direitos humanos, ao demonstrar que, deixando de tornar significativos os

²⁹⁶ 285. The IActHR noted that, according to statements from members of the YakyeAxa community during the public hearing, the members of that community might have been able to obtain part of the means necessary for their subsistence if they had been in possession of their traditional lands. Displacement of the members of the community from those lands has caused special and grave difficulties to obtain food, primarily because the area where their temporary settlement is located does not have appropriate conditions for cultivation or to practice their traditional subsistence activities, such as hunting, fishing, and gathering. Furthermore, in this settlement the members of the YakyeAxa Community do not have access to appropriate housing with the basic minimum services, such as clean water and toilets.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Yakye Axa v. Paraguay**. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf>. Acesso em 20 Out 2017.

²⁹⁷ Similarly, their traditional means of subsistence – through grazing their animals – has been curtailed due to lack of access to the green pastures of their traditional land. Elders commonly cite having lost more than half of their cattle since the displacement.

UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **276/03 Centre for Minority Rights Development (Kenya) e Minority Rights Group (em nome do Endorois Welfare Council) v. Quênia**. Disponível em: <<http://caselaw.ihrrda.org/doc/276.03/view/en/#2277415>> Acesso em 10 Out 2017

direitos humanos para uma parcela de sua população, o Estado incorre em violação dos direitos humanos²⁹⁸.

Concluindo suas atividades, a Comissão Africana determinou que o Quênia havia violado os artigos 1, 8, 14, 17, 21 e 22 da Carta Africana. Suas recomendações foram no sentido de reconhecer os direitos da propriedade aos Endorois e restituí-los aos arredores do Lago Bogoria, onde estão suas terras ancestrais, assegurando-lhes o acesso aos locais em que a comunidade possui laços culturais. Também foram recomendados o pagamento de royalties oriundos da atividade de exploração de suas terras e o diálogo com a comunidade, para assegurar o cumprimento das medidas.

De modo geral, o modo cuidadoso com que a Comissão Africana lidou com um caso tão amplo e pioneiro fez com que ela saísse fortalecida, ao abordar conceitos debatidos no continente africano como o caráter do direito dos povos indígenas e o direito ao desenvolvimento. No entanto, críticas foram feitas tendo em vista que a Comissão não adotou um caráter de realização progressiva das medidas²⁹⁹. Outro ponto que merece atenção e que versa sobre o método dialógico utilizado pela Comissão, diz respeito ao fato de que esta utilizou uma abordagem ampla da Corte Interamericana e também dos direitos econômicos, sociais e culturais presentes no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Este mecanismo funcionou porque o Quênia é parte signatária deste documento, no entanto, é preciso questionar se a mesma abordagem funcionaria para países integrantes signatários da Carta de Banjul que não são parte do Pacto tais como Botsuana, Moçambique e Comores³⁰⁰.

²⁹⁸ "This duty requires the State to both accept and disseminate information, and entails constant communication between the parties. These consultations must be in good faith, through culturally appropriate procedures and with the objective of reaching an agreement."

UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **276/03 Centre for Minority Rights Development (Kenya) e Minority Rights Group (em nome do Endorois Welfare Council) v. Quênia**. Disponível em: <<http://caselaw.ihrrda.org/doc/276.03/view/en/#2277415>> Acesso em 10 Out 2017.

²⁹⁹ KAMGA, Serges Alain Djoyou. **The right to development in the African human rights system: The Endorois case***. *De Jure Law Journal*, [s.l.], v. 23, p.381-391, 2011. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/journals/DEJURE/2011/23.pdf>>. Acesso em 22 Out 2017.

³⁰⁰ Em tese, a Comissão Africana ainda possui a possibilidade de abordar instrumentos internacionais que informam princípios do direito internacional, podendo considerar direitos como os econômicos, sociais e culturais derivativos do corpus normativo do direito internacional sem fazer referência explícita ao Pacto, haja vista que a própria Carta de Banjul possui os mesmos princípios. Idem. Ibidem

Por fim, o caso dos Ogiek também merece atenção por parte deste trabalho. Tal caso foi julgado em maio do presente ano e também diz respeito à violações do direito ao desenvolvimento e do direito dos povos por parte do Estado do Quênia. Os Ogiek são uma comunidade de aproximadamente 20.000 pessoas que habitavam os arredores da área da floresta Mau. Em 2009, o Serviço Florestal do Quênia exigiu que tal comunidade deixasse a floresta, sem levar em conta os vínculos especiais da propriedade comunal deste povo com a floresta em questão. As mesmas ONGs responsáveis pelo caso dos Endorois representavam os Ogieks diante da Comissão Africana, em conjunto com o Programa de Desenvolvimento dos Povos Endorois.

O vínculo dos Ogiek com tal floresta se assemelha ao caso dos Endorois, tendo em vista que seus costumes, tradições religiosas e modo de vida estavam atrelados à ocupação da floresta Mau. A Corte Africana foi o órgão responsável por abordar o caso, após recebê-lo por meio da recomendação da Comissão Africana, após a exaustão dos remédios locais. A atividade da Corte passou pelo reconhecimento de sua jurisdição, por meio do reconhecimento do papel da Comissão e passou a analisar as violações dos artigos da Carta Africana concernentes aos direitos ao desenvolvimento (22), de propriedade (14), liberdades (1, 2 e 8), vida e inviolabilidade pessoal (4), direito à vida cultural na comunidade (17 (2)) e a um ambiente propício ao desenvolvimento (21)³⁰¹.

