

ARTIGO: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: DESAFIO PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO CONTENCIOSA OBRIGATÓRIA

AUTOR: SAULO STEFANONE ALLE

TITULAÇÃO: DOUTOR EM DIREITO INTERNACIONAL PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (LARGO SÃO FRANCISCO)

MESTRE EM DIREITO INTERNACIONAL PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (LARGO SÃO FRANCISCO)

ESPECIALISTA EM DIREITO CONSTITUCIONAL PELA ESCOLA SUPERIOR DE DIREITO CONSTITUCIONAL

BACHAREL EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE MACKENZIE

(11) 999168206

SAULO@SALLE.COM.BR

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:
DESAFIO PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO CONTENCIOSA OBRIGATÓRIA

Inter-American Court of Human Rights: the challenge beyond its compulsory jurisdiction

Saulo Stefanone Alle¹

Resumo: A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem o desafio de reafirmar sua identidade em um ambiente multicultural, promovendo a interação e a valorização de diversas realidades nacionais. Sob essa perspectiva, a riqueza argumentativa é fundamental para o aprimoramento da defesa e promoção dos direitos humanos, e prevenção aos riscos de conversão dos sistemas internacionais em mecanismos de controle hegemônico. Ademais, a ideia de direitos humanos é indissociável de seu conteúdo ético e, portanto, revela-se em cada situação de modo único, não esgotando seu valor em enunciações abstratas e gerais. Nesse sentido, o presente texto aponta aspectos da atuação da Corte IDH que devem ser cuidadosamente considerados, como a necessidade de manutenção de um diálogo crítico permanente, afastando a ilusão e os riscos de uma perspectiva na qual a sua efetividade está atrelada simplesmente a uma pretensa superioridade hierárquica.

Palavras-chave: Corte IDH; jurisdição contenciosa obrigatória; multiculturalismo; legitimidade; ética.

Sumário: Introdução. 1 Direito internacional de base voluntarista e o reconhecimento das decisões da Corte IDH. 2 Neutralidade e dominação: Corte IDH e o multiculturalismo. 3 Valores absolutos ou pragmatismo: direitos humanos no resultado prático do agir. 4 Desafio da Corte Interamericana de Direitos Humanos: legitimidade das decisões no contexto multicultural, para além da jurisdição obrigatória. Conclusão.

Abstract: The challenge of the Inter-American Court of Human Rights is to settle its identity in a multicultural environment, promoting the interaction and appreciation of several national realities. Under this perspective, the plurality of arguments is vital to improve the defense and buildup of human rights, preventing the risk of turning international systems into hegemonic control mechanisms. In fact, the very idea of human rights is inseparable from its ethical content and, therefore, in each situation it is materialized in a singular way, not exhausting its value in abstract and general statements. In this sense, this text pinpoints aspects of the IDH Court, which must be carefully considered, such as the need to maintain a permanent critical dialogue,

¹ Doutor e mestre em direito internacional, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

staying away from the illusion and risks arising from a perspective the effectiveness of which merely derives from an alleged hierarchical superiority.

Key words: IDH court; mandatory litigation jurisdiction; multiculturalism; legitimacy; ethics. Summary : Introduction. 1 International law on a voluntary basis and the recognition of the decisions of the ICHR. 2 Neutrality and domination: The ICHR and multiculturalism. 3 Absolute values or pragmatism: human rights in the practical result of acting. 4 Challenge of the ICHR: legitimacy of decisions in the multicultural context, beyond mandatory jurisdiction. Conclusion.

Introdução

No filme “*O Resgate do Soldado Ryan*”,² o *cabo Timothy Upham* (Jeremy Davies) pede que o *capitão John Miller* (Tom Hanks) e seus homens não executem um soldado inimigo, rendido – o mesmo que matará o *capitão John Miller* no final do filme. Um conflito se instala inicialmente a partir “das Convenções de Genebra” (é contra o regulamento), ao ponto de comprometer a unidade da equipe com manifestações de insubordinação. Ao final, o personagem vivido por Tom Hanks sintetiza a razão ética, verdadeira, pela qual decidiu não matar o inimigo. Conta quem era antes de ir à guerra – um professor que se reconhece mudado pelo que viveu nos campos de batalha, e que sente que a cada homem que mata fica mais distante de quem era.

A cena tem absoluta relação com os direitos humanos. Sua gênese está retratada no contexto da Segunda Guerra, em que o filme se passa, e na percepção de como o agir humano pode corromper a própria natureza da humanidade – que é o cerne da cena retratada. Mais do que isso, a cena lembra como é difícil, em momentos de crise, tomar a decisão correta, como a legitimidade da decisão vai além do texto das regras e como a clareza em sua comunicação faz toda a diferença para sua efetividade.

A efetividade se dá, no caso, não pela imposição hierárquica, ou pela vinculação, mas pelo argumento que convence a todos, que instaura o consenso. O capitão é tão parte do problema e da dificuldade quanto os demais, recorre à sua humanidade e àquilo com que todos se identificam: um professor, de crianças, que tem o desejo de viver seus afetos e sua humanidade, que sabe que matar alguém numa situação daquelas não é jurídica ou eticamente bom, porque o afastará de ser a pessoa que tem como ideal.

² Do original: “*Saving Private Ryan*”. Direção de Steven Spielberg, Paramount Pictures, Estados Unidos, 1998.

Longe de ser um discurso emotivo, a análise brevemente apresentada pretende problematizar um aspecto da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como das Cortes internacionais de direitos humanos em geral: a importância de zelar pelo reconhecimento da legitimidade de suas decisões. Uma posição hierarquicamente superior ou juridicamente vinculante pode ser neutralizada em situações de crise, exatamente quando a sua atuação efetiva é mais necessária. O capitão não usou sua superioridade hierárquica, o sargento sim. O *sargento Michael Horvath*, interpretado por Tom Sizemore, insiste em dar ordens ao quase deserto *soldado Richard Reiben*, chegando a apontar uma arma para seu rosto, mas sem conseguir convencê-lo da necessidade de respeitar a hierarquia, do acerto da decisão do capitão ou de demovê-lo de abandonar o grupo.

1 Direito internacional de base voluntarista e o reconhecimento das decisões da Corte IDH

Os Tratados de Vestfália são reconhecidos como importante marco no desenvolvimento do Direito Internacional, ao consolidar um valor que será relevante para qualquer reflexão nesta disciplina: o princípio da igualdade jurídica dos Estados.³ Com esse paradigma, o direito internacional se consolida como um sistema caracterizado por soberania – em um conceito mais cerrado –, territorialidade, autonomia e, sobretudo, legalidade.

