

A COMPLEMENTARIDADE PROCESSUAL DA GARANTIA CONVENCIONAL EUROPEIA*

LA COMPLÉMENTARITÉ PROCÉDURALE DE LA GARANTIE CONVENTIONNELLE

SÉBASTIEN TOUZÉ **

O princípio da subsidiariedade pode ser considerado como complementar à garantia dos direitos reconhecidos a todo indivíduo que esteja sob a jurisdição de um Estado parte da Convenção?

Esse questionamento, que decorre de uma interpretação literal da temática que me cabe tratar, gerou imediatamente em mim um mal-estar quanto à própria compreensão da noção de subsidiariedade.

Esse mal-estar não resulta do método que os organizadores deste colóquio adotaram para o abordar, mas sobretudo do nível de apreciação dessa noção, que pode conduzir a uma definição mais ou menos precisa, cujo escopo material pode variar.

Com efeito, tendo em vista os diferentes escritos sobre o tema, o princípio da subsidiariedade pode ser compreendido, primeiramente, no contexto de uma abordagem ascendente que tem como ponto de partida a análise da ordem jurídica interna do Estado parte. Assim, seguindo tal abordagem, o princípio da subsidiariedade pode retomar uma formulação utilizada por Jean-Marc Sauvé:

a expressão de uma necessidade funcional: os Estados, primeiros responsáveis pela proteção dos direitos fundamentais, são também, em muitos aspectos, os melhores para garantir uma proteção completa e eficaz a esses direitos. É essa necessidade funcional que exprimia, desde 1976, a Corte europeia de direitos humanos, ao considerar que, em certas circunstâncias, graças ao seu contato direto e constante com as forças vivas de seu país, “as autoridades do Estado se encontram, em princípio, mais bem colocadas do que o juiz internacional para se pronunciar” acerca do conteúdo das exigências da ordem pública e da necessidade de uma restrição a uma liberdade.¹

* O texto foi originalmente publicado em F. Sudre(Dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Anthémis-Némésis, Bruxelles, 2014, pp 59-86. Foi traduzido à língua portuguesa por Luisa Lobato Oliveira (E-mail: luisalobatooliveira@gmail.com) e revisado por Lucas Carlos Lima (E-mail: lclima@ufmg.br).

** Professor de Direito Público na Universidade Paris-Panthéon-Assas (Paris II), onde dirige o Master 2 em Direitos Humanos e Direito Humanitário. Diretor da Fundação René Cassin – Instituto Internacional dos Direitos Humanos. Em outubro de 2015, foi eleito membro do Comitê contra a Tortura das Nações Unidas, cargo para o qual foi reeleito em 2019, exercendo as funções de Relator e Vice-Presidente.

1 SAUVÉ, 2010, p. 3.

Essa definição entende o princípio sob uma perspectiva estritamente funcional baseada na necessidade de reconhecer a prioridade das autoridades nacionais para se pronunciar a respeito dos direitos convencionalmente garantidos. Fundada em uma interpretação da noção focalizada em um papel de repartição de competências entre autoridades nacionais e juiz europeu, essa interpretação foi retomada recentemente na Contribuição francesa ao desenvolvimento efetivo do princípio da subsidiariedade apresentada em 2012,² em que se afirma que o juiz de direito comum para o respeito dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna é o juiz nacional, único capaz de considerar a necessidade eventual de uma restrição ou de corrigir uma eventual violação.

Princípio de articulação, princípio técnico de repartição de competências ou regra de distribuição de funções e de atribuições no contexto da implementação efetiva dos direitos fundamentais, o princípio da subsidiariedade desempenharia, segundo essa abordagem, um papel de catraca, que teria, em uma engrenagem complexa, a função de manter a aplicação do direito nacional pelo juiz interno e de só permitir o controle europeu se este mesmo juiz interno forçar o mecanismo, contrariando seu funcionamento normal.

Essa abordagem funcional, se considerarmos, desta vez, apenas o nível europeu (visto aqui de maneira autônoma), é seguida, em parte, pela Corte europeia, que vê nela principalmente um princípio de articulação de competências entre autoridades nacionais e jurisdição regional. É assim que, de maneira permanente, a Corte relembra que “ela não pode substituir as autoridades nacionais competentes”.³ Essa interpretação, que foca, portanto, nas competências recíprocas, permitiu então à Corte ligar a noção de subsidiariedade ao artigo 1 da Convenção, destacando que:

a implementação e a sanção dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção cabem primeiramente às autoridades nacionais e que o mecanismo de reclamação perante a Corte assume, portanto, um caráter subsidiário em relação aos sistemas nacionais de salvaguarda dos direitos humanos.⁴

Excluindo, consequentemente, a doutrina chamada de “quarta instância”, a Corte insiste em uma partilha de competências e de papéis baseada nessa noção de subsidiariedade.⁵

O terceiro nível de apreciação da noção de subsidiariedade é frequentemente e infelizmente abandonado, esquecido... trata-se do nível interacional, nível que impõe um eixo de leitura descendente e que conduz à apreensão da noção de subsidiariedade por meio das regras de direito internacional. Apesar

2 FRANÇA, 2012.

3 CEDH, 1968, § 10.

4 CEDH, 2006b, § 140.

5 PASTRE-BELDA, 2013, p. 263. O autor fazia valer aqui a ideia de “papéis respectivos” entre a Corte e o juiz interno.

de impor uma lógica inversa à da primeira abordagem e uma metodologia mais ampla que a segunda, esse eixo é particularmente instrutivo e revela toda a insuficiência da perspectiva funcional acima evidenciada. Nesse sentido, se o princípio da subsidiariedade pode, *prima facie*, desempenhar papel tendente à racionalização das competências no âmbito da sanção do respeito às garantias convencionais, ele não pode, de forma alguma, ser limitado a esta interpretação.

O princípio da subsidiariedade “não desempenha papel”, ele é “um componente” da interpretação convencional e drena, aliás, toda a economia do sistema de controle. Ele é, portanto, difuso e não pode ser estritamente compreendido através apenas da lógica da articulação operacional entre autoridades nacionais e Corte europeia.

Nesse sentido, a noção de subsidiariedade é inerente à natureza internacional da Convenção e implica uma abordagem do mecanismo de controle instaurado através de regras do direito internacional. Não se trata, destarte, de um princípio operacional ou funcional, é um conceito de escoamento que materializa a natureza internacional do controle exercido pela Corte. A subsidiariedade revela uma forma de cooperação entre as “ordens jurídicas nem tão separadas assim e mutuamente indispensáveis”⁶ e entre as jurisdições de ordens jurídicas distintas cujas competências não podem ser exercidas isoladamente ou de maneira totalmente independente.

Essa interpretação é pouco frequente no âmbito das análises habitualmente propostas, que seguem sobretudo os dois primeiros pontos de vista. Ela proporciona, porém, um esclarecimento pertinente, bem como a percepção do tema que me foi proposto não por meio dessa ideia de “complementaridade” (que eu trato sob uma definição estritamente funcional), mas, principalmente, da “cooperação” entre ordens jurídicas fundada em uma lógica imposta pela regras do direito da responsabilidade internacional inerentes ao quadro convencional em questão.

Ademais, essa abordagem é, em muitos casos, evidenciada na jurisprudência da Corte e se encontra formalizada na jurisprudência dos órgãos jurisdicionais ou não que intervêm no âmbito da sanção dos direitos individuais internacionalmente garantidos. Não há, nesse sentido, um particularismo europeu, a noção de subsidiariedade governa a implementação de todas as convenções internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos (e não só), mas também a aplicação da responsabilidade do Estado em caso de descumprimento de suas obrigações, seja qual for o mecanismo instaurado.

A noção de subsidiariedade não é, portanto, uma particularidade do contexto europeu de proteção dos direitos humanos, ela nos relembra, de maneira incidente e através de uma abordagem dual das ordens jurídicas, que a execu-

⁶ ALLAND, 2012, p. 105.