Durante toda a atividade da Corte, ficou clara sua intenção de emitir um julgamento dialogando com os valores jurídicos africanos. Neste tópico a Corte se diferenciou da atividade da Comissão, que se valeu do diálogo com inúmeras normas de direitos humanos e do diálogo intersistêmico como ferramenta de esclarecimento dos termos e violações. O diálogo empreendido pela Corte abordou principalmente outros casos da Comissão Africana (como o dos Ogiek e o próprio caso dos Endorois), bem como as atividades do Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas da Comissão Africana, acerca do conteúdo da expressão “povos indígenas”³⁰². O diálogo também é sentido com relação às definições do

³⁰¹UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos v. Quênia**. Disponível em: <<http://en.african-court.org/images/Cases/Judgment/Application%20006-2012%20African%20Commission%20on%20Human%20and%20Peoples%E2%80%99%20Rights%20v.%20the%20Republic%20of%20Kenya..pdf>>. Acesso em: 20 Out 2017. p 28

³⁰² “There have, however, been efforts to define indigenous populations. 13 In this regard, the Court draws inspiration from the work of the Commission through its Working Group on Indigenous

sistema ONU, notadamente, quanto às atividades da Subcomissão para Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias³⁰³ e também da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

A abordagem das demais Cortes de direitos humanos foi feita pela Corte Africana por via reflexa: ao se debruçar a respeito das violações a respeito da vida e inviolabilidade pessoal dos membros dos Ogiek, a Corte citou o caso dos Endorois, ao mencionar a criação de condições precárias causadas pela evicção forçada deste povo sem o devido acompanhamento e oportunidades oferecidos pelo governo queniano. Neste sentido, foi feita referência cruzada ao caso *YakyeAxa v. Paraguai*, tendo em vista o peso que este teve ao fornecer parâmetros para a compreensão do caso dos Endorois³⁰⁴.

Em razão de ter sido julgado tão recentemente, as conseqüências do caso dos Ogiek ainda estão para ser sentidas. A atividade da Corte Africana no que tange ao diálogo, de certa forma, ainda estão sendo fortalecidas e talvez sua abordagem quase que exclusiva de mecanismos jurídicos oriundos da Carta Africana ou do

Populations/Communities. The Working Group has adopted the following criteria to identify indigenous populations: " i. Self-identification; ii. A special attachment to and use of their traditional land whereby their ancestral land and territory have a fundamental importance for their collective physical and cultural survival as peoples; and iii. A state of subjugation, marginalisation, dispossession, exclusion, or discrimination because these peoples have different cultures, ways of life or mode of production than the national hegemonic and dominant model."

União Africana. **Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities**. Disponível em: <<http://www.achpr.org/mechanisms/indigenous-populations/report-working-group/>>. Acesso em 20 Out 2017.

³⁰³ "That indigenous people can be appropriately considered as "Indigenous communities, peoples and nations which having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop, and transmit to future generations, their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems";

Idem. Ibidem.

³⁰⁴ "9. In *YakyeAxa Indigenous Community v Paraguay* Judgment of 17 June 2005 (Merits, Reparations and Costs) Ser C No 125 paragraph 161, the IACtHR found a violation to the right to life by reasoning that: "when the right to life is not respected, all the other rights disappear, because the person entitled to them ceases to exist... Essentially, this right includes not only the right of every human being not to be arbitrarily deprived of his life, but also the right that conditions that impede or obstruct access to a decent existence should not be generated and further that "the fallout from forcibly dispossessing indigenous peoples from their ancestral land could amount to an Article 4 violation (right to life) if the living conditions of the community are incompatible with the principles of human dignity". The Commission adopted a similar reasoning in the *Endorois Case*-see paragraph 216." UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos v. Quênia**. Disponível em: <<http://en.african-court.org/images/Cases/Judgment/Application%20006-2012%20African%20Commission%20on%20Human%20and%20Peoples%E2%80%99%20Right%20v.%20the%20Republic%20of%20Kenya..pdf>>. Acesso em: 20 Out 2017.

sistema ONU se dê pelo mesmo motivo que a Comissão Africana optou por, em um primeiro momento, não dialogar com tanta ênfase nos casos dos demais sistemas.