Na ordem internacional vestfaliana o voluntarismo determina que os tratados são a fonte verdadeira do direito internacional, mas não há sobreposição de poderes. Não se admite, sob essa ótica, a existência de um ente supraestatal, ou a prevalência de qualquer dos atores sobre os demais Estados. Não há, portanto, autoridade na sociedade internacional de Estados.⁴

De fato, os traços dessa ordem permanecem com grande intensidade, pela história, e ainda são encontrados na enunciação da Carta que cria a Sociedade das Nações. Nela, a afirmação de valores como a segurança e a autodeterminação prevalece. Em uma nova ordem, contudo, de pós-Segunda Guerra, a preocupação com a efetividade dos direitos de dignidade

³ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, P. B. **Manual de direito internacional público**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84.

⁴ A esse respeito: FLOH, Fábio. Direito internacional contemporâneo: elementos para a configuração de um direito internacional na Ordem Internacional Neo-Vestfaliana. In: CASELLA, P. B. *et al.* (org.). **Direito internacional, humanismo e globalidade** – Guido Fernando Silva Soares: amicorum discipulorum liber. São Paulo: Atlas, 2008. p. 219.

revela-se de forma crescente. No modelo onusiano, a segurança e a paz assumem mais o papel de meio do que de fim.

Mesmo assim, por sua insistente permanência, muitos criticam a exacerbada idolatria do direito positivo, como Michel Villey,⁵ em desprestígio de outras fontes igualmente importantes de revelação do direito. Os costumes, a jurisprudência, a produção intelectual dos pensadores do direito são materiais que vêm sendo reconhecidos como tão legítimos quanto a produção legislativa.

Até mesmo a concepção voluntarista do direito internacional tem admitido perspectivas mais complexas. Nesse sentido, Rezek enuncia o conceito base de voluntarismo: “sistema jurídico autônomo, onde se ordenam as relações entre Estados soberanos, o direito internacional público – ou direto das gentes, no sentido de direito das nações – repousa sobre o consentimento”.⁶ No entanto, vai além:

O termo vontade tem o grave inconveniente de induzir à idéia do consentimento criativo, e tão-somente deste. É irrecusável, no entanto, que os Estados vêm consentindo secularmente em torno de normas que lhe parecem, por um lado, advindas de um domínio diverso daquele de sua própria e discricionária inventividade e, por outro – e consequentemente –, imunes ao seu poder de manipulação.⁷

Para essa visão, o fundamento de validade dos princípios gerais não difere, em essência, daquele sobre o qual assentam os tratados e o costume: o consentimento. Refere-se, nesse sentido, a consentimento não expresso ou escrito, pelo qual são reconhecidos determinados princípios, a exemplo do *pacta sunt servanda*, da *lex posterior derogat priori* e do *nemo plus juris transfere potest quam ipse habet*.⁸

Do mesmo modo, essa posição é útil para compreensão do fenômeno da vinculação dos Estados às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como dos demais sistemas internacionais de proteção. Trata-se de um consentimento, sobre cada

⁵ VILLEY, Michel. **Archives de Philosophie du Droit**. Paris: Sirey, 1959, p. 65: “Et du sommet qu'on a choisi, tout lè paysage. A nous restituer une meilleure théorie dês sources, qui nous libere de l'idolâtrie de la loi. A rendre un sens à l'expression de droit naturel, dont autrement nous avons fait une notion impraticable. A mieux app récier la présence de la doctrine, de la costume, des précédents de jurisprudence, parmi lês source autonomes de la connaissance du droit, sans être contraint de recourir à dês fictions encombrantes.”.

⁶ REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 3.

⁷ *Ibidem*, p. 136.

⁸ Tradução livre: “os pactos devem ser mantidos; leiposterior derroga a anterior; ninguém pode transferir a outrem mais direitos do que ele possui” (*ibidem*, p. 135).

decisão, não necessariamente inventivo, fora de seu alcance ordinário de manipulação, mas institucionalizado.

Ainda assim, há insuficiência na efetividade, que deve ser reconhecida e suprida. Zemanek argumenta que as organizações internacionais são as únicas estruturas existentes nas quais um sistema de constrição (*enforcement*) coletivo das obrigações internacionais pode ser bem instituído. Mesmo assim, reconhece que mesmo no que tem como o mais eficiente dos mecanismos, permanecem deficiências no campo do *enforcement*.⁹ Além deste, outras questões merecem atenção.

2 Neutralidade e dominação: Corte IDH e o multiculturalismo

Na verdade, as organizações internacionais podem ser tratadas de pontos de vista diversos. Em apertada síntese, pode-se dizer que a abordagem funcionalista considera as organizações internacionais entes dotados de grande autonomia, produtores de direito, e não meros canais de convívio estatal. A ótica racionalista, por sua vez, aproxima-se da ótica funcionalista, envolvendo a ideia de desenvolvimento de um governo mundial, mas com estruturas mais rígidas (legalistas). Já o positivismo procura ser livre de valor, atendo-se à mera descrição sem juízo sobre a constituição de um governo mundial. Também atentos à realidade e, e não às aspirações, os realistas diferem dos positivistas notadamente pelo foco nas relações de poder, mais do que sobre aspectos legais (positivistas).¹⁰ A escola crítica, de outra forma,

⁹ ZEMANEK, Karl. General course on public international law. **R.C.A.D.I.**, t. 266, 1997-1998, p. 293: “International organizations are the only existing structures to which the orderly collective enforcement of international obligations could be entrusted. However, as has been described in some detail, enforcement is not the best-developed feature of international organizations. Where it is provided for, either in the constitution of an organization or in a convention adopted under its auspices, it functions in an indirect way: by establishing some sort of international control, mostly in the form of a reporting system that is sometimes strengthened by compliance procedure, organizations try to enlist the pressure of public opinion for inducing compliance.” Tradução livre: “As organizações internacionais são as únicas estruturas coletivas existentes às quais a execução ordenada de obrigações internacionais poderia ser confiada. No entanto, como tem sido descrito com algum pormenor, a constrição (*enforcement*) não é a característica mais desenvolvida das organizações internacionais. Onde é previsto, quer na constituição de uma organização ou de uma convenção adotada sob os seus auspícios, funciona de forma indireta: mediante a criação de algum tipo de controle internacional, principalmente na forma de um sistema de comunicação que por vezes é reforçada pelo procedimento de cumprimento; as organizações tentam mobilizar a pressão da opinião pública para induzir o cumprimento.”.