ção das obrigações convencionais cabe primariamente às autoridades nacionais (judiciais ou não) e que apenas no caso de ausência de resposta à violação a responsabilidade do Estado poderá ser invocada e permitirá o acionamento do mecanismo de controle internacional, que deverá determinar a responsabilidade do Estado ao constatar a violação de suas obrigações. A subsidiariedade permite justificar essa lógica de implementação tanto das obrigações quanto da responsabilidade estatal. É o que destacou, muito recentemente, o presidente Jean-Paul COSTA:

o fato de que os Estados estejam vinculados à Convenção e, por isso, tenham responsabilidade internacional em relação a esse tratado internacional está longe de esgotar seus deveres e sua responsabilidade. Na verdade, eles devem, em geral, responder primeiramente perante seus próprios tribunais pelas eventuais violações da Convenção.⁷

Percebida à luz do mecanismo jurisdicional instaurado pela Convenção europeia de Direitos Humanos, essa ideia é resumida pela Corte quando ela afirma que: “ela não pode substituir as autoridades nacionais competentes, caso contrário, perderia de vista o caráter subsidiário do mecanismo internacional de garantia coletiva instaurado pela Convenção”.⁸

Essa subsidiariedade do controle europeu se baseia, então, em uma forma manifesta de dualismo, ao confirmar, em primeiro lugar, que tal controle não substitui aquele realizado pelos órgãos internos acerca da legalidade interna dos atos estatais (I) e, em segundo lugar, que a sanção que pode se materializar perante o juiz europeu está somente ligada à violação da obrigação internacional do Estado, com as consequências jurídicas internacionais que dela decorrem (II).

I. A SUBSIDIARIEDADE, PRINCÍPIO INERENTE À APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Uma vez que determinadas jurisdições regionais puderam, no passado, adotar uma abordagem voluntarista que questiona o caráter supletivo da norma internacional e relativizar, de forma mais ou menos direta, a natureza subsidiária do controle internacional,⁹ a lógica que governa originalmente a implementação do controle judicial europeu baseia-se na prevalência de uma implementação interna da obrigação internacional que envolve as autoridades do Estado, sendo o juiz interno, por sua vez, o garantidor natural da correção das violações dos direitos garantidos (A). O controle europeu, por seu turno, só intervém na

7 COSTA, 2013, p. 49.

8 CEDH, 1968.

9 Nós pensamos aqui na Corte interamericana de direitos humanos, que pôde, por um tempo, relativizar uma abordagem subsidiária do controle internacional. Ver, nesse sentido: TIGROUDIA, 2009, pp. 399-401.

hipótese em que o Estado poderá ser responsabilizado porque, apesar da intervenção do juiz interno, persiste a violação da obrigação (B).

A. O CONTROLE INTERNO DA VIOLAÇÃO DA OBRIGAÇÃO CONVENCIONAL

1. O CONTROLE JUDICIAL INTERNO, ELEMENTO DE EXECUÇÃO INTERNA DAS OBRIGAÇÕES CONVENCIONAIS DO ESTADO

A subsidiariedade nos foi previamente apresentada em sua dimensão normativa.¹⁰ Vista de maneira mais ampla, é necessário constatar que a lógica subsidiária imposta pela Convenção pressupõe a execução interna das obrigações convencionais pelas autoridades nacionais. Essa execução é multifacetada e exige que os direitos constitucionalmente garantidos sejam plena e efetivamente respeitados no contexto das relações jurídicas entre os indivíduos e as autoridades do Estado.

O papel do juiz, assim como o das autoridades em geral, foca, portanto, em tal execução e no respeito aos compromissos assumidos pelos Estados. Ele deve, enquanto órgão do Estado, preservar o respeito dos direitos e, em caso de violação de um deles, constatar esta violação e restabelecer, aplicando o direito interno, a legalidade conforme as obrigações que decorrem da Convenção.

Não se trata, destarte, de ter um “melhor posicionamento geográfico” do que o do juiz europeu para avaliar se o direito individual foi respeitado ou se a restrição é necessária, mas de ressaltar a definição da obrigação convencional independente de sua natureza, se positiva ou negativa. O juiz participa da execução interna desta última e também tem um papel ativo no contexto da resposta eventual às violações. Isto é claramente ressaltado na Declaração de Brighton, que dispõe:

A plena implementação da Convenção a nível nacional pressupõe que os Estados partes tomem medidas efetivas para prevenir as violações. Todas as leis e políticas devem ser concebidas e todos os agentes públicos devem exercer suas responsabilidades de uma maneira que dê aplicação plena à Convenção. Os Estados partes devem também prever vias recursais para as alegadas violações da Convenção. As jurisdições e instâncias nacionais devem levar em consideração a Convenção e a jurisprudência da Corte.

O juiz interno é, então, dotado de três funções governadas pela lógica de subsidiariedade sobre a qual repousa a aplicação das obrigações convencionais.

A primeira função é a de implementar o direito nacional e de garantir a legalidade das medidas internas. Sob a lógica imposta pelo artigo 53 da Convenção, o direito interno é aquele que será primariamente aplicado pelo juiz interno

10 Ver a contribuição de R. DE GOUTTES.

para sancionar eventuais violações dos direitos individuais. Caso constatada violação, nasce uma relação de responsabilidade interna cujas consequências serão definidas pelas regras jurídicas nacionais. Assim, o juiz interno dispõe de poderes para remediar as violações dos direitos e deve, por meio da anulação ou por injunção,¹¹ por exemplo, restabelecer, se necessário, a legalidade interna.

A segunda função está ligada à primeira e se baseia na aplicação, pelo juiz interno, do direito interno conforme às obrigações convencionais assumidas pelo Estado.¹² Ao participar do processo de implementação destas, a ação do juiz deve conduzir ao controle do respeito à legalidade, evidentemente, mas também e sobretudo da convencionalidade, em uma medida individual capaz de descumprir as obrigações aceitas pelo Estado. A respeito dessa função, que revela uma competência limitada do juiz nacional, há dois obstáculos importantes com que este se pode confrontar. O primeiro refere-se à sua competência, o segundo, à prevalência conferida ao direito interno.¹³

No que se refere à competência do juiz, não é preciso dizer que a convencionalidade da aplicação da regra interna pressupõe uma habitação expressa em favor do juiz e, se essa é confirmada, a existência de meios de direito capazes de conduzir o juiz nacional a realizar tal exame. Sendo assim, não é incomum que o juiz interno seja estritamente limitado, sob a égide do aparelho normativo à disposição, apenas à aplicação e à interpretação do direito interno. Nesse caso, se o direito interno parece estar em contradição com a Convenção, independente da existência de uma medida individual, a violação não poderá ser remediada.

Da mesma forma, é também necessário que o fundamento de uma violação da Convenção possa ser, ao mesmo tempo, invocado e recebido pelo juiz interno (conforme o artigo 13 da Convenção, ver *infra*). Caso negativo, ou em caso de silêncio das partes, o juiz não poderá realizar o controle de convencionalidade e concretizará, ante a ausência de meios concretos, a violação.

A terceira função que pode ser evidenciada é a de sancionar, se preciso, a medida interna contrária aos direitos humanos sob a fundamento da Convenção. Trata-se, finalmente, de conferir ao juiz interno o papel de “juiz ordinário” e de “juiz e direito comum” da Convenção, que lhe é atribuído, continuadamente, pela jurisprudência europeia. Entretanto, também aqui a função do juiz será tributária das competências que lhe são atribuídas pelo direito interno (bem como de “sua sensibilidade” convencional¹⁴) e infelizmente não poderá,

11 FRANÇA, 2003, p. 30.

12 CEDH, 2008, § 42. “A Corte europeia de direitos humanos entende desempenhar um papel subsidiário em relação aos sistemas nacionais de proteção dos direitos humanos (...), e é desejável que os tribunais nacionais tenham inicialmente a possibilidade de tratar das questões de compatibilidade do direito interno com a Convenção. Se uma petição é, a despeito disso, apresentada em seguida a Estrasburgo, a Corte europeia deve poder se beneficiar das opiniões desses tribunais, que estão em contato direto e permanente com as forças vivas de seu país.