De todo modo, é de se notar que o diálogo desempenhado pela Corte Africana ainda está se consolidando. Em 28 de Setembro de 2017 foram divulgados diversos julgamentos e opiniões consultivas, dentre eles, a Petição Inicial N.º 003/2015 – Kennedy Owino Onyachi v. República Unida da Tanzânia, relacionado às condições humanas de tratamento no interior de instituições penais, ocasião em que a Corte optou por citar a matéria de diversos tribunais internacionais, entre eles, o caso Velásquez-Rodríguez v. Honduras da CIDH, a respeito das condições de incomunicabilidade de detentos, o caso Ahmadou Sadio Diallo da CIJ, a respeito da matéria de ônus da prova, além de mencionar vários documentos de proteção internacional, como a Convenção Europeia de Direitos Humanos, ao se referir à proteção e inviolabilidade da pessoa humana³⁰⁵. Ainda que o caso não se refira ao direito ao desenvolvimento, ou ao direito dos povos, é notável a contribuição da Corte, ao julgar direitos básicos, em citar a jurisprudência de outros tribunais, bem como as convenções e mecanismos de soft law: Afinal, se o diálogo se revelou em casos envolvendo a violação de direitos básicos, ele também surgirá aos poucos, abrindo caminho para maiores referências diante de casos mais complexos.

Sendo assim, é possível afirmar que, mesmo que por vezes escolha ser breve em diversos casos, a atividade da Corte tem se desenvolvido aos poucos. Espera-se que esta se aprofunde cada vez mais nos direitos dos povos e o direito ao desenvolvimento, apresentando uma atividade dialógica capaz de fazer valer os instrumentos africanos, e tornando-os abertos à fertilização cruzada conforme determinam os artigos 60 e 61 da Carta de Banjul.

³⁰⁵ UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Kennedy Owino Onyachi; Charles John Mwanini Njoka v. República Unida da Tanzânia**. Disponível em: <<http://www.african-court.org/en/index.php/56-pending-cases-details/869-app-no-003-2015-kennedy-owino-onyachi-and-others-v-united-republic-of-tanzania-details>>. Acesso 20 Out 2017.

Conclusões

Analisando a dinâmica do diálogo em direito internacional, é possível verificar que este se apresenta de modo a confirmar a teoria de sua complexidade: Tendo em vista a ideia de regime para as relações internacionais e considerando os diferentes órgãos jurisdicionais internacionais dentro desta lógica, o diálogo tende a se desenvolver tanto visando um equilíbrio do regime interno, como externo, por meio da homogeneização do direito internacional. Deste modo, o diálogo desempenhado pelos juízes e pelas cortes exerce um papel positivo, ao ampliar a capacidade dos tribunais e enriquecer o direito internacional através dos múltiplos pontos de contato entre os regimes, principalmente levando em consideração as características únicas do direito internacional, quais sejam sua descentralização, e sua organização por princípios e costumes, por vezes, esparsos.

Estes pontos compõem a figura iluminada do diálogo transjudicial. Tal corrente é marcada por um otimismo intenso, que se revela através da afirmação dos benefícios da ampliação da atividade de cortes e tribunais, independentemente de sua proliferação, tendo em vista o ideal de coordenação entre elas, e objetivando também o alcance e melhor tratamento conferido à pessoa humana em direito internacional.

Contudo, o diálogo também se apresenta sob uma face obscura, tendo em vista as relações subjacentes que marcam seu interior. A figura de sua justificativa pela aculturação, bem como as assimetrias resultantes das escolhas de mecanismos a serem citados na ideia de “compra e venda” jurisprudencial, privilegiam determinada visão de mundo com viés ocidentalizado, reproduzindo discursos determinados em função da exclusão de outras culturas jurídicas. Tal mecanismo revela uma estrutura de “capital reputacional”, ou seja, quanto mais uma corte é referenciada, maior prestígio diante de seus “mandate providers” ela vai adquirir.

Tendo em vista tamanhas contradições, há que se verificar a relação existente entre os direitos humanos e o diálogo, haja vista que tais órgãos jurisdicionais possuem características únicas que os tornam mais homogêneos em relação às outras matérias de direito internacional, notadamente, em função de sua

ligação mais íntima com a cultura e a dignidade humana, elementos que ultrapassam as fronteiras do local, no sentido da complementaridade: os direitos humanos, para serem verdadeiramente realizados, necessitam de um olhar interno e, então, externo. A atividade dialógica das cortes e tribunais regionais de direitos humanos precisa levar em conta os mecanismos culturais internos para o empoderamento individual e a verdadeira participação do sujeito no direito internacional, ou seja, é necessário que esses órgãos não ajam apenas na reprodução do discurso, mas sim, em sua tradução e adaptação às necessidades regionais, tendo em vista sua individualidade e o ideal cosmopolita.

Como exemplos destes fatos, é possível apontar as matérias do direito ao desenvolvimento e do direito dos povos indígenas, as quais se beneficiam enormemente da atividade do diálogo a dar-lhes significado junto aos indivíduos como sujeitos de direito internacional: Tendo em vista o fato de que não existem mecanismos de *hard law* a abordarem tais matérias, ambas dependem da atividade dos tribunais e cortes ao apreciar litígios estratégicos para lhes darem implementação, ao passo que também, por conta de suas características vinculadas às variedades culturais locais e sociais, dependem da criação de uma cultura jurídica interna própria para se afirmarem.

Neste sentido são os casos de diálogo desempenhados entre o sistema africano e interamericano de direitos humanos: tendo em vista a origem deste primeiro, que preconiza o desenvolvimento dos povos, a ampliação das fontes a serem consideradas pelo tribunal e a atividade de seus grupos de trabalho em interpretar o direito internacional à luz de valores africanos, estes diálogos representam uma tentativa de se trazer o direito internacional para o âmbito local, no sentido da universalidade “de baixo para cima”, transformando o discurso universalista ao mudar seu foco.