¹⁰ WHITE, N. D. **The law of international organizations**. Manchester: Manchester University Press, 1996. p. 3: “The functionalist approach adopted by international lawyers is characterized by a rejection of the Idea that international organizations are simply ‘vehicules for conference between the member nations’. Instead, it is argued, they have a degree of autonomy. ‘In particular, this school of thought advances the idea that international organizations have the law-making capacity sometimes beyond that provided in their constitutions. For example the UN Charter in Article 25 provides that decisions of the Security Council are binding on member nations, in a different context under the 1957 Treaty of Rome and subsequent treaties, legislation adopted by the Council of Minister and the Commission is directly binding on members of the European Union. Whereas the formalist would

procura combater as visões eurocentristas, que identifica nas demais escolas, considerando isso um vício histórico ao que antepõe a neutralidade.¹¹

Essa observação da escola crítica merece uma reflexão, porque implica admitir a possibilidade de as Cortes internacionais de direitos humanos não serem entes neutros. Essa discussão nos leva a um problema cuja discussão é mais ampla que a proposta neste artigo, mas a verdade é que não se pode esperar neutralidade absoluta de quem quer que seja – pode-se exigir imparcialidade de um juiz, mas não há como exigir que ele não seja influenciado por suas percepções subjetivas e por sua formação pessoal.

Na verdade, isso não chega a ser um problema, mas é um aspecto que deve sempre ser considerado. É que os interesses e perspectivas subjetivas, que venham a convergir em um ambiente hermético e homogêneo podem transformar a Corte IDH em um instrumento de dominação – o que é um problema em qualquer hipótese.

A reflexão de Santos apresenta o que pode ser uma resposta muito apropriada para lidar com esse potencial problema. O professor de Coimbra advoga a necessidade de diálogos multiculturais que garantam a legitimidade dos direitos humanos. Nessa linha, nega a fertilidade do pensamento *relativismo versus universalismo* nos tempos atuais. Da perspectiva de Santos, evidencia-se o risco de que os documentos internacionais de direitos humanos tenham o potencial de consolidar um direito supostamente universal determinado por interesses

argue that beyond this the United Nations or other organizations do not have any greater law making capacity than literally found in their treaty make-up, scholars like Professor Higgins argue that they do.”

p. 8: “According to the rationalist viewpoint, as international society evolves with the passage of time, it will increasingly move in the direction of world government. The difference between the rationalist approach and the functionalist approach can be seen in that rationalism predicts the development of international organizations towards world government whereas the functionalists see this as being achieved only if it is the final building block in the functional development of international organizations. In addition, rationalists see the development of international society moving towards more legal formalities and the rule of law – the idea that everybody in the system, government as well as governed, are subject to immutable and neutral legal principles. The functionalists, on the other hand, are keen to reduce the role of rigid legal structures which they see as getting in the way of international or regional agencies dealing effectively with common problems. In this respect the functionalists are nearer to the realist tradition reviewed below.

Rationalism must not be confused with positivism which advocates the systematic and scientific analysis of, in this case, international relations, in order to describe them and explain their working. Positivism, with its emphasis on a value-free, neutral approach to study, is not committed to the idea that international society is or ought to be developing towards world government.”

p. 12: “In many ways the realists are like the positivists in that they are concerned with the world condition as it is rather than as it ought to be. Unlike the positivists, who in the main, concentrate on the legal situation, the realists are more concerned with what they see as the all-pervading struggle for power between States or blocs of States. World organizations are simply a reflection of this power struggle.”

¹¹ ALVAREZ, José E. **International organizations as law-makers**. New York: Oxford University Press, 2006. p. 39.

particulares. Na verdade, aqui, pode-se avançar na conclusão para dizer que as decisões da Corte IDH podem desempenhar o mesmo desserviço.¹²

Não são poucos os exemplos de intervenção militar hegemônica sob o pretexto de proteção dos direitos humanos, ou mesmo implementação sistêmica de tortura, sob o argumento de proteção aos direitos humanos. Neste último caso, a Corte IDH posicionou-se firmemente, confirmado suas virtudes, mas é sempre preciso zelar por isso.

Em outras palavras, se um dia os direitos humanos foram usados de forma ideológica e pragmática, atualmente está-se diante de um momento de crise e de força que abre a oportunidade para correções práticas efetivas nessa rota. E essa prática corretiva não pode olvidar do risco de que outros grupos venham a se apropriar indevidamente do sistema para impor outras posições hegemônicas.

Santos destaca, nesse sentido, o enfraquecimento do Estado,¹³ levando à reflexão sobre como isso pode implicar o enfraquecimento dos direitos humanos – já que estão ancorados no Estado. Daí a intensa internacionalização, com a globalização, pode servir bem para escorar uma nova e emergente política pós-nacional de direitos humanos – e as instituições internacionais precisam se manter fortes e hígidas. Santos propõe:

[...] o meu objetivo é desenvolver um quadro analítico capaz de reforçar o potencial emancipatório da política dos direitos humanos no duplo contexto de globalizações conflitantes, por um lado, e da fragmentação cultural e da política de identidades, por outro. Pretendo apontar as condições que permitem conferir aos direitos humanos, tanto o escopo global, como a legitimidade local, para fundar uma política progressista de direitos humanos, direitos humanos concebidos como a energia e a linguagem de esferas públicas locais, nacionais e transnacionais, actuando em rede para garantir novas e mais intensas formas de inclusão social.¹⁴

¹² Santos diz: “Na forma como têm sido predominantemente concebidos, os direitos humanos são um localismo globalizado. Trata-se de uma espécie de esperanto, de uma língua franca que dificilmente se poderá tornar na linguagem quotidiana da dignidade humana nas diferentes regiões culturais do globo. Neste artigo delineei os fundamentos para uma concepção intercultural das políticas emancipatórias de direitos humanos.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 45).

¹³ *Op. cit.*, p. 6.

¹⁴ *Ibidem*, p. 8.

