



OS PRECEDENTES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE REFINAMENTO DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS: DECISÃO JUDICIAL E NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ADSCRITA /DERIVADA

THE PRECEDENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AS A TOOL FOR REFINEMENT OF HUMAN RIGHTS RULES: JUDGMENT AND STANDARD FUNDAMENTAL RIGHT ENROLLED / DERIVATIVE

¹Tiago Clemente Souza

²Danilo Pierote Silva

RESUMO

Essa pesquisa possui o objetivo de demonstrar importância das decisões dos Tribunais Internacionais, especificamente a Corte Europeia de direitos Humanos, para o refinamento das normas de direitos humanos/fundamentais. Para tanto, se dedicará, em um primeiro momento, a identificar o conceito semântico de norma jurídica, o que colocará a hermenêutica jurídica em evidência; bem como, pontuará a questão da abertura da identificação da norma em decorrência dos conteúdos ético-morais inseridos nos enunciados normativos que prescrevem direitos humanos/fundamentais. Em um segundo momento, apresentaremos aquilo que Robert Alexy denomina de norma de direito fundamental atribuída ou adscrita, o que permitirá identificar como normas de direitos fundamentais todas as manifestação legislativas ou jurisdicionais que guardem correntes de fundamentação com as normas primárias de direitos humanos/fundamentais. Com isso, analisaremos duas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos como instrumento de refinamento, delimitação e, mais, como mecanismo de efetiva concretização das normas de direitos humanos/fundamentais, a partir das correntes racionais de argumentação.

Palavras-chave: Direitos humanos/fundamentais, Conceito semântico de norma, Norma de direito humano/fundamental atribuída/adscrita, Precedentes do tribunal europeu de direitos humanos

¹ Mestrado em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM), São Paulo (Brasil).

E-mail: tiago_csouza@hotmail.com

² Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM), São Paulo (Brasil).

E-mail: danilo_pierote@hotmail.com



ABSTRACT

This research has the objective of demonstrating the importance of the decisions of the International Tribunals, specifically the European Court of Human Rights, for the refinement of human / fundamental rights standards. Therefore be devoted, at first, to identify the semantic concept of a rule, which will put the legal hermeneutics in evidence; and, punctuate the question of the standard of identification of the opening due to the ethical and moral content inserted into legal norms that prescribe human / fundamental rights. In a second step, we will present what Robert Alexy calls a fundamental right given standard or enrolled, which will identify as fundamental rights standards all legislative or judicial manifestation that store chains of reasoning with the primary standards of human rights / fundamental rights. With this, we will analyze two decisions of the European Court of Human Rights as a refinement tool, delimitation and more, as a mechanism for effective implementation of human rights / fundamental rights standards. **Keywords:** Human / Fundamental Rights. Standard Semantic concept. Standard Human rights / Fundamental Awarded / enrolled. Precedents of the European Court of Human Rights.

Keywords: Human / fundamental rights, Standard semantic concept, Standard human rights / fundamental awarded / enrolled, Precedents of the european court of human rights



INTRODUÇÃO

Pensar as complexidades que envolvem os direitos humanos exige pensar a complexidade não só do seu reconhecimento, estabelecimento e delimitação, mas muito mais que isso, demanda, principalmente, refletir sobre sua implementação e concretização.

Na era dos direitos, para se utilizar da expressão de Norberto Bobbio, o plano da concretização dos direitos humanos apresenta-se em evidência, uma vez muito já se fez para o reconhecimento e delimitação dos direitos fundamentais, tanto no que diz respeito aos esforços da Academia, quanto no que diz respeito aos trabalhos desenvolvidos pelos Tribunais nacionais e internacionais que se dedicam a analisar os direitos humanos/fundamentais.

Quando direcionamos nossos olhares para o bloco legislativo nacional e internacional que fixam enunciados normativos de direitos humanos/fundamentais¹, verificamos que este apresenta uma natural abertura, indeterminação e abstração, já que em grande medida traz em seu seio conteúdos ético-morais que contribuem para sua pulverização. Além disso, é possível afirmar que a partir daquilo que se denomina de *linguistic turn* percebeu-se que a própria linguagem não poderia por si fechar todos os sentidos na sua mera textualidade, ou seja, o objeto linguístico não traria em si um sentido que deveria ser *extraído* pelo interprete, mas que seria este o responsável pela *atribuição* de sentido aos objetos (inclusive os textuais). Portanto, a abstração dos enunciados normativos que estabelecem os direitos humanos/fundamentais decorre, a princípio, da própria abertura da linguagem e do seu amplo conteúdo moral.