13 No mesmo sentido: SUDRE, 2000, pp. 824-825.

14 Assim como de sua formação jurídica. Ver, nesse sentido: CONSELHO DA EUROPA, 2012, §

em diversos casos, permitir que ele desempenhe efetivamente o papel que lhe é reservado. Ademais, no âmbito da Declaração de Brighton constatou-se este fato, que deve levar a:

encorajar as jurisdições e instâncias nacionais a considerar os princípios pertinentes da Convenção, no que se refere à jurisprudência da Corte, ao conduzir seus procedimentos e elaborar suas decisões e dar-lhes os meios; e, em particular, permitir às partes do litígio - nos limites apropriados do procedimento judicial nacional, mas sem obstáculo inútil - chamar a atenção das jurisdições e instâncias nacionais sobre todas as disposições pertinentes da Convenção e a jurisprudência da Corte.¹⁵

Esse encorajamento é repleto de sentido e relembra que o juiz interno, embora continue sendo o juiz de direito comum da Convenção, não pode, sem contribuir com a execução da violação da Convenção, excluir os fundamentos de sua violação, escondendo-se por trás do direito interno. Cabe a ele, na verdade, como a Corte pôde afirmar em diversas ocasiões, basear-se nos fundamentos retirados da Convenção para sancionar, se preciso, as medidas individuais contrárias aos direitos garantidos.¹⁶

Convém, todavia, ressaltar que o juiz nacional é apenas um dentre outros órgãos no aparelho institucional estatal e que sua ação, dependente da de outros órgãos internos, continua focada no âmbito contencioso. Nesse sentido, apesar de ele dever poder dispor dos meios necessários ao cumprimento de suas obrigações sob a Convenção, é também preciso que os meios procedimentais existam no nível interno e lhe permitam cumprir efetivamente essa necessária função de correção. O enunciado pela Declaração de Brighton “nos limites apropriados do procedimento judicial nacional, mas sem obstáculo inútil” o destaca de maneira bastante clara. É desta forma que surge uma materialização suplementar da noção de subsidiariedade, por meio da exigência do artigo 13 da Convenção acerca de recursos internos efetivos. Confirmando novamente a ideia de uma aplicação transversal da noção de subsidiariedade, isso permite também ressaltar que o direito a um recurso efetivo “reflete (...) o papel fundamental dos sistemas judiciários nacionais para o sistema da Convenção”.¹⁷ Desse modo, assim como destacou recentemente o Comitê de Ministros do Conselho da Europa: “ao contribuir para a resolução das alegações de violações da Convenção no âmbito nacional, o direito a um recurso efetivo é primordial para a aplicação prática do princípio de subsidiariedade.¹⁸

9, let. c, ponto vi.

15 Ibid. § 9, let. c, ponto iv.

16 CEDH, 2012a, § 52.

17 CONSELHO DA EUROPA, 2013, p. 2.

18 Ibid.

O direito a um recurso efetivo deve, portanto, ser percebido como uma obrigação jurídica imposta ao Estado para manter e consolidar o caráter subsidiário do controle europeu. Direito reconhecido pela Convenção ao indivíduo, o direito a um recurso efetivo participa plena e inteiramente da efetividade de uma garantia subsidiária dos direitos humanos e contribui para a implementação interna da obrigação convencional.

No caso *Kudla v. Polônia*, a Corte pôde precisá-lo ao lembrar que:

Como se denota dos trabalhos preparatórios (Coleção dos Trabalhos preparatórios da Convenção europeia de direitos humanos, vol. II, pp. 485 e 490 e vol. III, p. 651), o objeto do artigo 13 é fornecer um meio através do qual os jurisdicionados possam obter, a nível nacional, o endereçamento das violações de seus direitos garantidos pela Convenção antes de acionar o mecanismo internacional de reclamações perante a Corte.¹⁹

Em outras palavras, como a Corte afirma nesse mesmo caso:

Em virtude do artigo 1 (que dispõe: “as Altas Partes contratantes reconhecem a toda pessoa sob sua jurisdição os direitos e liberdades estabelecidos no título I da presente Convenção”) são as autoridades nacionais as primariamente responsáveis pela implementação e pela sanção dos direitos e liberdades garantidos. O mecanismo de reclamação perante a Corte assume, portanto, um caráter subsidiário em relação aos sistemas nacionais de salvaguarda dos direitos humanos. Essa subsidiariedade se exprime nos artigos 13 e 35 § 1 da Convenção.²⁰

O artigo 13 da Convenção “forma de salvaguarda dos direitos consagrados pela Convenção”²¹, revela a natureza subsidiária da implementação efetiva da obrigação interna e, ao abrigo da definição de uma obrigação positiva a cargo do Estado, deve permitir o oferecimento ao juiz nacional (assim como ao indivíduo) dos meios eficazes (e úteis) para responder à alegada violação de um direito garantido. Nesse sentido, o artigo 13 impõe ao Estado uma obrigação complexa, cuja execução reside na instauração, por meio do direito interno do Estados, de meios procedimentais que permitam ao indivíduo fazer valer o respeito dos direitos garantidos, em conformidade com as obrigações substanciais enunciadas pela Convenção. A coordenação previamente definida consiste na realização da obrigação do Estado de definir as modalidades predeterminadas de implementação para garantir a convencionalidade interna de um ato e/ou de uma medida adotada como forma de aplicação do direito do Estado. A regra pressupõe a efetivação interna de uma obrigação positiva de natureza procedural com a finalidade de respeito a uma obrigação substancial. Em caso de desrespeito da obrigação procedural, se concretizará uma violação da obrigação substancial que acarretará o direito de ação no âmbito da respon-

19 CEDH, 2000, § 152.

20 Ibid.

21 SUDRE, 2012, p. 496.

sabilidade internacional do Estado. Esta regra, que não é própria do contexto convencional europeu, também baseia a exigência posta pela regra internacional, de exaustão dos recursos internos. Esta última também materializa a subsidiariedade na compreensão da relação entre o controle interno e o controle internacional do respeito aos direitos garantidos.

2. A LÓGICA ORIGINALMENTE SUBSIDIÁRIA IMPOSTA PELO ESGOTAMENTO PRÉVIO DOS RECURSOS INTERNOS

Quando do caso *Kudla v. Polônia*, a Corte ressaltou justamente que a noção de subsidiariedade servia à interpretação do direito consagrado pelo artigo 13 e permitia justificar a exigência de esgotamento prévio dos recursos internos posta pelo artigo 35 § 1 da Convenção.

Regra de origem internacional, o esgotamento dos recursos internos baseia-se em uma lógica subsidiária de efetivação da obrigação internacional que os Estados aceitaram ao aderir à Convenção europeia de direitos humanos.

De natureza mista²² e disponível²³, essa regra reafirma que o Estado deve, aplicando seu direito e conforme seus procedimentos internos (cuja efetividade é avaliada através de critérios fixados no âmbito da interpretação do artigo 13 da Convenção²⁴), reestabelecer e, se necessário, reparar uma violação de um direito individual.²⁵ O controle jurisdicional aparece, nesse sentido e por meio da subsidiariedade que o governa, como um elemento, substancial e procedural, de prevenção da efetivação da violação de um direito garantido e deve permitir, tanto quanto possível, que se evite a concretização do ato internacionalmente ilícito cujo efeito gera sua responsabilidade internacional.

Nesse espírito, a regra de esgotamento dos recursos internos relembra que a constatação de uma violação deve ser - e deve poder ser - realizada primariamente pelo juiz interno, conforme sua vocação original sob a Convenção.²⁶

22 TOUZÉ, 2007, pp. 416-429.

23 Ela pode ser afastada a pedido do Estado demandado.

24 CEDH, 1999, § 74 : “A Corte destaca que a finalidade do artigo 35 é permitir que os Estados contratantes possam prevenir ou remediar as violações alegadas contra si antes que essas violações sejam submetidas aos órgãos da Convenção (...). Os Estados não podem, portanto, responder por seus atos perante um organismo internacional antes de ter tido a possibilidade de resolver a situação em sua própria ordem jurídica interna. Essa regra se baseia na hipótese, objeto do artigo 13 da Convenção - com o qual ela apresenta estreitas afinidades - de que a ordem interna ofereça um recurso efetivo quanto à violação alegada. Dessa forma, ela constitui um aspecto importante do princípio, desejando que o mecanismo de salvaguarda instaurado pela Convenção seja revestido de um caráter subsidiário em relação aos sistemas nacionais de garantia dos direitos humanos.

25 CEDH, 1996a; CEDH, 1996b.

26 CEDH, 2009a, § 164 : “é do interesse do requerente e da eficácia do mecanismo da Convenção que as autoridades internas, que são as mais bem localizadas para o fazer, tomem medidas para responder aos alegados descumprimentos da Convenção.”