Assim, Santos aponta para mudanças sociológicas absolutamente relevantes a uma nova ótica sobre os direitos humanos – e que, segundo ele, perdem seu importante espaço para discussões menos relevantes como o fundamento filosófico, sobressaindo a identificação cultural que subsidie a legitimidade.¹⁵

3 Valores absolutos ou pragmatismo: direitos humanos no resultado prático do agir

A cena de “*O Resgate do Soldado Ryan*” também destaca que direitos humanos são marcados pelo seu conteúdo ético, muito mais do que por sua conformação formal e hipotética. É o argumento ético, compatível com a realidade que se vive e com os valores que são reconhecidos como relevantes pelos envolvidos, que convence a correção no agir. Não foi a citação ao regulamento, trazido pelo cabo, que deteve o desejo de matar um adversário rendido.

Normalmente, argumentos funcionalistas, como a necessidade de preservar a integridade do sistema, são prontamente abandonados em situações de crises, ou contornados pela distorção ética – é o que a história demonstra. Ademais, a necessidade de proteção ao sistema, em si, não tem a mesma força para se sobrepor aos interesses predominantes do que um conteúdo material ético de peso.

Esse conflito sobre o referencial argumentativo para solucionar situações de crise é bem refletido pela questão sobre o argumento da bomba-relógio. Ela pode ser assim sintetizada: preso um terrorista que sabe onde a bomba-relógio irá explodir, matando milhares de pessoas, justifica-se ou não a tortura para obter informações que salvarão vidas?

Um debate sob perspectivas diversas trará respostas distintas, ou respostas convergentes no resultado, mas sob fundamentos distintos. Uma linha utilitarista, por exemplo, propõe a relativização de valores afirmados internacionalmente, pelo benefício que isso possa gerar.¹⁶ Assim, a tortura do terrorista seria admitida nesse caso, para obtenção de informações sobre a localização da bomba,¹⁷ mesmo se tratando de uma proibição diretamente relacionada

¹⁵ A oposição ao debate filosófico, após apontar cinco premissas em seu texto, leva à seguinte síntese: “Estas são as premissas de um diálogo intercultural sobre a dignidade humana que pode levar, eventualmente, a uma concepção mestiça de direitos humanos, uma concepção que, em vez de recorrer a falsos universalismos, se organiza como uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis, e que se constitui em rede de referências normativas capacitantes.” (*ibidem*, p. 18).

¹⁶ ALLHOFF, Fritz. Repensando a tortura e bombas-relógio. In: CARDIA, Nancy; ASTOLFI, Roberta (org.). **Tortura na era dos direitos humanos**. São Paulo: Edusp, 2014. p. 175-199. ([Coleção Direitos Humanos](#)).

¹⁷ O argumento da bomba -relógio pode ser assim sintetizado: preso um terrorista que sabe onde a bomba -relógio irá explodir, matando milhares de pessoas, justifica -se a tortura para obter informações que salvarão vidas.

com a dignidade humana.¹⁸ O fundamento é que intuição e consentimento comum – admissibilidade moral majoritária –, além de dúvidas sobre a justificativa moral, seriam critérios de aceitabilidade da tortura em um caso como esse.

Em contraposição, com resultado distinto, podemos citar Rodin,¹⁹ para quem a resposta seria sempre negativa, à possibilidade de admitir a tortura como uma prática correta. Nessa perspectiva, admitir a tortura se caracterizaria como uma extrema relativização de valores fundantes. A tortura é um caso especial de repugnância legal e moral semelhante e absoluta, por ser contrária a valores coletivos que constituem elemento de uma comunidade política. Ainda, mesmo a perseguição aos criminosos deve ocorrer segundo as leis, respeitado o devido processo legal. A premissa adotada por Rodin para essa contestação à tortura parte da ideia de que, em qualquer realidade liberal, a tortura seria incompatível com os valores fundantes.

Mesmo se considerando incerteza sobre a ideia de ambiente liberal, é evidente o cerne da discussão: Rodin admite que alguns parâmetros consolidados no plano internacional não podem ser tergiversados. Em outros termos, para Rodin, não há espaço para sopesamento ante determinados valores comungados pela comunidade.

Como é sempre comum em situações como essa, ambos os argumentos têm pontos de fragilidade. O argumento utilitarista refere-se a uma tal abstração e generalidade das normas de direitos humanos que permite a sua manipulação segundo interesses particulares. Assim, o papel do direito internacional dos direitos humanos é neutralizado como elemento limitador da discricionariedade estatal, e indevidamente convertido em meio de supostamente legitimar qualquer decisão.

Quanto à posição de Rodin, a crítica que se pode dirigir demanda uma análise um pouco mais complexa. É que Rodin parte do princípio de haver valores fundantes no sistema, que devem ser sempre preservados – e nisso está certo. É exatamente esse aspecto de sua percepção que permite prevenir a fragilidade da construção utilitarista. Tendo-se com clareza a existência de elementos fundantes e limites inflexíveis é que se garante alguma efetividade à limitação da discricionariedade estatal em situações críticas.

Contudo, a crítica que resta a Rodin é: quais, exatamente, são os valores fundantes? Diante da ameaça à vida de tantas pessoas, e das chances de salvá-las, sustenta-se o

¹⁸ Vide texto da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua XL Sessão, realizada em Nova Iorque, em 10 de dezembro de 1984. No Brasil, promulgada pelo Decreto nº 40/1991.

¹⁹ RODIN, David. A proibição da tortura. In: CARDIA, Nancy; ASTOLFI, Roberta (org.). **Tortura na era dos direitos humanos**. São Paulo: Edusp, 2014. p. 200-220.

argumento ético de que há um valor fundante da proibição da tortura? Ao final da consequência trágica, cada um dos envolvidos seria capaz de se sentir tranquilo por ter feito o possível para evitar o mal maior: a perda de vidas?

Na verdade, o que parece ser a questão fundamental não é se a tortura é ou não repugnante – porque ela é e a comunidade, como atesta Rodin, comunga desse valor. A questão, na verdade, é: diante de uma situação clara e evidente como a posta na questão hipotética, a tortura, que é repugnante, justificar-se-ia para evitar um irremediável extermínio de vidas, valor logicamente precedente?

É da vida humana que decorrem os demais direitos e a questão é rica, inclusive, por essa perspectiva: o existir precede, logicamente, o manter íntegro. Assim, em uma situação abstrata, apenas considerando valores abstratos em um plano teórico, a resposta de que a tortura é um valor fundante é bastante lógica. No entanto, se alguém salvar a vida de outra pessoa, utilizando-se de tortura em situação inevitável e como última alternativa, essa pessoa pode ser considerada como tendo cometido uma conduta antiética ou mesmo antijurídica? A resposta parece ser negativa.

