

DIÁLOGO JUDICIAL E DIREITOS HUMANOS – O NOVO PROTOCOLO 16 À CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

Naiara Posenato*

Em 02 de outubro de 2013 foi aberto à assinatura dos Estados-membros do Conselho da Europa o Protocolo 16 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). Este Protocolo, de natureza opcional, amplia sensivelmente a competência consultiva do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), autorizando a Grande Câmara a emitir pareceres não vinculantes, a pedido dos órgãos jurisdicionais de vértice dos Estados-partes, sobre os direitos e as liberdades estabelecidos na citada Convenção ou nos seus Protocolos. O Presidente dela, Dean Spielmann, referiu-se ao instrumento como “*Protocole du Dialogue*”,¹ uma vez que institucionalizará a colaboração entre juízes nacionais e europeus de direitos humanos e, nesse sentido, também foi considerado por parte da doutrina uma “*hereuse surprise*”² ou, ainda, “*un pas important dans l’évolution continue du régime instauré par cette Convention*”.³ O instrumento entrará em vigor, de acordo com o próprio Art. 8, uma vez que tenha sido ratificado por pelo menos 10 Estados.⁴

A aprovação do Protocolo 16 é o resultado de um longo processo de discussão sobre a extensão do mecanismo consultivo europeu, iniciado no longínquo ano de 1962, durante as negociações do Protocolo 2 à CEDH; porém, apenas recentemente, esta possibilidade concreta foi apresentada durante o processo de discussão sobre o futuro do

* Doutora na Universidade de Milão, Itália; Departamento de Estudos Internacionais – Direito Comparado e Direito Internacional Privado, Universidade de Milão, Itália; naiara.posenato@unimi.it

¹ Pronunciamento em ocasião da 123ª Seção do Comitê dos Ministros, de 16 de maio de 2013. (O relativo texto pode ser consultado no site <www.echr.coe.int>. Sobre o tema do “diálogo das cortes” a bibliografia é vastíssima; a título meramente exemplificativo indicam-se CASSESE, Sabino. *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*. Roma: Donzelli, 2009; DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Bologna: Il Mulino, 2010; MARTINICO, Giuseppe; POLLICINO, Oreste (Org.). *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*. Groningen: Europa Law Publishing, 2010; IDEM, *The Interaction between European Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2012; VOSSKUHLE, Andreas. *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: der europäische Verfassungsgerichtsverbund*. In: *European Constitutional Law Review*, 2010, p. 175 e ss.; POPELIER, Patricia; VAN DE HEYNING, Catherine; VAN NUFFEL, Piet. *Human Rights Protection in the European Legal Order: the Interaction between the European and the National Courts*. Cambridge: Intersentia, 2011.

² SZYMCZAK, David. *L’institutionnalisation du dialogue des juges: un nouvel espoir pour une vraie subsidiarité?* In: *Journal d’Actualité des Droits Européens*, 10/12/2013, p. 1. Disponível em: <<http://jade.u-bordeaux4.fr/?q=node/675>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

³ SICILIANOS, Linos-Alexandre. *L’élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l’homme – à propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l’homme*. In: *Revue trimestrielle des Droits de l’Homme*, v. 97, 2014, p. 10.

⁴ Atualmente o Protocolo não se encontra em vigor, mas já foi aprovado por 13 Estados partes da CEDH. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=214&CM=8&DF=&CL=ENG>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

sistema convencional e o novo papel do TEDH, por meio de uma proposta elaborada em 2006 pelo chamado Grupo dos Sábios e direcionada ao Comitê dos Ministros.⁵ Sucessivamente, a questão foi abordada no âmbito das conferências ministeriais anuais realizadas em Interlaken (2010), Izmir (2011) e Brighton (2012), e de diversos *interim colloquia*, sobretudo, a partir de uma perspectiva de difusão da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo e de uma redução do número de processos pendentes.⁶ De fato, principalmente após o reconhecimento da capacidade postulatória direta aos indivíduos, efetiva a partir de novembro de 1998, o Tribunal, “vítima do próprio sucesso”, risca a paralisia, apresentando um *docket* de 99.900 casos pendentes no ano de 2013.⁷