Duas previsões devem, entretanto, ser apresentadas em relação à interpretação da regra do artigo 35 § 1. Esta certamente impõe uma obrigação positiva ao Estado de prever recursos úteis e eficazes para remediar, perante o juiz interno, as eventuais violações da Convenção²⁷, porém ela não está limitada somente a esse aspecto. Assim, conforme a lógica subsidiária que governa a economia da regra, também cabe ao requerente invocar uma violação de um direito perante o juiz nacional de forma a possibilitar que este responda à violação caso ela exista.²⁸

Em relação a essa exigência, a Corte, no contexto de uma interpretação *pro victimis*²⁹, pôde considerar que bastava que os fundamentos de uma violação de um direito garantido pela Convenção fossem invocados “em substância” perante o juiz interno.³⁰ Essa generosidade interpretativa pôde ser analisada de forma diferente pelos doutrinadores³¹ diante da potencial rediscussão da subsidiariedade do controle europeu que ela gerava, na medida em que relativizou, em muitos casos, a autonomia da avaliação do juiz nacional. Com efeito, como destacou o governo francês, “se essa jurisprudência, muito protetora dos requerentes, é certamente nobre de princípios, ela induz, às vezes, a efeitos indesejáveis, por ser a invocação “em substância” tão rígida que priva as jurisdições nacionais da possibilidade de se pronunciar acerca da suposta queixa de violação da Convenção”.³²

Essa crítica, compartilhada por Frédéric SUDRE³³, revela uma relativização da natureza subsidiária do controle europeu, que poderia, portanto, em

27 CEDH, 2006a, § 69: “A Corte relembra que a regra de esgotamento dos recursos internos, prevista pelo artigo 35 § 1 da *Convenção*, visa permitir que os Estados contratantes possam prevenir ou remediar as violações alegadas contra si antes que a Corte seja acionada. Esta regra impõe, portanto, aos requerentes a obrigação de utilizar previamente os recursos oferecidos pelo sistema jurídico de seu país, dispensando assim os Estados de responder por seus atos perante a Corte europeia. A regra do artigo 35 § 1 se baseia, entretanto, na hipótese de que a ordem interna oferece um recurso efetivo quanto à violação alegada”.

28 CEDH, 2008 § 36: “a regra do esgotamento dos recursos internos prevista pelo artigo 35 § 1 da *Convenção* impõe, assim, aos requerentes a obrigação de utilizar previamente os recursos normalmente disponíveis e suficientes na ordem jurídica interna para que eles possam obter reparação das violações que alegam”.

29 MARGUENAUD, 2012, p. 10.

30 A própria Corte chega a se contentar com uma “reclamação equivalente”. Ver: CEDH, 1980.

31 Françoise Tulkens destacou, então, que: “no que tange às condições de admissibilidade das petições, no espírito de uma interação fortalecida com as jurisdições nacionais (embora evitando a simples deslocação dos problemas), alguns estimam que a Corte deveria garantir um respeito mais escrupuloso à regra de esgotamento dos recursos internos e, assim, prestar atenção mais detida ao princípio da subsidiariedade. Isso, por exemplo, quando do exame de se a questão fora levantada perante as jurisdições nacionais. Ver: TULKENS, 2014, p. 270.

32 Contribuição francesa para o desenvolvimento efetivo do princípio da subsidiariedade, op. cit., § 10.

33 SUDRE, 2012, p. 794 : “O espírito do artigo 35 ordena, segundo a nossa visão, a salvaguarda da necessária autonomia do juiz nacional, a menos que se reconheça o caráter subsidiário do mecanismo da *Convenção*”.

diversos casos, interferir indevidamente em um debate jurídico estritamente interno resolvido pelas jurisdições nacionais. Em consequência, a subsidiariedade deve permitir, em favor do juiz interno, uma capacidade de avaliação da oportunidade e da pertinência da admissão das reclamações baseadas em uma violação da Convenção. Ela apenas pode ser colocada novamente em pauta se esse não pôde, concreta e efetivamente, conhecer dessas reclamações e prosseguir, quando necessário, para a constatação da violação.

A lógica subsidiária parece, contudo, ser recolocada em primeiro plano pelo protocolo 15, que, é certo, a insere explicitamente no preâmbulo da Convenção, mas também - e sobretudo - pelo protocolo 16, por meio do procedimento de opiniões consultivas que podem ser solicitadas por uma jurisdição superior nacional à Corte europeia em se tratando de um caso que aborde um problema baseado em uma interpretação de uma disposição convencional. Isto é, ainda, claramente ressaltado pela Corte europeia em sua opinião de 6 de maio de 2013, quando ela pôde relembrar que o objetivo do protocolo é o de implementar a Convenção em conformidade com o princípio da subsidiariedade³⁴, ao insistir no fortalecimento do papel das jurisdições nacionais na implementação das obrigações convencionais.

A lógica subjacente baseia-se em dois imperativos jurídicos.

O primeiro está relacionado ao fortalecimento da cooperação entre os órgãos jurisdicionais nacionais e europeus. Cooperação esta já evocada e que tinha sido, no âmbito da jurisprudência da Corte, parcialmente relativizada em prol de uma abordagem supletiva.

O segundo permite ressaltar que a própria essência do recurso interno leva à definição do juiz nacional como o elo final de uma cadeia institucional e decisional que, no âmbito interno, deve permitir a aplicação efetiva das obrigações convencionais. Apenas na hipótese em que a cadeia seja rompida pela inexecução efetiva das obrigações do Estado se materializaria o fato ilícito suscetível de gerar a responsabilidade internacional do Estado. O acionamento da Corte deve ser visto como dependente do nascimento dessa violação, única que pode sequer conceber um controle europeu.

B. O CONTROLE EUROPEU, MECANISMO DE IMPLEMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DE SUAS OBRIGAÇÕES CONVENCIONAIS.

Afirmar que o controle europeu deve ser subsidiário parece ser tautológico e é verdade que a noção de subsidiariedade está impregnada e aparece inclusive de maneira explícita na jurisprudência da Corte. O fato é que, para

34 CEDH, 2013a, § 4. Ver também: CEDH, 2013b, p. 3, § 9.

além das aparências, revela-se um controle que, por suas variações, a pode desestabilizar e recolocar, em certa medida, em pauta.

1. O CONTROLE SUBSIDIÁRIO DO RESPEITO ÀS OBRIGAÇÕES CONVENCIONAIS?

O controle da Corte não é um controle complementar ao que é exercido pelo juiz nacional. É um controle cuja função é, primariamente, assegurar a coordenação entre um direito de origem interna e um direito de origem convencional.

Com efeito, afirmar a existência de uma complementaridade supória, no mínimo, que o objeto e as finalidades do controle europeu são idênticos. Embora seja inegável que o objetivo geral é realmente garantir os direitos consagrados na Convenção, é importante ressaltar que o controle europeu visa apenas determinar se a responsabilidade do Estado pode ser invocada em caso de constatação de uma violação de suas obrigações convencionais e definir as consequências jurídicas dessa violação. O controle não foca, portanto, na aplicação da regra de direito interno ou da responsabilidade de uma ou de outra autoridade nacional. Ele se baseia na determinação da conformidade ou não do comportamento estatal (de maneira geral) com a obrigação internacional e na definição das consequências do desrespeito a esta.³⁵

Assim, o recurso individual consagrado pelo artigo 34 da Convenção aparece como um meio de invocar a responsabilidade internacional do Estado em um contexto jurídico limitado pelo campo de aplicação da Convenção. Há dois níveis distintos a serem considerados: o nível interno e o nível internacional.

O primeiro evidencia, através do não-reconhecimento de direitos individuais na aplicação do direito interno, uma responsabilidade do Estado no direito interno.

O segundo, em caso de falha do juiz nacional em remediar a violação do direito individual, uma responsabilidade internacional pelo desrespeito de sua obrigação convencional de respeito e proteção, no direito interno, dos direitos garantidos.³⁶ Em relação a esse segundo nível, a competência da Corte se baseia na separação entre a reclamação interna e aquela sobre a qual ela deve se pronunciar no plano internacional.

35 CEDH, 1994, § 44 : “Em princípio, não cabe à Corte avaliar, por ela mesma, os elementos factuais que conduziram uma jurisdição nacional a adotar tal decisão e não outra, sob reserva do exame de compatibilidade com as disposições da Convenção. Se não, ela se ergueria como juiz de terceira ou quarta instâncias e ignoraria os limites de sua missão”. No mesmo sentido, ver: CEDH, 2007, § 25.