Mas a resposta negativa não é assim tão simples e comum. Na Baía de Guantánamo, a tortura e outras práticas desumanas eram promovidas pelos Estados Unidos²⁰

²⁰ Resolução nº 2/06 – Das medidas cautelares sobre os detidos em Guantánamo e Resolução nº 2/11 – Acerca da situação dos detidos na Baía de Guantánamo, Estados Unidos – Medidas de Precaução 259-02. Deste último documento, destaque-se: “Em conclusão, a falta de cumprimento dos Estados Unidos das medidas cautelares emitidas pela Comissão causou danos irreparáveis aos direitos fundamentais dos detidos na Baía de Guantánamo, como a Comissão indicou em ocasiões anteriores. O Estado reconheceu que os detidos têm o direito a que os tribunais avaliem as razões pelas quais estão detidos. No entanto, os tribunais norte-americanos parecem diferir de forma consistente do Executivo, tornando esse direito ilusório. O Comitê volta a instar os Estados Unidos a fecharem a instalação de Guantánamo sem demora e organizar o processamento ou a libertação dos presos. Os ensaios devem ser realizados de uma forma expedita, respeitando os direitos dos acusados ao devido processo legal e a um julgamento justo. A Comissão insta também os Estados Unidos a revelarem a identidade dos detidos cujas transferências foram aprovadas e assegurar que estes e todos os demais na mesma situação tenham acesso a uma revisão adequada e individualizada dos elementos que justificam a sua mudança para um país específico por um organismo independente e imparcial. Por fim, a Comissão considera essencial que os Estados Unidos permitam visitar os centros de detenção na Baía de Guantánamo, bem como falar livremente com quem está detido”. Tradução livre de: Resolución nº 2/11 – Sobre la Situación de los Detenidos de la Bahía de Guantánamo, Estados Unidos – Medidas Cautelares 259-02: “En conclusión, la falta de cumplimiento de Estados Unidos con las medidas cautelares dictadas por la Comisión ha ocasionado un daño irreparable a los derechos fundamentales de los detenidos en la Bahía de Guantánamo, tal como la Comisión lo ha indicado en ocasiones previas. El Estado ha reconocido que los detenidos tienen el derecho a que los tribunales revisen las razones por las cuales se los mantiene en detención; sin embargo, los tribunales estadounidenses parecen diferir consistentemente al Poder Ejecutivo de manera que este derecho se vuelve ilusorio. La Comisión nuevamente insta a Estados Unidos cerrar las instalaciones de la Bahía de Guantánamo sin demora y disponer el procesamiento o la liberación de los detenidos. Los juicios deberían llevarse a cabo de manera expedita, respetando los derechos de los procesados a debido proceso y a las garantías judiciales. La Comisión además insta a Estados Unidos revelar la identidad de los detenidos cuyos traslados se han aprobado y asegurar de que éstos y todos los detenidos en la misma situación tengan acceso a una revisión adecuada e individualizada de los hechos que fundamenten su traslado a un país específico por parte de un órgano independiente e imparcial. Finalmente, la Comisión considera fundamental que Estados Unidos permita que visite las instalaciones de detención en la Bahía de Guantánamo y que pueda

sob a argumentação utilitarista de que serviam à proteção de um conceito amplamente abstrato de direitos humanos, diante das ameaças à vida e segurança dos cidadãos americanos. Uma regra foi criada abstratamente, e aplicada em um contexto geral, sob o fundamento utilitarista, e desafiando a dignidade humana. Tanto é assim que foi condenada pela opinião pública e, por fim, a tortura oficialmente acabou sendo abandonada pelo governo americano, ante a oposição manifestada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Portanto, a perspectiva utilitarista parece levar ao risco de flexibilizar os valores, permitindo a manipulação dos direitos humanos para que sirvam a interesses previamente destacados, de modo geral. A resposta utilitarista redefine o conteúdo e os valores em tese. Diferente disso, a premissa de reconhecimento de valores fundantes tende a preservar a efetividade dos direitos humanos, mesmo em situações de crise. Por outro lado, a interação dos valores, mesmo dos fundantes, em cada caso concreto, exige atenção à conformidade dos direitos humanos no resultado prático do agir, em cada caso.

4 Desafio da Corte Interamericana de Direitos Humanos: legitimidade das decisões no contexto multicultural, para além da jurisdição obrigatória

Fossem as regras de direito internacional objetivamente aplicáveis e os valores absolutamente bem definidos, então a única função para as Cortes internacionais de direitos humanos seria a de fiscalizar e exigir o cumprimento do direito. Nesse caso, a única grande questão seria a do *enforcement* – e, uma vez decidido um caso, nos semelhantes nunca mais seria necessária nova discussão. Entretanto, o problema é mais agudo: em cada caso sob apreciação de uma Corte internacional de direitos humanos, uma base cultural e um conjunto de prioridades e histórias interagem de modo real com os valores internacionalmente reconhecidos. Trata-se de um diálogo que nunca encerra uma regra geral.

Há uma legítima variação entre o desenvolvimento do direito, segundo o padrão cultural de cada povo e que nunca pode ser desconsiderado. Os juízos devidos pelas Cortes internacionais de direitos humanos não podem cair no erro de tomar só a sua perspectiva de direito, porque precisam dialogar com os valores e as perspectivas de cada povo. É preciso, estabelecendo um paralelo com a cena de “*O Resgate do Soldado Ryan*”, apresentar um

entrevistar libremente a cualquier persona que se encuentra detenida.” (CIDH. **Resolución nº 2/11.** Sobre la Situación de los Detenidos de la Bahía de Guantánamo, Estados Unidos. Medidas Cautelares 259-02. Washington, DC, 22 jul. 2011. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Resoluci%C3%B3n%20Guant%C3%A1namo.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016).

argumento que pareça legítimo ao seu destinatário, ainda que o resultado seja contrário ao que ele esperaria.

O exemplo do *Caso Atala Rifo*,²¹ julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, serve para evidenciar especialmente como a extensão dos conceitos jurídicos varia em cada sistema (internos e internacional). Mais do que isso, o caso evidencia uma questão delicada: até que ponto um Tribunal Internacional pode determinar a conformação de conceitos jurídicos fundamentais para o funcionamento do sistema interno sem dialogar efetivamente com ele?