Como é notório, já existe um mecanismo, introduzido mediante o citado Protocolo 2 e, a partir de 1998, integrado nos Artigos 47 a 49 do novo Título II da CEDH, com base no qual o Tribunal de Estrasburgo pode fornecer *avis consultatives*.⁸ Todavia, ele é fortemente restritivo no que concerne os perfis subjetivo e objetivo: a iniciativa do procedimento é reservada ao Comitê dos Ministros e não deve ter como objeto questões jurídicas relativas aos direitos e liberdades disciplinados no Título I da Convenção ou que possam constituir objeto de recurso contencioso ao Tribunal. Talvez em decorrência da rigidez de tais requisitos, a partir da entrada em vigor do Protocolo 2, foram pronunciadas unicamente três decisões com base no Art. 47 da Convenção,⁹ o que levou à classificação do Tribunal europeu entre os que possuem uma “competência consultiva virtual”.¹⁰

Com o Protocolo 16, introduz-se no sistema CEDH um mecanismo que apresenta paralelismos tanto em relação ao reenvio prejudicial,¹¹ previsto no Art. 267 do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (ex Art. 234 do TCE), quanto em relação

⁵ Cfr. CM (2006) 203, *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, de 15 de novembro de 2006, em especial ponto n. 4. *Forms of co-operation between the Court and the national courts – Advisory opinions*, §§ 76-86. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1063779&Site=CM>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

⁶ Uma síntese eficaz do processo de aprovação do Protocolo pode ser consultada em COUNCIL OF EUROPE, *Protocol N. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Explanatory Report*, §§ 1-6. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ENG.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014.

⁷ Cfr. dados oficiais fornecidos no website do Tribunal. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_2013_BIL.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014.

⁸ Sobre o tema, veja-se, entre outros, SZYMCZAK, David. *La compétence consultative de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*. In: ONDOUA, Alain; SZYMCZAK, David (Org.). *La fonction consultative des juridictions internationales*. Paris: Pedone, 2009, p. 89 e ss.; COSTA, Jean-Paul; TITIUN, Patrick. *Les avis consultatifs devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme*. In: AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François (Org.). *L'homme dans la société internationale: mélanges en hommage au professeur Paul Tavernier*. Bruxelles: Bruylant, 2013, p. 605 e ss.; DRZEMCZEWSKI, Andrew. *Advisory Jurisdiction of the European Human Rights Court: A Procedure Worth Retaining*. In: INTER AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS (Org.). *The Modern World of Human Rights - El Mundo Moderno de los Derechos Humanos. Essays in Honour of Thomas Buergenthal - Ensayos en Honor de Thomas Buergenthal*. San José, 1996, p. 493 e ss.

⁹ Com a primeira decisão, de 02/06/2004, o Tribunal declina a própria competência a fornecer um parecer consultivo sobre a Recomendação n. 1519 (2001) da Assembleia Parlamentar (compatibilidade da Convenção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais da Comunidade dos Estados Independentes e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem). Na segunda ocasião, em 12/02/2008, o Tribunal emitiu o parecer *Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights* [GC]; enfim, em 22/01/2010, pronunciou a *Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights* (n. 2). As decisões estão disponíveis em: <<http://www.echr.coe.int/>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

¹⁰ Vide SZYMCZAK, David. *La compétence consultative de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, cit., p. 89 e ss.

¹¹ A respeito vide GRAGL, Paul. *(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol N. 16*. In: *European Law Review*, 2013, v. 38, n. 2, p. 229 e ss.