36 RASPAIL, 2013, p. 473.

Consequentemente, a Corte apenas poderá ser acionada por uma suposta “vítima internacional” de uma violação³⁷, em direito interno, dos direitos de que o Estado deve efetivamente garantir o respeito. Por meio dessa exigência, a Convenção impõe à pessoa privada o ônus de demonstrar a existência de um interesse de agir e deve excluir, em princípio, quaisquer recursos que visem examinar *in abstracto* uma lei nacional.³⁸ Através dessa concretização do caráter subsidiário do controle europeu, a regra faz com que, de uma parte, a Corte não tenha, segundo a Convenção, competência para se pronunciar de maneira direta sobre a validade³⁹ de uma norma interna (e ainda menos de proceder à sua anulação) e, de outra parte, na ausência de medida individual de aplicação interna da lei⁴⁰, o controle internacional da Corte, que permitiria verificar o respeito à obrigação convencional, não possa ser exercido.

A Corte europeia, destarte, não anula os atos internos contrários à CEDH (contrariamente ao juiz interno), ela apenas será competente para verificar o respeito à obrigação convencional do Estado no âmbito das relações jurídicas reais entre as autoridades nacionais e o indivíduo. Por essa razão, a subsidiariedade exclui toda ideia de complementaridade jurisdicional: não há prolongamento da petição interna a nível internacional. Reconhecer o contrário seria conferir à Corte europeia um papel de quarta instância cuja materialização nem a Convenção nem a jurisprudência podem autorizar.⁴¹

O objeto do controle europeu deve, por conseguinte, abranger apenas a determinação, à luz dos elementos pertinentes do caso, da convencionalidade das medidas adotadas pelo Estado no contexto da margem de apreciação que lhe é reconhecida em virtude do princípio da subsidiariedade⁴². A Corte o pôde destacar em múltiplas ocasiões e considerou regularmente que:

no exercício de seu poder de controle, a Corte não tem a função de substituir as jurisdições nacionais, mas lhe cabe verificar, à luz do conjunto do caso, se as decisões que elas proferiram em virtude de seu poder de apreciação se conciliam com as disposições da Convenção invocadas.⁴³

37 SANTULLI, 2004.

38 CEDH, 1962.

39 Por vezes relativizado quando parecer que a origem interna da violação da obrigação convencional resulta da promulgação de uma lei contrária às obrigações convencionais do Estado.

40 CEDH, 1987.

41 Declaração final da Conferência de Interlaken, em que a Corte foi convidada: “a evitar reexaminar as questões de fato ou de direito interno que haviam sido examinadas e decididas pelas autoridades nacionais, em conformidade com sua jurisprudência, segundo a qual ela não é um tribunal de quarta instância”. Ver também o discurso de Jean-Claude MIGNON, Presidente da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa na Conferência de Brighton, em 19 de abril de 2012.

42 CONSELHO DA EUROPA, 1996, § 9.

43 CEDH, 2012b, § 59.

Assim, o controle da Corte foca, a título principal, na determinação do respeito ao engajamento convencional e, no caso em que a disposições da Convenção remetem explicitamente à aplicação do direito interno, na conformidade de sua aplicação com as obrigações impostas pela Convenção.

Evidentemente, a jurisprudência da Corte nesse sentido é flutuante e pôde, em muitos casos, gerar uma substituição cujo efeito é relativizar a noção de subsidiariedade.

2. A DIMENSÃO VARIÁVEL DO CONTROLE JUDICIAL COMO RELATIVIZAÇÃO DO CARÁTER SUBSIDIÁRIO DO CONTROLE EUROPEU

A redação do protocolo nº 15 e as razões políticas que conduziram à sua elaboração não podem, de forma alguma, ocultar o fato de que, no âmbito da interpretação convencional, a Corte europeia adotou, regularmente, posições que recolocavam em pauta a subsidiariedade do controle europeu⁴⁴. Nesse sentido, as reações estatais, talvez exacerbadas na forma, baseavam-se, para além de uma inegável conotação política, em argumentos jurídico essenciais fundados em diversas constatações.⁴⁵

A primeira constatação decorre de uma desnaturação substancial do controle da Corte por meio da continuada redução da margem nacional de apreciação na aplicação interna das obrigações convencionais. Difusa, mas muito visível, essa tendência se materializava nos casos em que a Corte europeia, através da definição de um denominador comum, reduzia a margem de apreciação dos Estados na implementação dos direitos garantidos, isso em diversos domínios e por meio de métodos intervencionistas de interpretação.

A interpretação evolutiva em particular, através de uma redefinição constante da obrigação convencional, não permite que os juízes internos desenvolvam uma interpretação convencional, na medida em que esta é frequentemente desnaturada por uma redefinição constante do direito individual e da obrigação correlata. Nesse sentido, o desenvolvimento pretoriano da jurisprudência *Airey*⁴⁶, embora totalmente defensável no mérito (à luz do contexto material do contencioso europeu), pode apenas implicar a ilegitimidade convencional que é sinônimo da violação *quasi* sistemática das obrigações convencionais pelo juiz interno. De maneira análoga, a extensão das obrigações positivas sem definição prévia real coloca as autoridades internas, particularmente o juiz nacional, em uma situação de total incapacidade de exercer seu papel e suas competências.

A segunda constatação é resultado da rediscussão regular da autonomia legislativa (e convencional) do Estado pelo desenvolvimento de um controle *in*

44 PASTRE-BELDA, 2013, p. 253.

45 BURGORGUE-LARSEN, 2012, pp. 10-12.

46 CEDH, 1979.

abstracto incompatível, de maneira geral, com o caráter subsidiário do mecanismo jurisdicional europeu. Assim, convém ressaltar, como o faz o projeto e Protocolo 15, que o controle da corte deve determinar se as decisões individuais tomadas pelas autoridades nacionais conforme sua margem de apreciação são compatíveis com a Convenção. Não se trata, portanto, de tornar o controle da corte um controle de legalidade interna, mas de se manter apenas no terreno da convencionalidade. Evidentemente, nuances desse ponto devem ser destacadas, uma vez que exceções se revelaram no contencioso europeu.

Esse é, evidentemente, o caso da hipótese em que a lei nacional não foi aplicada pelo juiz interno e em que sua mera existência é apresentada como não-convencional pelo requerente.⁴⁷ Nesse caso, a jurisprudência pôde certamente admitir a admissibilidade dos recursos⁴⁸, notadamente por meio da definição da noção de “vítima potencial”, todavia cabe ressaltar que a Corte pode se permitir “julgar abstratamente apenas as regras que já puseram em risco, devido à sua existência, sujeitos internos-vítimas que, apesar de virtuais, permitem que a Corte pelo menos guarde as aparências.”⁴⁹

Da mesma forma, o controle da Corte, em relação à lei interna, apenas poderá ser exercido *prima facie* e não deverá, de maneira alguma, conduzir a uma sanção dessa.⁵⁰ A Corte pôde, porém, no contexto das violações sistemáticas, desenvolver uma abordagem mais intrusiva por meio do procedimento dos casos-pilotos. Entretanto, cabe ressaltar aqui que o caráter subsidiário do controle continua, sendo apenas superado pelo jogo de poder de injunção pontual que a Corte pôde reconhecer a si, sem, com isso, repetí-lo de maneira discutível. Trata-se, ainda, no que tange a esse aspecto, de uma observação que visa sobretudo à implementação das consequências da constatação da violação da obrigação convencional.

II. A SUBSIDIARIEDADE, PRINCÍPIO DE COORDENAÇÃO DA IMPLEMENTAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DA CONSTATAÇÃO DE VIOLAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CONVENCIONAIS

O caráter subsidiário do controle europeu, sob uma perspectiva de coordenação, pressupõe que a constatação da violação sobre a qual pode se desenvolver o exame da Corte baseia-se na existência de um fato interno convencio-

⁴⁷ Pode-se, ainda assim, ver aqui uma violação de uma obrigação de comportamento normativo, obrigação cuja execução apenas poderá ser verificada pelo órgãos internos e que não poderá ser examinada pela Corte, exceto em caso de existência de medidas individuais. RASPAIL, 2013, p. 473.

⁴⁸ Estritamente condicionada aos casos de existência interna de controle de constitucionalidade. Ver, nesse sentido, no caso das leis de habitação: COMITÊ EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, 1976, p. 128.

⁴⁹ RASPAIL, 2013, p. 474.