No caso em exame, a questão central levada à Corte foi o tratamento discriminatório e a interferência arbitrária na vida privada e familiar decorrente de orientação sexual – além de outros tópicos adjacentes, como garantias judiciais, proteção da honra e dignidade, proteção da família, da criança, igualdade perante a lei e proteção judicial.

Embora o Chile seja um Estado signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, e conte com uma disposição sobre igualdade em sua Constituição, é certo que na prática fez uma interpretação restrita sobre a não discriminação relacionada à orientação sexual. Mais do que isso: diante da Corte, o Estado chileno argumentou a necessidade de uma convergência de convicções entre os Estados – o mesmo necessário para a celebração de um tratado internacional.²² Importa destacar que se trata de uma questão de interpretação – e o conflito está propriamente na interpretação, e não na definição do texto da norma – sobre a qual existe conflito.

A Corte não poderia se deter em conjecturas filosóficas, então teve que estruturar de forma pragmática e consistente a legitimidade de sua decisão. Para enfrentar devidamente esse argumento de falta de consenso entre diversos Estados, a Corte procurou fazer ricas referências a documentos internacionais de direitos e manifestações de organismos internacionais, e se balizou, por exemplo, na opinião do Comitê de Direitos Humanos, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, nas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, bem como nas decisões de tribunais nacionais²³ – isso além de se deter em profunda

²¹ O problema central do caso é: a mãe teria perdido a guarda dos filhos, a pedido do pai, porque após a separação teria formado uma nova família, em relação homoafetiva.

²² A questão é importante, mas não pode ser sumariamente resolvida, em razão de sua complexidade, uma vez que os direitos humanos não podem estar atrelados apenas à aceitação voluntária dos Estados, porque há outros pressupostos que merecem ser considerados.

²³ Veja-se: “137. Por sua vez, a Corte Suprema de Justiça da Nação do México observou que: da dignidade humana [...] deriva, entre outros, o livre desenvolvimento da personalidade, ou seja, o direito de cada indivíduo escolher, livremente e de forma autônoma, como viver a sua vida, que inclui, entre outras expressões [...], sua opção sexual livre. A orientação sexual da pessoa, como parte de sua identidade pessoal, [é] um elemento importante no plano de vida que, como qualquer outra pessoa, inclui o desejo de ter uma vida junto com outra

análise sobre o alcance do direito à igualdade, à não discriminação e à orientação sexual como categoria protegida:

79. Sobre o princípio da igualdade perante a lei e da não discriminação, a Corte declarou que a noção de igualdade brota diretamente da unidade da família humana e está ligada à dignidade essencial da pessoa, contra a qual é incompatível qualquer situação, que considerando alguém acima de um determinado grupo, leve a um tratamento privilegiado; ou, inversamente, considerando inferior, seja tratado com hostilidade ou sujeite a discriminação no gozo de direitos que são reconhecidos a quem não seja considerado incursão em tal situação. A jurisprudência do Tribunal de Justiça também indicou que, na fase atual da evolução do direito internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação entrou no domínio do *jus cogens*. Nela repousa a estrutura jurídica da ordem pública nacional e internacional e permeia todo o sistema legal²⁴.

A decisão da Corte, atenta às interpretações jurisprudenciais de outros Estados e de Cortes Internacionais, relevou aspectos multiculturais. No entanto, embora suficientemente superada a questão da discriminação sofrida pela família chilena, a decisão avançou sobre o tratamento do conceito de família (artigo 17 da CADH). O juiz Alberto Pérez Pérez, por sua vez, deteve-se na questão da interpretação evolutiva do artigo 17 – em uma espécie de sensibilização pelo argumento chileno. Para o magistrado, era desnecessário invadir essa

pessoa de mesmo sexo ou de sexo diferente”. Tradução livre de: “137. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha señalado que:

de la dignidad humana [...] deriva, entre otros, el libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones, [...] su libre opción sexual. [L]a orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, [es] un elemento relevante en el proyecto de vida que tenga y que, como cualquier persona, incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo” (CORTE IDH. **Caso Atala Riff y niñas vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, n. 239. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196&lang=e. Acesso em: 4 ago. 2016).

²⁴ Tradução livre de: “79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico” (*ibidem*).

questão, e ingressar no mérito do conceito de família determinaria um pronunciamento da Corte sobre um ponto delicado e não suficientemente consolidado entre os Estados:

20. Concordo com a abordagem da interpretação evolutiva que considera a Convenção Americana como um instrumento vivo a ser entendida sob as circunstâncias atuais, mas sob o entendimento de que o progresso nesta área demanda um consenso, um espaço de coincidência ou uma convergência de normas entre os Estados partes (ver parágrafo 9).²⁵

Se, por um lado, a natureza contramajoritária é fundamento da Corte de Direitos Humanos, por outro, o caso sugere, aqui, uma reflexão acerca de juízo moralizante. Ao escrever sobre as observações de Condorcet alusivas à Revolução Francesa como um novo perigo para a autonomia do indivíduo, Todorov conclui que, “Quando é o poder que diz ao povo aquilo em que é preciso crer, está se referindo a uma ‘espécie de religião política’, raramente preferível à precedente”.²⁶

A preocupação evidenciada é a de não transformar a Corte em um instrumento de imposição hegemônica de universalismos, uma vez que é preciso sedimentar a autoridade da Corte também na legitimidade decorrente de um multiculturalismo. Mostra-se razoável a ideia de que os valores multiculturais devem interagir, servindo a Corte como ambiente propício para tanto – e não para a definição unilateral de interpretações e juízos moralizantes.

Veja-se que o juiz Alberto Perez Perez está seguro do acerto da decisão quanto à proibição da discriminação fundada na orientação sexual, pela estruturação da decisão, por verificar algum espaço de coincidências na percepção dos Estados, com argumentos jurídicos sedimentados:

20. [...] Tal é o que ocorre no caso do reconhecimento de que a discriminação fundada na orientação sexual deve ser entendida proibida (parágrafos. 83-93 do acórdão), pois existe não só entre os Estados- parte da Convenção Americana, mas entre todos os Estados membros

²⁵ Tradução livre de: “20. Estoy de acuerdo con el criterio de interpretación evolutiva que considera a la Convención Americana como un instrumento viviente que ha de entenderse de acuerdo con las circunstancias actuales, pero en el entendido de que para avanzaren ese terreno es necesario que exista un consenso, un espacio de coincidencia o una convergencia de estándares entre los Estados partes (ver supra, párr. 9).” (CORTE IDH. **Caso Atala Riff y niñas vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, n. 239. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196&lang=e. Acesso em: 4 ago. 2016).