Naturalmente, como fenômeno marcado pela complexidade, nenhuma das faces já se manifestou de modo absoluto, e as experiências em se alterar a face obscura, com a mudança de foco ainda são recentes e se apresentam com dificuldades estruturais em razão das relações preexistentes no interior dos estados africanos. Mesmo assim, conforme julgamentos recentes, datados de setembro de 2017, o mecanismo de referência prossegue, galgando novos âmbitos conforme

avança. Da mesma forma, as iniciativas que buscam integrar o direito internacional com as comunidades locais não podem se encerrar ao esbarrarem na estrutura já existente, haja vista que qualquer diálogo cultural propõe o prosseguimento com base na repetição de hábitos através das gerações.

E é deste modo que o diálogo deve prosseguir: De um lado, com a interação mais ampla entre órgãos de direito internacional, em uma via pelo desenvolvimento de soluções jurídicas mais eficientes, ou na construção de termos que evidenciem princípios e costumes do direito internacional; e noutra via, pela ampliação do papel do indivíduo, de sua cultura e de sua comunidade no direito internacional, integrando-os e reconhecendo suas configurações de direitos humanos.

A fertilização cruzada, afinal, traduz-se pela troca de ideias com vistas ao seu florescimento. Que venha logo, então, uma primavera.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTER, Karen J. **The multiple roles of international courts and tribunals: Enforcement, dispute settlement, constitutional and administrative review**. 2012. Disponível em:

<<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/212/>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

AN-NA'IM, Abdullahi A. A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

APPIAH, Kwame Anthony. Patriotas cosmopolitas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [s.l.], v. 13, n. 36, fev. 1998. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000100005>. Acesso em: 10 out. 2017.

BERMAN, Paul Schiff. A Pluralist Approach to International Law. **Yale Journal Of International Law**, v. 32, n. 2, p.301-329, 2007. Disponível em:

<<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1298&context=yjil>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. O Alcance do Consentimento como Fundamento da Autoridade da Sentença da Corte Internacional de Justiça. **Vii Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, Belo Horizonte, v. 2, n. 13, p.145-170, jul. 2012.

Disponível em: <<http://centrodireitointernacional.com.br/publicacoes/anuario-brasileiro-de-direito-internacional/>>. Acesso em: 10 out. 2017.

BUNN, Isabella D. **The Right to Development: Implications for the International Economic Law**. 2000. Disponível em:

<<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1291&context=auilr>>. Acesso em: 20 Out. 2017.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. **Primas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 7, n. 1, p.261-304, jul. 2010.

BURKE-WHITE, William W.. International Legal Pluralism. **University of Pennsylvania Law School Faculty Scholarship**, n. 961, p.963-979, 12 jul. 2004. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/961/>. Acesso em: 13 jul. 2017.

CALABRIA, Carina. Eficácia de Mudanças Legislativas Propostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos / Effectiveness of Legislative Changes Proposed by the Inter-American Court of Human Rights. **Revista Direito e Práxis**, [s.l.], v. 8, n. 2, p.1286-1355, 14 jun. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro.

CITTADINO, Gisele; DUTRA, Deo Campos. Direito Internacional Privado: O diálogo como instrumento de efetivação dos direitos humanos. **Sequência: Publicação do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC**, Florianópolis, v. 33, n. 64, p.259-284, jul. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p259/22472>>.

CONSELHO DA EUROPA. **Carta Social Europeia Revisitada**. Disponível em:<<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163>>. Acesso em 16 jul 2017.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia de Direitos Humanos. **Preâmbulo**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 18 jul 2017.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso 40167/06 Sargsyan v. Azerbaijão**. Disponível em: <<http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/SARGSYAN%20v.%20AZERBAIJAN.pdf>>. Acesso em 19 jul 2017.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso 90/1997/874/1086 Assenov e Outros v. Bulgária**. Disponível em: <<http://www.errc.org/article/assenov-v-bulgaria/3856>>. Acesso em 19 jul 2017.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso Dogan e Outros v. Turquia**. 29 de Junho de 2004. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/414d86ab4.pdf>>. Acesso em 20 Out 2017.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Cultural Rights in the Case-Law of the European Court of Human Rights**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_cultural_rights_ENG.pdf>. Acesso em 10 ago 2017.

DE FEYTER, Koen. **Localizing Human Rights**. 2006. Disponível em: <<http://econpapers.repec.org/paper/iobdpaper/2006002.htm>>. Acesso em: 24 set. 2017.

DESTROOPER, Tine. Uprooting the curious grapevine? The transformative potential of reverse standard-setting in the field of human rights. **Journal Of Human Rights**, [s.l.], v. 16, n. 4, p.516-531, 22 ago. 2016. Informa UK Limited.

PRECE, France. **Grupo armado líbio afirma ter libertado o filho de Muammar Kadhafi, Seif al-Islam**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/grupo-armado-libio-diz-ter-libertado-o-filho-de-muammar-kadhafi-seif-al-islam.ghtml>>. Acesso em 10 ago 2017.