⁵⁰ Ibid.

nalmente ilícito (A) cujas consequências decorrem do direito internacional da responsabilidade (B).

A. A CONSTATAÇÃO DA VIOLAÇÃO OU A NATUREZA SUBSIDIÁRIA DA SENTENÇA DA COTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

1. O OBJETO DA CONSTATAÇÃO DA VIOLAÇÃO, INDICADOR MATERIAL DA SUBSIDIARIEDADE DO CONTROLE EUROPEU

A constatação da violação se baseia no estabelecimento da existência de um “fato interno convencionalmente ilícito”. Intervindo como juíza da única sanção convencional, a Corte europeia deve limitar seu controle e apenas poderá constatar a ausência de conformidade da medida individual interna. O juiz europeu só poderá, portanto, se pronunciar sobre a violação ou não da obrigação internacional, que supõe, conforme o princípio da subsidiariedade, uma obrigação de resultado que deixe ao Estado, conforme a margem de apreciação de que ele dispõe, a escolha dos meios internos a fim de a aplicar.

Certamente, seguindo o desenvolvimento da teoria das obrigações positivas, pode ser que a constatação da violação possa ser avançada pela Corte se parecer que o Estado, em seu direito interno, não respeitou os meios para cumprir sua obrigação convencional.

No entanto, para além dessa distinção entre obrigação de resultado e obrigação de meio, a constatação da violação foca na violação da obrigação jurídica e não deixa qualquer espaço, na determinação da ilegalidade eventual, à noção de culpa e ainda menos à de dano. A constatação da violação formaliza, então, o reconhecimento pela Corte da violação da obrigação do Estado e a responsabilidade objetiva deste.

Essa precisão é importante e permite destacar que, por conseguinte, a constatação da violação não acarreta qualquer anulação, censura ou invalidade da medida interna. O juiz europeu, em princípio, não se afasta, de qualquer maneira, das regras geralmente aplicadas no âmbito judicial internacional, as quais preservam a ideia de que o objeto da causa foca em uma abordagem objetiva da determinação do respeito à licitude.

Esse princípio encontra, todavia, limites na jurisprudência europeia, que, sem recolocar em pauta essa limitação importante de sua competência, pôde relativizar o alcance da sentença ao impor, através da constatação da violação, obrigações substanciais distintas daquelas que decorrem naturalmente dela.

É nesse sentido que se deve interpretar as sentenças da Corte que basearam a constatação de violação no desrespeito a obrigações que não constam do texto da Convenção e que, em certos casos, tinham sido inclusive explicitamente rejeitadas pelo Estado demandado. Foi o que ocorreu quando a

Corte, baseando-se apenas em uma tendência geral observada a nível internacional, pôde interpretar a Convenção no sentido de um desenvolvimento normativo que, no âmbito externo, conduziu o Estado demandado a se recusar a estar vinculado a obrigações específicas que, contudo, se encontram, por via da interpretação da Convenção, incluídas nesta.⁵¹

Abordando aqui o contexto específico da subsidiariedade, a Corte pôde vincular indiretamente à constatação de violação efeitos jurídicos que vão além das consequências “normais” da sentença. A constatação da violação se torna meio de concretizar a oponibilidade das obrigações convencionais distintas das quais que decorrem da responsabilidade do Estado.

Essa tendência, confirmada pelo argumento recorrente (e fundamentado) do desenvolvimento de uma jurisprudência legislativa⁵², constitui, certamente, uma recolocação em pauta da subsidiariedade no que ela tem de mais fundamental. Ela negligencia o aspecto essencial segundo o qual a liberdade convencional do Estado está na base do sistema e permite a concretização efetiva da obrigação convencional, o que é uma condição *sine qua non* da realização dos direitos garantidos na ordem jurídica interna. Em adição, ela recoloca em discussão a confiança legítima dos Estados no sistema convencional, o que, como vimos, pode conduzir à sua desestabilização e à sua denúncia.

2. A AUTORIDADE RELATIVA DA COISA JULGADA, INDICADOR SUBSTANCIAL DA SUBSIDIARIEDADE DO CONTROLE EUROPEU

Revestido da autoridade relativa da coisa julgada⁵³, a sentença da corte confirma, por si só, a existência de diversos elementos essenciais para a natureza subsidiária do controle judicial europeu e para a ideia de coordenação acima destacada. Alguns desses elementos puderam, apesar disso, em diversas oportunidades, sofrer grandes relativizações no contexto de algumas sentenças da Corte.

É importante lembrar que, conforme o artigo 41 da Convenção, as sentenças da Corte são, como as decisões das jurisdições internacionais⁵⁴, revestidas da autoridade da coisa julgada e de escopo meramente declaratório. Assim, a autoridade da Corte europeia “para dizer o direito (...) não é acompanhada, como é sistematicamente o caso no direito interno, do poder de executar esta sentença: segundo a formulação bem conhecida, “a sentença internacional é juridicamente obrigatória; ela nunca é executiva”⁵⁵.

51 CEDH, 2006c.

52 MAESCHERM, 1998, p. 24.

53 A coisa julgada é limitada às partes, à causa e ao objeto do processo. Ver: SENTULLI, 2005, p. 474, § 819.

54 CALDEIRA BRANT, 2005, p. 142.

55 FLEURY GRAFF, 2013, p. 167.

As obrigações advindas da constatação de violação se baseiam em uma lógica subsidiária e caberá ao Estado realizá-las efetivamente em sua ordem jurídica interna. As obrigações assim surgidas devem ser interpretadas como qualquer outra obrigação convencional, com a ressalva, porém, de que elas implicam igualmente a aplicação de regras do direito da responsabilidade internacional.

O caráter subsidiário do controle europeu é, portanto, revelado pelo princípio segundo o qual a declaração de incompatibilidade da medida individual interna com as obrigações do Estado não implica *ipso facto* sua invalidade. Por conseguinte, caberá ao Estado responsável, conforme o artigo 46 da Convenção, executar a sentença, colocando fim à violação dos direitos individuais em sua ordem jurídica interna, e, com esse fim, pôr em prática o conjunto dos meios de que dispõe no direito nacional.⁵⁶

Para retomar aqui uma ilustração oriunda da jurisprudência interna, é possível remeter à jurisprudência do Conselho de Estado francês, que, nos casos *Chevrol*⁵⁷ e *Baumet*⁵⁸, por exemplo, destacaram explicitamente:

“segundo as estipulações do artigo 46 da Convenção europeia de salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, a completa execução de uma sentença da Corte europeia de direitos humanos que condena um Estado parte da Convenção implica, em princípio, que esse Estado tome todas as medidas exigidas, por um lado, para a reparação das consequências que a violação da Convenção gerou para o requerente, e, por outro lado, para o desaparecimento da fonte dessa violação; à luz da natureza essencialmente declaratória das sentenças da Corte, cabe ao Estado condenado determinar os meios de se desincumbir da obrigação que lhe é assim imputada.”⁵⁹

A constatação da violação impõe ao Estado novas obrigações que, para além da cessação e da garantia de não repetição, podem ir da adoção, no direito interno, de medidas (gerais ou individuais) que permitam reestabelecer objetivamente a legalidade em conformidade com a obrigação de respeito que é imposta ao Estado até a concessão de uma reparação pecuniária.

56 CEDH, 2005, § 210 : “suas decisões têm um caráter essencialmente declaratório e, em geral, cabe, em primeiro lugar, ao Estado em questão (...) escolher os meios a serem utilizados em sua ordem jurídica interna para se desincumbir de sua obrigação sob o artigo 46 da Convenção” e que “os meios de reparação específicos a serem adotados, se for o caso, pelo Estado demandado (...) dependem necessariamente das circunstâncias particulares do caso e devem ser definidas à luz da sentença proferida pela Corte no caso em questão, levando devidamente em conta a jurisprudência da Corte”.

57 FRANÇA, 2004.

58 FRANÇA, 2012.

59 Ibid.

B. A EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS OBRIGAÇÕES JURÍDICAS NASCIDAS COM A CONSTATAÇÃO DA VIOLAÇÃO

Cada Estado parte se comprometeu a se conformar aos julgamentos definitivos da Corte em todos os casos de que é parte”.⁶⁰ Esse princípio, previsto pelo artigo 46 § 1, refere-se, em substância, ao direito internacional da execução baseada no respeito às obrigações nascidas da constatação de violação contida na sentença da Corte europeia. Nesse sentido, ele não deve, em princípio, ser considerado no âmbito judicial. Ademais, a estrutura estabelecida na Convenção envolve o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que, nos termos do artigo 46, é o único competente para supervisionar a execução pelo Estado de suas obrigações oriundas da constatação de uma violação. Destarte, teoricamente, a questão da execução sai da problemática da coordenação jurisdicional ou normativa que advém da noção de subsidiariedade.