²⁶ TODOROV, Tzvetan. **O espírito das luzes**. São Paulo: Ed. Barcarola, 2006, p. 71.

da OEA, um conceito claro sobre isso, expresso nas resoluções da Assembleia Geral citados (nota de rodapé 97).²⁷

Já em relação a se aprofundar no conceito de família (objeto de interpretação evolutiva), essa prerrogativa (espaço de coincidências) e, sobretudo, reunião de argumentos, não estaria suficientemente formada e a Corte teria, assim, invadido uma instância de valores prematuramente e sem a devida profundidade. Nesse sentido, o juiz Perez Perez conclui:

23. Em outras palavras, é uma das áreas em que há mais necessidade de se reconhecer uma margem nacional de apreciação, na qual terá que se fazer uma investigação que não deve ser realizada neste caso, mas que deve ser feita quando o ponto for objeto de um processo na Corte e se colham os argumentos das partes e, eventualmente, dos *amici curiae*.

24. Tudo isso reafirma minha convicção de que não é necessário, nem prudente, que neste caso se declare uma violação do n.º 1 do artigo 17.º, que poderia ser entendido como um pronunciamento implícito sobre a interpretação das várias disposições deste artigo²⁸.

Embora as razões expostas pelo juiz Perez Perez possam eventualmente se sujeitar a debates interessantes, a verdade é que o problema por ele notado merece mesmo atenção sob determinado ponto de vista: evidencia o aspecto multicultural da evolução do direito e como o direito internacional deve interagir em diálogo com esse fenômeno – e não meramente por imposições.

É, pois, oportuno frisar que a questão não é se o resultado da decisão está correto, mas se esta está devidamente fundada em uma argumentação que considere o multiculturalismo, confrontando os argumentos, os textos e as decisões nacionais e internacionais sobre o tema.

²⁷ Tradução livre de: “20. [...] Tal es lo que ocurre en el caso del reconocimiento de que la discriminación fundada en la orientación sexual debe entenderse prohibida (párrs. 83 a 93 de la Sentencia), pues existe no sólo entre los Estados partes de la Convención Americana, sino entre todos los Estados miembros de la OEA, un claro concepto al respecto, expresado en las resoluciones de la Asamblea General que se citan (nota 97)” (CORTE IDH. **Caso Atala Riff y niñas vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, n. 239. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196&lang=e. Acesso em: 4 ago. 2016).

²⁸ Tradução livre de: “23. En otras palabras, es una de las esferas en que resulta más necesario reconocer un margen de apreciación nacional, para lo cual habrá que hacer una indagación que no corresponde llevar a cabo en el presente caso, sino que deberá hacerse cuando el punto sea objeto de un caso planteado ante esta Corte y se escuchen los argumentos que al respecto formulen las partes y eventualmente los amici curiae que se presenten. 24. Todo ello me reafirma en la convicción de que no es necesario ni prudente que en este caso se declare una violación del párrafo 1 del artículo 17 que pudiera tomarse como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones de dicho artículo.” (*ibidem*).

Na mesma linha de Boaventura Santos, uma ideia de padrão normativo universal atrelada a direitos humanos meramente abstratos poderia converter-se em instrumento de hegemonia injusta, inclusive quando esses padrões são definidos por uma Corte internacional de direitos humanos. Dessa maneira, o diálogo intercultural, que considere o valor de cada ordenamento e, sobretudo, certa coincidência entre eles – não meramente formal, mas sim substancial – é condição fundamental para que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como as demais, desempenhe sua necessária função fortalecendo sua legitimidade.

A função da Corte IDH, como das demais, é ser instância de discussões ricas, respeitosas em relação às dificuldades reais vividas pelos sujeitos de cada conflito, e não um oráculo, ou instância superior e infalível. A humanidade e suas instituições não estão habilitados à perfeição, mas a sempre buscá-la. É nesse sentido que Casella conclui, citando o escritor alemão: “Não abramos mão de continuar pensando e mantendo a nossa dignidade. Como escreveu GOETHE, o homem sabe que nunca poderá atingir a perfeição, mas a dignidade do homem está em nunca desistir de continuar tentando.”.²⁹

Casella³⁰ lembra, ainda, que o nível de fragmentação e complexidade que caracterizam o mundo atual não permite mais que Estados evitem a regulação internacional para resolução de problemas que já não podem ser resolvidos nacionalmente. No entanto, não se deve correr o risco de assentar o direito internacional em sistemas que permitam que ele seja reduzido ao que os poderosos do momento desejam – como foi durante séculos. Ao contrário, o papel do direito internacional pós-moderno é exatamente o de impor limites ao poder discricionário dos Estados,³¹ mas, sobretudo, a partir de uma perspectiva rica, de diálogo constante e reflexão crítica sobre o conteúdo material dos direitos humanos.

Enfim, se não é possível conviver com a justiça absoluta, buscando-se opções uniformes para cada situação, também não se mostra apropriado admitir que um Estado, uma ideia ou mesmo uma Corte internacional de direitos humanos se torne o referencial absoluto do certo definitivo:

Sonhar com uma justiça absoluta me parece não somente vã, mas nefasto. A existência humana é um “jardim imperfeito”, dizia Montaigne; não deveríamos nos esquecer disso: os desvios

²⁹ CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do direito internacional pós-moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 1181.

³⁰ *Ibidem*, p. 1378-1381.

³¹ Nessa mesma linha, vale lembrar que Carvalho Ramos destaca a essência contramajoritária do direito internacional dos direitos humanos (CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 130).

moralizantes são prejudiciais. Apesar disso uma vida sem justiça não é de maneira nenhuma vida humana. Desconfiemos dos dois extremos: não temos de nos envergonhar de escolher esse caminho intermediário.³²

Essa perspectiva evidencia, ainda, a postura de abertura que tanto as Cortes internacionais como os Estados devem assumir em relação ao direito internacional – norma e interpretação –, o que afastará os sistemas do risco de assumirem, segundo sua moralidade, a condição de perseguidores isolados ou, tomando emprestadas as palavras de Todorov, de “*representantes da Igreja institucional que se inspiram na frase emblemática de Bossuet: ‘Eu tenho o direito de perseguir-vos porque tenho razão e vós estais errados’*”.³³

Conclusão

Os valores fundantes do sistema devem ser preservados e reafirmados, e isso é uma das funções primordiais da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como é de todas as demais Cortes, nacionais ou internacionais, organizações, Estados e indivíduos. Quanto mais guardiões, melhores as chances de esses valores serem relembrados em momentos críticos. No entanto, esses valores não resolvem, por si, todas as questões.