DONNELLY, Jack. International human rights: a regime analysis. **International Organization**, v. 40, n. 03, p.599-642, jun. 1986. Cambridge University Press (CUP).

DUPUY, Pierre-Marie. A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: on the "Fragmentation" of International Law. **European Journal Of Legal Studies**, v. 1, n. 1, p.25-41, 2007. Disponível em: <<http://cadmus.eui.eu/handle/1814/6839>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

ENABULELE, Amos O. Incompatibility of national law with the African Charter on Human and Peoples' Rights: Does the African Court on Human and Peoples' Rights have the final say?. **African Human Rights Law Journal**, v. 16, n. 1, p.1-28, 2016. Academy of Science of South Africa. Disponível em: <<http://www.ahrlj.up.ac.za/enabulele-a-o>>. Acesso em: 22 ago 2017.

EVANS, Graham; NEWNHAM, Jeffrey. **The Penguin Dictionary of International Relations**. Penguin Books, 1998.

FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento: Universalização, Ressignificação e Emancipação**. 2013. 485 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

FACHIN, Melina Girardi. **Verso e Anverso dos Fundamentos Contemporâneos dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais: da localidade do nós à universalidade do outro**. 2008. 199 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, São Paulo, 2008.

FLORES, Joaquim Herrera. Direitos Humanos e Racionalidade de Resistência. **Sequência: Publicação do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC**, Florianópolis, v. 23, n. 44, p.9-29. 2002. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330>>. Acesso em: 10 out. 2017.

GAIMAN, Neil. **Sandman: Noites sem fim**. Editora Panini. 2005.

GHANDHI, Sandy. Human Rights and the International Court of Justice The Ahmadou Sadio Diallo Case. **Human Rights Law Review**, v. 11, n. 3, p.527-555, 19 ago. 2011. Oxford University Press (OUP).

GRANT, Stefanie. A dialogue of the deaf? New international attitudes and the death penalty in America. **Criminal Justice Ethics**, [s.l.], v. 17, n. 2, p.19-32, jun. 1998. Informa UK Limited.

HAAVE, Nienke van Der. The Right to Development and State Responsibility: Can States be held to Account? Amsterdam Center for International Law. **SHARES Research Paper 23**. [s.l.]. 2013. Disponível em: <http://www.academia.edu/5924038/The_Right_to_Development_and_State_Responsibility>. Acesso em: 21 set. 2017.

HUERTA, Mauricio Iván del Toro. **The Contributions of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights to the Configuration of Collective Rights of Indigenous Peoples**. 2013.. Disponível em: <www.yale.edu/documents/pdf/sela/Del_Toro.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2017.

HUERTA, Mauricio Iván del Toro. **The Contributions of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights to the Configuration of Collective Rights of Indigenous Peoples**. 2013. Disponível em: <www.yale.edu/documents/pdf/sela/Del_Toro.pdf>. Acesso em 05 Out 2017.

INMAN, Derek M. K.. The Cross-Fertilization of Human Rights Norms and Indigenous People in Africa: From Endorois and Beyond. **The International Indigenous Policy Journal**. [s.l.], p. 1-26. out. 2014. Disponível em: <<http://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1181&context=iipj>>. Acesso em: 23 set. 2017.

JINKS, Derek; GOODMAN, Ryan. How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law. **Duke Law Journal**, Durham, v. 54, n. 3, p.621-703, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol54/iss3/1/>>. Acesso em: 10 set. 2017.

JINKS, Derek; GOODMAN, Ryan. International Law and State Socialization: Conceptual, Empirical and Normative Challenges. **Duke Law Journal**, Durham, v. 5, n. 54, p.983-998,. 2005. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1247&context=dlj>>. Acesso em: 10 set. 2017.

KAMGA, Serges Alain Djoyou. **The right to development in the African human rights system: The Endorois case***. **De Jure Law Journal**, [s.l.], v. 23, p.381-391, 2011. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/journals/DEJURE/2011/23.pdf>>. Acesso em 22 Out 2017.

KOIVUROVA, Timo. Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects. **International Journal Of Minority And Groups Rights**. Leiden, p. 1-37. 2011. Disponível em: <<http://www.arcticcentre.org/loader.aspx?id=a9d1b5b3-d94b-4a94-85b5-0118a54129e0>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

KOSKENNIEMI, Martti. **FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL LAW: DIFFICULTIES ARISING FROM THE DIVERSIFICATION AND EXPANSION OF INTERNATIONAL LAW**: Report of the Study Group of the International Law Commission 58th Session. 2006. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml>. Acesso em: 13 jul. 2017.

KRASNER, Stephen D. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. **International Organization**, v. 36, n. 02, p.185-205, mar. 1982. Cambridge University Press (CUP).

LAGE, Délber Andrade. **A Jurisdicionalização e seus Impactos para a Unidade do Ordenamento Jurídico Internacional**. 2008. 172 f. Dissertação (Mestrado) -

Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

LEGRAND, Pierre. The Impossibility of 'Legal Transplants'. **Maastricht Journal Of European And Comparative Law**, v. 4, n. 2, p.111-124, jun. 1997. SAGE Publications.