1. A IMPLEMENTAÇÃO, EM PRINCÍPIO, SUBSIDIÁRIA DAS OBRIGAÇÕES DO ESTADOS NASCIDAS COM A CONSTATAÇÃO DA VIOLAÇÃO

Ao focar exclusivamente na função do Comitê de Ministros na execução dos julgamentos da Corte, a Declaração de Brighton sublinhava implicitamente que o papel da Corte não abrangia essa questão. Esse reajuste político se baseia, na verdade, na retomada de uma interpretação jurídica das competências em matéria de execução das obrigações nascidas com a constatação da violação.

Cabe somente aos Estados as executar e ao Comitê de Ministros, supervisionar e avaliar se os meios adotados pelos Estados estão em conformidade com suas obrigações. De natureza plenamente subsidiária, a execução não é, portanto, inscrita no quadro das atribuições da Corte, cujas funções se findam, teoricamente, no momento da constatação da violação.⁶¹

É preciso, contudo, reconhecer que ela pôde, em diversos casos, recolocar em pauta esse princípio ao relacionar a constatação de violações e obrigações ligadas à execução da sentença, de modo a se reconhecer competente em matéria de injunção e execução. Sem abordar as diferentes modalidades práticas desse ativismo judicial, convém, todavia, lembrar que, em diversos julgamentos, a Corte distanciou-se da subsidiariedade ao misturar o controle judicial da convencionalidade da medida interna com o controle da execução das obrigações advindas da constatação de violação. Essa metodologia, muito criticada, também foi utilizada pela Corte em casos cujo objeto se referia a procedimentos internos que haviam sido reabertos após uma constatação de violação da Con-

60 CONSELHO DA EUROPA, 2012, § 26.

61 SUDRE, 2012, p. 829.

venção.⁶² O controle da Corte, nesse contexto, não é mais subsidiário. Ele exige, na verdade, um exame do cumprimento de uma obrigação positiva de execução que não deixa ao Estado qualquer margem de apreciação ou, pelo menos, uma consideravelmente limitada pela Corte. Nesse sentido, a análise dos meios de execução depende não do Estado, mas da Corte, que lhe confere uma definição precisa.

Tal definição precisa encontra-se também no âmbito do procedimento da sentença piloto, aplicado no caso de demandas repetitivas. Mesmo que vários autores tenham se debruçado sobre esse procedimento, seja para o justificar, seja para o criticar, é certo que ele constitui, em substância, uma relativização manifesta do exercício pleno e completo de competências teoricamente subsidiárias conferidas às autoridades nacionais. Essa constatação parece, ainda, ser compartilhada pela Corte, que, em sua opinião preliminar estabelecida em vista da Conferencia de Brighton, não deixou de suscitar o caráter absoluto da posição que ela adotava neste do caso *Broniowski*.⁶³ Com efeito, nessa opinião lê-se:

Desde 2012, quase 34.000 casos não-prioritários repetitivos esperam tratamento, dos quais 10.800 foram registrados em 2011. No atual estado das coisas, a Corte não está em condições de tratar desses casos em um prazo razoável. Trata-se, em geral, de casos de não adoção de medidas gerais efetivas de execução das sentenças anteriores da Corte, nos quais, por definição, a fonte do problema e o ponto essencial de direito já foram determinados em uma sentença de princípio ou uma sentença piloto. A Corte planeja criar uma prática em que, para os casos manifestamente repetitivos, a sua Secretaria envie ao governo apenas a lista dos casos em questão, pedindo-lhe que os remedie de maneira apropriada. Se ele não o fizer em determinado prazo e sem objeção justificada, ela poderá proferir uma “decisão à revelia” conferindo indenizações ao requerente.⁶⁴

Atualmente objeto de reflexões sobre as formas de o implementar⁶⁵, esse procedimento da decisão “à revelia” revela, *a contrario*, a aceitação pela Corte

62 CEDH, 2009b, §§ 61-63: “A Corte relembra que uma constatação de violação em seus julgamentos é essencialmente declaratória e que, conforme o artigo 46 da Convenção, as Altas Partes contratantes se comprometeram a se conformar às decisões da Corte nos litígios de que são partes, cabendo ao Comitê de Ministros supervisionar a execução. O papel do comitê de Ministros nesse âmbito não significa, porém, que as medidas tomadas por um Estado demandado a fim de remediar a violação constatada pela Corte não possam criar um problema novo, não abordado pela sentença e, assim, ser objeto de uma nova ação de que a Corte poderá conhecer. Em outros termos, a Corte pode acolher uma reclamação segundo a qual a reabertura de um procedimento a nível interno, a fim de executar uma de suas sentenças, gerou uma nova violação da Convenção. Cabe ressaltar, nesse contexto, os critérios desenvolvidos pela jurisprudência acerca do artigo 35 § 2 b), que prevê que seja declarada inadmissível uma petição que é “essencialmente igual a uma petição previamente examinada pela Corte (...), e (...) não contém fatos novos”. Sendo assim, a Corte deve verificar se as duas petições em que foi açãoada pela requerente tratam da mesma pessoa, do mesmo fato e dos mesmos pedidos.”

63 CEDH, 2004.

64 CEDH, 2012c, § 21.

65 Ver a carta do Secretário da Corte de 22 de junho de 2012, endereçada ao Presidente dos De-

do caráter discutível do procedimento da sentença piloto quanto à sua competência e ao princípio da subsidiariedade. Fundado na ideia de uma responsabilidade compartilhada entre a Corte e os Estados, esse procedimento permitirá evitar uma incursão da Corte que seria sinônimo da rediscussão da autonomia decisional dos Estados no contexto da implementação das decisões que evidenciam uma constatação de violação da Convenção.

2. UMA PRÁTICA OPORTUNISTA DA SUBSIDIARIEDADE NO ÂMBITO DA REPARAÇÃO

Retomando uma lógica imposta pelo direito da responsabilidade internacional, a constatação de violação impõe ao Estado a reparação adequada do dano. Novamente obrigação de resultado, a obrigação de reparação exige que o Estado coloque em prática, no plano da ordem jurídica interna, o conjunto dos meios que lhe permitam reparar o dano advindo da violação de um direito garantido. A reparação, que é adicionada à obrigação de cessação e à de não-repetição, cabe, assim, em princípio, às autoridades nacionais. Extraído do artigo 41 da Convenção, esse princípio baseia-se, nesse sentido, no âmbito convencional, na necessária coordenação entre o nível europeu e o nível internacional.⁶⁶

Em primeiro lugar, cabe à Corte, em caso de constatação de violação, “garantir que uma reparação, total ou parcial, é possível no Estado considerado, consistindo em um apagamento das consequências da violação (*restitutio in integrum*).”⁶⁷ Em segundo lugar, “levando em conta a primeira abordagem, a Corte se vê autorizada a conferir, se cabível, uma satisfação equitativa”.⁶⁸ Extraída de outros contextos convencionais em matéria de proteção dos direitos humanos, a regra da satisfação equitativa prevê, portanto, a possibilidade de concessão de indenização pela Corte, porém somente a título subsidiário. Entretanto, para além desse princípio, é preciso novamente constatar que a Corte adotou uma orientação bastante intrusiva.

Ao tornar o princípio da *restitutio in integrum* o único objetivo da reparação, a Corte desenvolveu uma jurisprudência que recoloca em pauta a lógica instaurada. A título ilustrativo, pode-se mencionar os casos em que a Corte pôde se pronunciar sobre a satisfação adequada enquanto as ações de indenização instauradas a nível nacional ainda estavam em curso e, portanto, poderiam ter proporcionado uma reparação sem a intervenção da Corte sob a égide do

legados dos Ministros: “(...) o escritório da Corte, a partir de agora, conferiu mandado ao seu Comitê de métodos de trabalho para avaliar possíveis métodos de tratamento dos casos repetitivos, incluindo a introdução de um procedimento de sentença à revelia”. Ver: CM(2013)93, add. 6, §25,

66 FLAUSS, J.-F. *Conclusion générale* In FLAUSS; LAMBERT; ABDELGAWAD, 2011, p. 336.

67 DE SALVIA, 2011, p. 10.

68 Ibid.

artigo 41.⁶⁹ Pronunciando-se sobre a temática da reparação, a Corte relativizou a competência do Estado no contexto da implementação da sentença contra si e, do mesmo modo, relativizou, mais uma vez, a aplicação subsidiária da Convenção.