Os direitos humanos não se formam apenas pelas regras lançadas nos textos internacionais e que podem se aplicar pelo método dedutivo, ou mesmo pela mera enunciação de princípios. A ideia de direitos humanos é indissociável de seu conteúdo ético e, portanto, revela-se em cada situação de modo único, não esgotando seu valor em enunciação abstratas e gerais, de regras ou princípios. Por isso mesmo, a função da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como de todas as Cortes internacionais de direitos humanos, é manter um diálogo crítico permanente, compreendendo que cada caso deve ser considerado a partir de suas ricas peculiaridades culturais locais.

O desafio da Corte IDH, como das demais, nesse contexto, é reafirmar sua legitimidade em cada caso, valorizando de forma especial a construção de suas decisões e evidenciando que a realidade prática dos interessados é considerada particularmente. Os fundamentos da decisão e a forma de sua comunicação são fundamentais para fortalecer o

³² TODOROV, Tzvetan. Os limites da justiça. In: CASSESE, A.; DELMAS-MARTY, M. (org.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. São Paulo: Manole, 2004. p. 47.

³³ TODOROV, Tzvetan. **O espírito das luzes**. São Paulo: Ed. Barcarola, 2006, p. 76.

sistema de proteção e garantir o respeito às suas decisões. A vinculação jurídico-formal, embora elemento de altíssima relevância, não é elemento definitivo.

Além disso, os riscos de conversão dos sistemas internacionais em mecanismos de controle hegemônico só podem ser bem mitigados a partir do aprofundamento das discussões e dos argumentos evidenciados em suas posições. A confiança em sistemas funcionalistas ou utilitaristas mostra-se temerária ante o elevado grau de abstração e generalidade das normas de direitos humanos, que permite a sua manipulação segundo interesses particulares.

Por outro lado, a compreensão de que os valores são simplesmente absolutos, *a priori*, é incompatível com a riqueza multicultural com que o direito internacional dos direitos humanos deve se relacionar. Embora se deva reconhecer os valores fundantes do sistema, o resultado de cada decisão deve ser igualmente submetido a um juízo ético, sob rica argumentação que considere, na maior intensidade possível, a realidade.

No filme “*O Resgate do Soldado Ryan*”, o cabo *Timothy Upham* (Jeremy Davies) representaria bem os tratados e convenções: ele diz o que é certo. O capitão *John Miller* (Tom Hanks), por sua vez, representa bem o papel que deve ser das Cortes Internacionais de Direitos Humanos: ele se encontra com a humanidade que há em si, sofre e chora a realidade de que faz parte. Ele conhece cada detalhe do que é relevante, do que é difícil, o sentimento de fazer “justiça” com o qual tem que lutar, mas, sobretudo, é capaz de localizar o seu referencial ético ideal – no professor que foi. É a partir do ideal ético que toma a decisão que coincide com as propostas pelo cabo.

Mais do que isso, o capitão sabia que o *enforcement* seria inútil ali. O sargento comprovou isso. O capitão expôs as razões de sua decisão, de cumprir as Convenções de Genebra, mas não pelo texto, pela regra, pela forma, pelo funcionalismo. Utilizou argumentos que foram reconhecidos, porque compartilhados.

A cena tem uma profundidade muito maior do que as palavras poderiam descrever e permite ricas reflexões sobre os desafios que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem na construção de sua legitimidade, na compreensão de seus desafios, para muito além da jurisdição contenciosa obrigatória.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA G. E. do; CASELLA, P. B. **Manual de direito internacional público.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALLHOFF, Fritz. Repensando a tortura e bombas-relógio. In: CARDIA, Nancy; ASTOLFI, Roberta (org.). **Tortura na era dos direitos humanos**. São Paulo: Edusp, 2014. (Coleção Direitos Humanos).

ALVAREZ, José E. **International organizations as law-makers**. New York: Oxford University Press, 2006.

BRASIL. **Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991**. Promulga a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua XL Sessão, realizada em Nova Iorque, em 10 de dezembro de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm. Acesso em: 15 ago. 2016.

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do direito internacional pós-moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 1181.

CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CIDH. **Resolución nº 2/11**. Sobre la Situación de los Detenidos de la Bahía de Guantánamo, Estados Unidos. Medidas Cautelares 259-02. Washington, DC, 22 jul. 2011. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Resoluci%C3%B3n%202-11%20Guant%C3%A1namo.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

CORTE IDH. **Caso Atala Riff y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas**. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Série C, n. 239. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196&lang=pt. Acesso em: 4 ago. 2016.

FLOH, Fábio. Direito internacional contemporâneo: elementos para a configuração de um direito internacional na Ordem Internacional Neo-Vestfaliana. In: CASELLA, P. B. et al. (org.). **Direito internacional, humanismo e globalidade** – Guido Fernando Silva Soares: amicorum discipulorum liber. São Paulo: Atlas, 2008.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODIN, David. A proibição da tortura. In: CARDIA, Nancy; ASTOLFI, Roberta (org.). **Tortura na era dos direitos humanos**. São Paulo: Edusp, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

SAVING Private Ryan. Direção: Steven Spielberg. Produção: Steven Spielberg *et al.* Intérpretes: Tom Hanks, Tom Sizemore, Matt Damon, Edward Bons, Barry Pepper, Vin Diesel. Roteiro: Robert Rodat. Música: John Williams. Los Angeles: Paramount Pictures, Estados Unidos, 1998. 1 DVD.

TODOROV, Tzvetan. Os limites da justiça. In: CASSESE, A; DELMAS-MARTY, M. (org.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. São Paulo: Manole, 2004.

_____. **O espírito das luzes**. São Paulo: Ed. Barcarola, 2006. p. 71.

VILLEY, Michel. **Archives de Philosophie du Droit**. Paris: Sirey, 1959.

WHITE, N. D. **The law of international organizations**. Manchester: Manchester University Press, 1996. p. 1-22.

ZEMANEK, Karl. General course on public international law. **R.C.A.D.I.**, t. 266, 1997-1998.