à opinião consultiva, prevista pelo Art. 64 do Pacto de San José.¹² Ao mesmo tempo, trata-se de um instituto peculiar, capaz de reforçar a “função constitucional” do juiz de Estrasburgo.¹³

Os elementos fundamentais do seu funcionamento são estabelecidos nos Artigos 1 a 5 do Protocolo. O Art. 1 estabelece que as demandas de parecer podem ser formuladas pelos mais elevados órgãos jurisdicionais nacionais, designados pelos Estados contratantes de forma flexível, em conformidade com o procedimento estabelecido pelo Art. 10.¹⁴ A norma ainda prevê que tais demandas sejam submetidas ao Tribunal no âmbito de processos pendentes em nível nacional, solução que parece ser orientada por um critério de utilidade e de concretude da questão que, dessa forma, não poderá ser relativa a uma dúvida abstrata relacionada, por exemplo, à legislação nacional.¹⁵ Em tal direção, igualmente, dispõe-se que o pedido seja motivado e acompanhado de todos os elementos pertinentes inerentes ao contexto factual e jurídico do caso judiciário pendente.¹⁶

Um parâmetro fundamental da normativa diz respeito ao caráter facultativo da solicitação de parecer: uma vez que o Protocolo tenha entrado em vigor, os juízes nacionais do Estado-parte *poderão* utilizar tal instrumento, mas *não são obrigados* a fazê-lo. Na mesma linha, o órgão demandante poderá retirar o próprio pleito a qualquer momento, sem que, com isso, o Tribunal de Estrasburgo esteja legitimado a prosseguir *motu próprio*.¹⁷

Segundo a norma, a dúvida jurídica deve verter sobre questão de princípio relativa à interpretação ou à aplicação dos direitos e das liberdades tutelados pela Convenção e pelos protocolos. A fórmula, retomando uma expressão utilizada na proposta

¹² Sobre a função consultiva da Corte interamericana, em perspectiva comparada, vide TIGROUDJA, Hélène. *La fonction consultative de la cour interaméricaine des droits de l'homme*. In: ONDOUA, Alain; SZYMCZAK, David (Org.). *La fonction consultative des juridictions internationales*. Paris: Pedone, 2009, p. 70 e ss. Amplamente sobre o tema SALVIOLI, Fabián Omar. *La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial*. In: RIBEIRO LEÃO, Renato Zerbin et al. *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos - Ensaio em Homenagem ao Prof. Antonio Augusto Cançado Trindade*. T. III, Brasília, DF: Ed. Sergio Fabris, 2004, p. 417 e ss.

¹³ *Report of the Group of Wise Persons*, cit., § 81.

¹⁴ A legitimação ativa limitada aos órgãos jurisdicionais nacionais coincide parcialmente com a solução prevista pelo mecanismo do reenvio prejudicial, com duas diferenças: como é sabido, em âmbito comunitário, a possibilidade de solicitar o parecer da Corte de Luxemburgo é aberta a todos os juízes do Estado; em segundo lugar, a noção de jurisdição, elemento relevante para identificar os órgãos jurisdicionais nacionais, é fruto de elaboração autônoma da jurisprudência comunitária. Para aprofundamentos consulte-se CONDINANZI, Massimo; MASTROIANNI, Roberto. *Il contenzioso dell'Unione Europea*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 193 e ss.

¹⁵ Cfr. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention*. Documento adotado em 6 de maio de 2013, § 7. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_16_Court_Opinion_ENG.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014. Diferença relevante em relação ao processo de opinião consultiva interamericana, que admite inclusive a submissão de questões relacionadas a projetos legislativos, a partir do caso CIDH, *Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización - Opinión Consultiva OC4/84* de 19 de janeiro de 1984, especialmente § 26.

¹⁶ Conforme esclarece o relatório explicativo do Protocolo, este último requisito deve-se à circunstância de que “the requesting court or tribunal is in a position to set out the relevant legal and factual background, thereby allowing the Court to focus on the question(s) of principle relating to the interpretation or application of the Convention or the Protocols thereto.” Cfr. COUNCIL OF EUROPE. *Explanatory Report*, cit., § 11.