Estrasburgo, 20 de outubro de 2013.

REFERÊNCIAS:

ALLAND, D. *Anzilotti et le droit international public*. Paris: Pedone, 2012, p. 105.

CALDEIRA BRANT, L. N. L'autorité des arrêts de la Cour internationale de justice. In: APOSTOLIDIS, C (dir.). *Les arrêts de la Cour internationale de justice*. In: Dijon, Études Universitaires, 2005.

TULKENS, F. Les réformes à droit constant. In: BENOIT-ROHMER, F.; GREWE, C.; WACHSMANN, P. *Quelle réforme pour la Cour européenne des droits de l'homme*. In: *R.U.D.H.*, vol. 14, n° 7-8, pp. 265-273, 2014.

BURGORGUE-LARSEN, L. *La Convention européenne des droits de l'homme*. Paris: L.G.D.J., 2012, pp. 10-12.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Airey c. Irlanda*, req. n° 6289/73, 9 de outubro de 1979.

CEDH. *Akdivar et autres c. Turquia*, req. n° 21893/93, 16 de setembro de 1996. (CEDH, 1996a).

CEDH, *Aksøy c. Turquia*, req. n° 21987/93, 18 de dezembro de 1996. (CEDH, 1996b).

CEDH. *Becker c. Bélgica*, req. n° 214/56, 27 de março de 1962.

CEDH. *Broniowski c. Polônia*, req. n° 31443/96, 22 de junho de 2004 .

CEDH. *Burden c. Reino Unido*, req. n° 13378/05, 29 de abril de 2008.

CEDH. *Caso relativo a certos aspectos do regime linguístico do ensino na Bélgica*, req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64. 23 de julho de 1968.

69 CEDH, 2003. A opinião parcialmente dissidente do juiz LEMMENS nesse caso menciona esse fato: “eu penso que, enquanto a ação de indenização dos requerentes contra o Estado belga ainda está em curso perante as jurisdições belgas, é impossível afirmar que os requerentes tenham sofrido um dano que não foi reparado e que, portanto, pode gerar a concessão de uma satisfação equitativa nos termos do artigo 41 da Convenção.”

CEDH. *Demir et Baykara c. Turquia*, req. n°34503/97, 21 de novembro de 2006. (CEDH, 2006c).

CEDH. Documento de reflexão sobre a proposta de ampliação da competência consultiva da Corte, 2013. (CEDH, 2013b).

CEDH. *Eriksson c. Suécia*, req. n° 60437/08, 12 de abril de 2012.

CEDH. *Ernst e outros c. Bélgica*, req. n° 39400/96, 15 de julho de 2003

CEDH. *Guzzardi c. Itália*, req. n° 7367/76, 6 de novembro de 1980.

CEDH., İçyer c. Turquia. req. n° 18888/02, 12 de janeiro de 2006. (CEDH, 2006a).

CEDH. *Inze c. Áustria*, req. n° 8695/79, 28 de outubro de 1987

CEDH. *Kemmaché c. França* (n° 3), série A, n° 296-C, 24 novembro 1994.

CEDH. *Kudla c. Polônia*, req. n° 30210/96, 26 de outubro de 2000.

CEDH. *Movimento raëlien suíço c. Suíça*, req. n° 16354/06, 13 de julho de 2012. (CEDH, 2012b).

CEDH. Öcalan c. Turquia, req. n° 46221/99, 12 de maio de 2005.

CEDH, *Perlala c. Grécia*, req. n° 17721/04, 22 de fevereiro de 2007.

CEDH. *Selmouni c. França*, req. n° 25803/94, 28 de julho de 1999.

CEDH. *Scordino v. Itália*, n° 1, req. n° 62361/00. 29 de março de 2006. (CEDH, 2006b).

CEDH. *Varnava e outros c. Turquia*, req. n° 16064/90 et al., 18 de setembro de 2009. (CEDH, 2009a)

CEDH. *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c. Suiça* (n°2), req. n° 32772/02, 30 de junho 2009. (CEDH, 2009b).

CEDH. Opinião da Corte sobre o projeto de Protocolo n° 16 à Convenção ampliando a competência da Corte para lhe permitir emitir opiniões consultivas sobre a interpretação da Convenção, adotada pelo plenário da Corte em 6 de maio de 2013, AS/Jur(2013). (CEDH, 2013a).

CEDH. Plenário da Corte. Opinião preliminar da Corte em vista da Conferência de Brighton. 20 de fevereiro de 2012. (CEDH, 2012c).

COMITÊ EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, *Brüggemann et Scheuten c. República Federal da Alemanha*, 19 de maio de 1976.

CONSELHO DA EUROPA. Alta Conferência sobre o Futuro da Corte Europeia de Direitos Humanos. *Declaração de Brighton*, 2012.

CONSELHO DA EUROPA. Comitê dos Ministros. Comitê Diretor para os Direitos Humanos. Projeto de Guia de boas práticas em matéria de vias de recursos internos. 17-18 de setembro de 2013, CM(2013) add5, 2013.

CONSELHO DA EUROPA. Relatório explicativo do Protocolo nº 5 contendo emenda à Convenção de salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades fundamentais. S.T.C.E., nº 213, 1996.

COSTA, J. P. *La Cour européenne des droits de l'homme – Des juges pour la liberté*. Paris: Dalloz, 2013.

DE SALVIA, M. Le principe de l'octroi subsidiaire des dommages-intérêts : d'une morale des droits de l'homme à une morale simplement indemnitaire. In: FLAUSS, J.-F.; LAMBERT, E. ABDELGAWAD. *La pratique indemnitaire par la Cour européenne des droits de l'homme*. Bruxelas: Bruylant, 2011.

FLEURY GRAFF, T. Commentaire de Cons. Etat, Section, 4 octobre 2012, Baumet, nº 328502. In: R.G.D.I.P., 2013.

FRANÇA. Conselho de Estado. *Baumet*, nº 328502, 4 de outubro de 2012.

FRANÇA. Conselho de Estado. *Chevrol*, nº 257682, 11 de fevereiro de 2004.

FRANÇA. Conselho de Estado. *G.I.S.T.I., Recueil*, 7 de fevereiro de 2003.

FRANÇA. Contribuição francesa para o desenvolvimento efetivo do princípio da subsidiariedade. Doc. DH-GDR 003, 2012.

TIGROUDIA, H. Propos conclusifs – La légitimité du “particularisme interaméricain des droits de l'homme” en question. In: HENEBEL, L., H. TIGROUDIA. *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*. Paris: Pedone, pp. 399-401, 2009.

SUDRE, F. L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. In: LAMBERT, P. *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*. Bruxelas: Bruylant, pp. 824-825, 2000.

MARGUENAUD, J.-P. *La Cour européenne des droits de l'homme*. Paris: Dalloz, 6a ed., 2012.

PASTRE-BELDA, B. La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits. In: *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, nº 94, 2013.

RASPAIL, H. *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'Etat*. Paris: Dalloz, 2013

SANTULLI, C. Observations et proposition sur l’ “extension” du concept de victime d’une violation des droits de l’homme. In: **Libertés, Justice, Tolérance – Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN**. Bruxelas: Bruylant , pp. 1371-1383, 2004.

SAUVÉ, J. M. Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l’homme. In: *Conferências do Conselho de Estado*. 19 de abril de 2010.

SENTULLI, C. **Droit du contentieux international**. Paris: Montchrestien, 2005, p. 474, § 819.

SUDRE, F. **Droit européen et international des droits de l’homme**. Paris: PUF, 11a ed., 2012.

MAESCHERM, F. Les contraintes de l’interprétation juridictionnelle, les méthodes d’interprétation de la Convention européenne. In: SUDRE, F. **L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme**. Bruxelas: Bruylant, 1998

TOUZÉ, S. **La protection des droits des nationaux à l’étranger – Recherches sur la protection diplomatique**. Paris: Pedone, 2007, pp. 416-429.