LEVY, M. A.; YOUNG, O. R.; ZURN, M.. The Study of International Regimes. **European Journal Of International Relations**, v. 1, n. 3, p.267-330, 1 set. 1995. SAGE Publications.

LINDERFALK, Ulf. Cross-fertilisation in International Law. **Nordic Journal Of International Law**, v. 84, n. 3, p.428-455, 13 jul. 2015. Brill Academic Publishers.

LIXINSKI, L.. Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law. **European Journal Of International Law**, [s.l.], v. 21, n. 3, p.585-604, 1 ago. 2010. Oxford University Press (OUP). Disponível em: <<http://www.ejil.org/article.php?article=2071&issue=103>>. Acesso em: 10 set. 2017.

MARKS, Stephen. **The Human Right to Development: Between Rhetoric and Reality**. Harvard Human Rights **Journal**, Cambridge, v. 17, p.137-167, 2004. Disponível em: <http://www.hsph.harvard.edu/stephen-marks/files/2012/10/spm_the_human_right_development.pdf>. Acesso em: 12 Set 2017.

MILLER, Nathan. An International Jurisprudence? The Operation of "Precedent" Across International Tribunals. **Leiden Journal Of International Law**, v. 15, n. 3, p.483-526, set. 2002. Cambridge University Press (CUP).

MORAVCSIK, Andrew. The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe. **International Organization**, v. 2, n. 54, p.217-252. 2000. Disponível em: <<http://web.stanford.edu/class/polisci243b/readings/v0002094.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

NUNES, João Arriscado. Um novo cosmopolitismo? Reconfigurando os direitos humanos. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 15-32.

OKAFOR, Obiora Chinedu. A regional perspective: article 22 of the African Charter on Human and Peoples' Rights. In **Realizing The Right To Development: Essays in Commemoration of 25 Years of the United Nations Declaration on the Right to Development**, [s.l.] 373-374, 2013. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/PamphletsRealizing_for_TransformativeDevelopment_en.pdf>. Acesso em 30 set 2017.

OKAFOR, Obiora Chinedu. **A regional perspective: article 22 of the African Charter on Human and Peoples' Rights**. In **Realizing The Right To Development: Essays in Commemoration of 25 Years of the United Nations Declaration on the Right to Development**, [s.l.] p.373-374, 2013. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/PamphletsRealizing_for_TransformativeDevelopment_en.pdf>. Acesso em: 23 Out. 2017.

ONU. Corte Internacional de Justiça. **Atividades Militares e Paramilitares dentro e contra a Nicarágua (Nicarágua v. Estados Unidos da América)**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/case/70>>. Acesso em 13 jul 2017.

ONU. Corte Internacional de Justiça. **Caso Ahmadou Sadio Diallo (República da Guiné v. República Democrática do Congo)**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20101130-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 10 Out 2017.

ONU. Corte Internacional de Justiça. **Caso Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 10 Out 2017.

ONU. Corte Internacional de Justiça. **Caso do Camarões Setentrional (Camarões v. Reino Unido 1961-1963)**. Disponível em: <http://centrodireitointernacional.com.br/wp-content/uploads/2014/05/casos-conteciosos_1961.pdf>. Acesso em: 13 jul 2017.

ONU. Corte Internacional de Justiça. **Caso LaGrand (Alemanha v. Estados Unidos)**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/104/7738.pdf>>. Acesso em 10 Out 2017.

ONU. Corte Internacional de Justiça. **Declaração do Juiz Bruno Simma sobre o Caso da Independência do Kosovo**. Disponível em: <http://www.haguejusticeportal.net/Docs/Court%20Documents/ICJ/Advisory%20Opinion_Declaration%20of%20Judge%20Simma.pdf>. Acesso em 13 jul 2017.

ONU. Corte Internacional de Justiça. **Legalidade do Uso de Armas Nucleares. Opinião Consultiva de 8 de Julho de 1996**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 10 out 2017.

ONU. **Declaração e Programa de Ação de Viena**. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, 1993. Disponível em <<http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>>. Acesso em 10 Out 2017.

ONU. **Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento**. 1986. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em 15 Set 2017.

ONU. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>>. Acesso em: 13 jul 2017.

ONU. **Relatório de desenvolvimento das Metas do Milênio 2013**. Disponível em: <<http://www.undp.org/content/dam/undp/library/MDG/english/mdg-report-2013-english.pdf>>. Acesso em 22 ago 2017.

ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso 11.610 Loren Laroye Riebe Star e outros v. México**. 05 de Maio de 1998. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/98eng/Admissibility/Mexico%2011610.htm>>. Acesso em 20 Out 2017.

ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Opinião consultiva oc n. 16/99, de 1º de outubro de 1999 solicitada pelos estados unidos mexicanos**

o direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/21210opiniao.htm>>. Acesso em 10 Out 2017.

ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidade Yaky Axa v. Paraguai**. 17 de Junho de 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf>. Acesso em 20 Out 2017.

ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Comunidade Moiwana v. Suriname**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_145_ing.pdf> Acesso em 27 ago 2017.

ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf> Acesso em 20 Out 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Mary and Carrie Dan v. United States**. Disponível em: <<http://cidh.org/annualrep/2002eng/USA.11140a.htm>>. Acesso em 10 ago 2017.

OTIS, Ghislain; LAURENT, Aurélie. Indigenous land claims in Europe: The European Court of Human Rights and the decolonization of property. **Arctic Review On Law And Politics**, Tromso, v. 4, n. 2.

PAPAIOANNOU, Maria. HARMONIZATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW THROUGH JUDICIAL DIALOGUE: THE INDIGENOUS RIGHTS' PARADIGM. **Cambridge Journal Of International And Comparative Law**. [S.L.], p. 1037-1059. 2014.

PAREKH, Bhikhu. **Rethinking Multiculturalism**. Londres: Macmillan Press Ltd, 2000. 380p.

PASQUALUCCI, Jo, M. **The Practice and the Procedure of the Inter American Court of Human Rights**. Prefácio de Thomas Buergenthal. Cambridge. Cambridge University Press. 2003.

PELLET, Alain. The Function of the Right to Development: A Right to Self-Realization. In **Third World Legal Studies**, Valparaíso, v. 3, n. 1, p.129-136, 1984. Disponível em: <<http://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1142&context=twls>>. Acesso em: 12 Set 2017.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, [s.l.], v. 9, n. 4, p.169-200, 2 abr. 2013. Centro de Ensino Unificado de Brasília.

PIOVESAN, Flávia. DIÁLOGO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS DA REFORMA. **Revista Campo Jurídico**, [s.l.], v. 1, n. 1, p.163-186, mar. 2013. Disponível em: <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/11>>. Acesso em: 10 out. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Iusconstitutionalecommune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios / Latin American HumanRightsIusconstitutionalecomuneandtheInter-AmericanHumanRights System. **Revista Direito e Práxis**, [s.l.], v. 8, n. 2, p.1356-1388, 14 jun. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro.

PIOVESAN, Flávia. SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: IMPACTO TRANSFORMADOR, DIÁLOGOS JURISDICIONAIS E OS DESAFIOS DA REFORMA. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, [s.l.], v. 3, n. 1, p.76-101, 16 dez. 2014. Universidade Federal de Santa Maria.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIRON, Laure-Hélène. **The Right to Development: A Review of the Current State of the Debate for the Department for International Development**. 2002. Disponível em: <<http://www.odh.org.uk/sites/odh.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/2317.pdf>>. Acesso em 19 Set 2017.

PROVOST, René; SHEPPARD, Colleen. **Dialogues on Human Rights and Legal Pluralism: Human Rights Through Legal Pluralism**. Springer Netherlands, 2013. 290 p. Disponível em: <<http://www.springer.com/in/book/9789400747098>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

PUREZA, José Manuel. Direito internacional e comunidade de pessoas: da indiferença aos direitos humanos. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 73-100.

ROIG, F. Javier Ansuátegui. Human Rights and Judicial Dialogue between America and Europe: Toward a New Model of Law?. **The Age Of Human Rights Journal**, [s.l.], n. 6, p.24-41, 27 jun. 2016. Universidad de Jaen.

ROMANO, Cesare P. R.. Deciphering the Grammar of International Jurisprudential Dialogue. **New York University Journal Of International Law And Politics**, New York, v. 41, n. 4, p.755-787. 2009. Disponível em: <<http://cesareromano.com/wp-content/uploads/2015/05/Romano-Deciphering-Grammar-of-the-Jurisprudential-International-Dialogue.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

ROMANO, Cesare P.R. From the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent. **Ssrn Electronic Journal**, p.791-872, 2006. Elsevier BV.

SANDS, Philippe. Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law. **Yale Human Rights And Development Journal**, New Haven, v. 1, n. 1, p.85-106, jan. 1998. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol1/iss1/4/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol1/iss1/4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em: 10 set. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra. n. 48, p. 11-32. Junho 1997.

SEN, Amartya. **Development As Freedom**. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 2000.

SENGUPTA, Arjun K. **The Right to Development: Report of the Independent Expert on the Right to Development, Dr. Arjun Sengupta, pursuant to General**

Assembly resolution 54/175 and Commission on Human Rights resolution E/CN.4/RES/2000/5. 2000. Disponível em:

<[http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/4490c26031920601c12569610048a2a0/\\$FILE/G0015327.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/4490c26031920601c12569610048a2a0/$FILE/G0015327.pdf)>. Acesso em: 15 Set 2017.

SHANY, Yuval. **Assessing the Effectiveness of the International Courts**. Londres. Oxford University Press. 2013.

SHAVER, Lea. The Inter-American Human Rights System: An Effective Institution for Regional Rights Protection? **Washington University Global Studies Law Review**, Washington, v. 9, n. 4, p.639-676, jan. 2010. p. 642.

SLAUGHTER, Anne-marie. A Global Community of Courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, n. 1, p.191-220, 2003. Disponível em:

<<https://scholar.princeton.edu/slaughter/articles>>. Acesso em: 10 out. 2017.p. 201.

TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. **Michigan Journal Of International Law**, Lansing, v. 25, n. 4, p.999-1046, 12 fev. 2004. Disponível em: <<https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852885/regimecollisions.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos**. Brasília: Funag, 2013. 136 p.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional Dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. 663 p.; 3 v.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. The Merits of Coordination of International Courts on Human Rights. **Journal Of International Criminal Justice**, [s.l.], v. 2, n. 2, p.309-312, 1 jun. 2004. Oxford University Press (OUP). Disponível em:<<https://academic.oup.com/jicj/article-lookup/doi/10.1093/jicj/2.2.309>> Acesso em 13 jul 2017.

UNIÃO AFRICANA. **Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. 1981.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/carta-africana-dos-direitos-humanose-dos-povos-carta-de-banjul.html>>. Acesso em 10 Out 2017.

UNIÃO AFRICANA. Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos**. Disponível em:
<<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em 20 out 2017.

UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **155/96 : Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria**. Disponível em:
<http://www.achpr.org/files/sessions/30th/communications/155.96/achpr30_155_96_eng.pdf>. Acesso em 15 Out 2017.

UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **276/03 Centre for Minority Rights Development (Kenya) e Minority Rights Group (em nome do Endorois Welfare Council) v. Quênia**. Disponível em:
<<http://caselaw.ihrrda.org/pt/doc/276.03/pdf/pt/>>. Acesso em 10 Out 2017.

UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Congresso dos Povos Kantageses v. Zaire**. Disponível em:
<<http://hrlibrary.umn.edu/africa/comcases/Comm75-92.pdf>>. Acesso em 15 Out 2017.

UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities**. Disponível em:<<http://www.achpr.org/mechanisms/indigenous-populations/report-working-group/>>. Acesso em 20 Out 2017.

UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Declaração de Imprensa do caso da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos v. República do Kenya 006/2012**. Disponível em:
<<http://www.achpr.org/press/2017/05/d358/>>. Acesso em 22 ago 2017.

UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **276/03 Centre for Minority Rights for Development (Kenya) e Minority Rights Group (em nome do Endorois Welfare Council) v. Quênia**. Disponível em:
<<http://caselaw.ihrrda.org/pt/doc/276.03/pdf/pt/>>. Acesso em 10 Out 2017.

UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos v. Grande Jamahiriya Árabe Popular Socialista da Líbia**. Sumário do Caso. Disponível em: <<http://arcproject.co.uk/2016/07/case-summary-application-no-0042011-african-commission-on-human-and-peoples-rights-v-great-socialist-peoples-libyan-arab-jamahiriya/>>. Acesso em 22 ago 2017.

UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos v. Quênia**. Disponível em: <<http://en.african-court.org/images/Cases/Judgment/Application%20006-2012%20%20African%20Commission%20on%20Human%20and%20Peoples%E2%80%99%20Rights%20v.%20the%20Republic%20of%20Kenya..pdf>>. Acesso em: 20 Out 2017.

UNIÃO AFRICANA. **Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos**. Disponível em: <<http://www.african-court.org/en/index.php/12-homepage1/1-welcome-to-the-african-court>>. Acesso em 10 ago 2017.

UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Kennedy Owino Onyachi; Charles John Mwanini Njoka v. República Unida da Tanzânia**. Disponível em: <<http://www.african-court.org/en/index.php/56-pending-cases-details/869-app-no-003-2015-kennedy-owino-onyachi-and-others-v-united-republic-of-tanzania-details>>. Acesso 20 Out 2017.

UNIÃO AFRICANA.. **Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos**. Disponível em: <<http://en.african-court.org/index.php/news/press-releases/item/145-republic-of-tunisia-signs-african-court-declaration-to-allow-ngos-and-individuals-to-access-the-human-and-peoples-rights-court-directly>> .Acesso 08 ago 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Comissão das Comunidades Europeias v. Grécia. Processo C-387-97**. 1999. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CC0387&from=EN>>. Acesso em 13 jul 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-432/92 The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food ex parte: S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_29_esp.pdf>. Acesso em 10 Out 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-286/90 Anklagemyndigheden v Peter Michael Poulsen Diva Navigation Corp.** . Presidente O. Due. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/MT/TXT/?uri=CELEX%3A61990CJ0286>>. Acesso em 10 Out 2017.

VARELLA, Marcelo. O acúmulo de lógicas distintas no direito internacional: conflitos entre comércio internacional e meio ambiente. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 6, n. 71, p.1-19, 19 abr. 2005. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/514/507>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. 2013. 501 f. Tese de Livre Docência em Direito Internacional - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/186548/MVarella.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority. **Leiden Journal Of International Law**, v. 26, n. 01, p.49-72, 5 fev. 2013. Cambridge University Press (CUP).

WALDHEIM, Kurt. The emergence of the right to development. In **Realizing The Right To Development: Essays In Commemoration Of 25 Years Of The United Nations Declaration On The Right To Development**, [s.l.], n. 12, p.7-8, Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/PamphletsRealizing_for_TransformativeDevelopment_en.pdf>. Acesso em: 12 Out. 2017.