¹⁷ Neste particular o processo consultivo europeu distancia-se do interamericano que, como ficou consolidado a partir da decisão CIDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (Arts. 14.1, 1.1. y 2 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). *Opinión Consultiva OC7/86* del 29 agosto 1986, § 12, uma vez iniciado, legitima a Corte de San José a impulsioná-lo oficialmente, independentemente da posição do solicitante.

do Grupo dos Sábios¹⁸ e mantida pelo Tribunal europeu,¹⁹ inspira-se no procedimento previsto no Art. 43, parágrafo segundo, da CEDH. Com base nesta será possível efetuar uma seleção substancial das demandas, a fim de privilegiar somente aquelas que levantem questão de princípio ou de interesse geral, relativa à interpretação ou à aplicação da Convenção,²⁰ como, por exemplo, controvérsias que reflitam problemas estruturais ou sistêmicos dos Estados, que possam repetir-se e que afetem potencialmente diversas partes contratantes.²¹

De fato, como demonstração da importância e da solenidade que se busca atribuir às pronúncias consultivas, segundo o Art. 2 do Protocolo, a Grande Câmara, órgão ao qual é confiada a função nomofilática do Tribunal, será competente para conhecer da demanda, decidindo em formação plenária e com a participação obrigatória do juiz do Estado contratante do qual provem a solicitação.

O procedimento comporta uma análise prévia da admissibilidade da demanda, realizada por uma comissão de cinco juízes. Este filtro, além de um claro objetivo deflacionário, tem como escopo verificar o respeito dos requisitos estabelecidos no Art. 1 e, em especial, a relevância da questão para o desenvolvimento e a difusão da jurisprudência europeia de proteção. A decisão de inadmissibilidade adotada pelo *Panel* deverá ser motivada,²² com a finalidade de fornecer ao juiz nacional os elementos que possam orientar eventuais decisões relativas a futuras demandas de parecer.²³

Admite-se a participação de terceiros, nos termos do Art. 3 do Protocolo: este direito cabe ao Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa e ao Estado contratante, cujos tribunais domésticos foram ativados. A disposição também prevê a possibilidade, à discricção do Presidente da Corte e no interesse da justiça de admitir outras manifestações, analogamente ao estabelecido pelo Art. 36, parágrafo segundo, da CEDH. Embora não conste no texto da Norma, outros documentos oficiais determinam a oportunidade de admitir a manifestação das partes do processo nacional, inclusive em observância do princípio da igualdade.²⁴ A possibilidade de ampliar o foro de discussão de questões essenciais relacionadas à interpretação da CEDH também é coerente com a ideia de promover uma interpretação harmônica e de estabelecer *standards* jurisprudenciais mais claros em favor de todos os Estados contratantes.²⁵

¹⁸ *Report of the Group of Wise Persons*, cit., § 86.

¹⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Reflection Paper on the Proposal to extend the Court advisory jurisdiction*, Documento n. 3853038, § 14. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dgi/brighton-conference/documents/Court-Advisory-opinions_en.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014.

²⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Reflection paper*, cit., § 33.

²¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Reflection paper*, cit., § 28. Alguns exemplos de controvérsias que apresentavam tais características são referidos nos §§ 30 e 31.

²² “General reasons for the rejection of a request for an advisory opinion could comprise, for instance, that an individual application raising the same issue is already pending before the Court, that the issue raised in the request can more suitably be dealt with in an individual application or that the views on the issue raised in the request are currently split within the Court (which would make and advice to domestic courts less clear.” In: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Reflection Paper*, cit., § 36.

²³ Cfr. COUNCIL OF EUROPE. *Explanatory Report*, cit., § 15.

²⁴ Cfr. COUNCIL OF EUROPE. *Explanatory Report*, cit., § 20; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Opinion of the Court*, cit., § 10.

²⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Reflection paper*, cit., § 5.

Foi mantida a possibilidade, prevista para as decisões relativas a casos contenciosos, de manifestar opiniões separadas, concorrentes ou discordantes, como reza o Art. 4, parágrafo segundo, do Protocolo. As sentenças da CEDH são de natureza continental/colegial, mas admitem a expressão de *separate opinions* por parte dos juízes, que são publicadas no final da sentença. Esta possibilidade, comum nas tradições jurídicas de *common law*, aproxima os sistemas europeu e interamericano de tutela dos direitos fundamentais²⁶ que, por sua vez, diferenciam-se do mecanismo comunitário do reenvio prejudicial.²⁷

Last but not least, o Art. 5 do Protocolo estabelece que os pareceres emitidos pelo Tribunal de Estrasburgo não terão caráter vinculante, em observância do princípio da subsidiariedade e na perspectiva de um contexto de diálogo judicial. Diversamente, atrelando um valor obrigatório a tais decisões, conforme o modelo fornecido pelo reenvio prejudicial, correr-se-ia o risco de transformar o processo consultivo em um tipo alternativo de tutela com relação ao recurso individual que, como é sabido, pressupõe o exaurimento dos remédios processuais nacionais.²⁸

Isso não significa que o impacto de uma opinião consultiva seja nulo: ela pasará a compor a jurisprudência europeia de tutela dos Direitos Humanos e servirá como base para futuras decisões. Sabe-se que o Tribunal de Estrasburgo não é formalmente vinculado aos próprios precedentes, mas em resposta à exigência de garantir estabilidade e previsibilidade à sua jurisprudência, atribui grande importância a eles,²⁹ indicando regularmente as razões de eventuais *revirements*.³⁰ Do ponto de vista prático, no que concerne os efeitos da opinião consultiva em relação à essa controvérsia, o direito de pleitear individualmente diante do TEDH não será prejudicado tanto em caso de observância quanto de inobservância da opinião consultiva proferida por parte do juiz nacional; porém, na primeira hipótese, é provável que o recurso seja indeferido,³¹ e, na segunda, que a decisão do caso contencioso se alinhe com o parecer fornecido em sede consultiva.

No que concerne o impacto das opiniões consultivas sobre os ordenamentos nacionais, o fato de que elas sejam atuadas em decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais de vértice, provavelmente favorecerá a sua observância pelos tribunais inferiores, bem como a harmonização da jurisprudência em nível nacional, garantindo uma maior

²⁶ Sobre o tema vide WHITE, Robin C. A.; BOUSSIAKOU, Iris. *Separate opinions in the European Court of Human Rights*. In: *Human Rights Law Review*, vol. 9, n° 1, 2009, p. 37-60; CALZOLAIO, Ermanno. *Tutela dei diritti fondamentali e diritto europeo*. In: Università degli Studi di Macerata, Facoltà di Giurisprudenza, Dip. di Diritto privato e del lavoro italiano e comparato, *W.P. Libertà, lavoro e sicurezza sociale* 17/12, p. 6. Disponível em: <www2.unimc.it/ricerca/dipartimenti/liberta-lavoro-e-sicurezza-sociale/working-papers>. Acesso em: 20 jun. 2014.

²⁷ CAPOTORTI, Francesco. *Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*. In: BESSONE, Mario; GUASTINI, Riccardo (Org.), *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*. Cedam: Padova, 1994, p. 472-473.

²⁸ Justamente com a finalidade de garantir a coexistência da jurisdição contenciosa e consultiva, e evitar que o direito de recurso individual seja, de alguma forma, prejudicado pelo novo procedimento, o Tribunal europeu declarou basear-se na experiência positiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema. Cfr. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Reflection paper*, cit., § 46.

²⁹ Vide, a respeito, TEDH, *Cosey c. Reino Unido*, processo n° 10843/84, acórdão de 27 de setembro de 1990.

³⁰ Cfr. TEDH, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, processo n. 28957/95, acórdão de 1° de julho de 2002; TEDH, *Mamatkoulou c. Turquia*, processo n° 46827/99, acórdão de fevereiro de 2005; TEDH, *Demir e Baykara c. Turquia*, processo n. 34503/97, acórdão de 2 de novembro de 2008; TEDH, *Scoppola c. Italia (n° 2)*, processo n. 10249/03, acórdão de 7 de setembro de 2009.

³¹ *Explanatory Report*, cit., § 26.

proteção dos direitos humanos em geral. Esse virtuosismo poderá intensificar o efeito *erga omnes* da jurisprudência europeia e, médio ou longo período, provocar efetivamente uma redução das demandas dirigidas ao Tribunal de Estrasburgo.³²

Data da submissão: 12 de março de 2013

Aceito em: 25 de junho de 2014

³² SICILIANOS, Linos-Alexandre. *Op. cit.*, p. 28.