Diante desse problema a presente pesquisa se destinará a desenvolver uma construção analítico-normativa das normas de direitos humanos, especialmente da função das decisões dos tribunais internacionais para a proteção dos direitos humanos e o refinamento dos enunciados normativos que fixam direitos humanos, isso que

¹ Aqui vale ressaltar que a doutrina contemporânea é pacífica no sentido de que distinção entre Direitos Humanos e Fundamentais somente se apresenta em decorrência do nível de reconhecimento legislativo. Sendo reconhecido pelo texto constitucional nacional, haverá que se falar em direitos fundamentais; entretanto, sendo decorrência do reconhecimento da sociedade internacional no âmbito internacional, a nomenclatura adequada será direitos humanos. Vale pontuar, ainda, que não há necessariamente um diferença de substância entre eles, mas tão somente de nível de reconhecimento; o que não implica dizer que há identidade absoluta, na medida que o desenvolvimento de referidos direitos ocorrem a partir da prática jurídico-social de cada um dos países.



permitirá reconhecer, a partir dos precedentes dos Tribunais Internacionais, regras semânticas e pragmáticas para o refinamento das normas de direitos humanos/fundamentais, o que contribuirá substancialmente para a concretização do próprio direito em questão.

Em um primeiro momento, nos dedicaremos a apresentar a construção alexyana de conceito semântico de norma e a abstração das normas de direitos humanos/fundamentais, deixando em destaque a importância da hermenêutica jurídica para a identificação da norma jurídica quando diante dos enunciados normativos, principalmente daqueles que fixam direitos humanos/fundamentais.

Pretendemos, também, demonstrar como núcleo deste trabalho a importância dos precedentes dos Tribunais Internacionais, principalmente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como instrumento de refinamento das normas de direitos humanos/fundamentais no interior dessa dinâmica hermenêutica, que se apresentarão como normas de direitos fundamentais adscritas ou derivadas.

Finalmente, analisaremos uma decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e sua importância para o refinamento das normas de direitos humanos/fundamentais e consequente concretização.

2. O conceito semântica de norma jurídica e a abstração dos direitos humanos/fundamentais

Para se determinar o conceito de norma de direito humano/fundamental, é preciso, inicialmente, estabelecer a relação entre “norma de direito fundamental” e “direito fundamental”. Segundo o professor da Universidade de Kiel, Robert Alexy, toda vez que alguém afirma que possui um direito fundamental, necessariamente, deverá se socorrer às normas que lhe garantam referido direito subjetivo. Nem sempre, entretanto, a existência de uma norma de direito fundamental implicará a existência de um direito subjetivo fundamental, principalmente quando se observa o catálogo positivado de normas de direitos fundamentais².

² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 50.



Nesse sentido, Alexy propõe uma concepção ampla dessas normas, que mesmo não estabelecendo direitos subjetivos, podem ser reconhecidas como normas de direitos fundamentais, partindo da exigência de que “[...] toda pretensão à existência de um direito fundamental pressupõe a validade de uma norma de direito fundamental correspondente [...]”³.

Um conceito que seja suficientemente abrangente, que abarcará as várias concepções que se têm de “norma”⁴, será aquele proposto pelo modelo semântico. Para este, há uma distinção entre “norma” e “enunciado normativo”. Imaginemos a seguinte prescrição prevista no Art. 5º, III, da Constituição Federal Brasileira:

(1) ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Este enunciado normativo proíbe a tortura, o tratamento desumano ou degradante. Esta proibição à tortura, por sua vez, ao tratamento desumano ou degradante, decorre da interpretação de “ninguém será submetido” a estas formas de subjugação. Logo, a norma, aquilo que é proibido, decorre do sentido que se atribui ao enunciado normativo⁵.

Essa mesma norma poderá se expressar, diante da distinção entre enunciado normativo e norma, por outros enunciados normativos que impliquem a mesma norma:

(1’) é proibida a submissão à tortura e ao tratamento desumano ou degradante.

Ou

(1’’) nenhum ser humano pode ser submetido à tortura ou ao tratamento desumano ou degradante.

³ Ibid., p. 51.

⁴ Alexy alerta para a abertura semântica do léxico “norma”, que gera inúmeras concepções a seu respeito: “Não é de surpreender que a discussão acerca do conceito de norma como conceito fundamental da Ciência do Direito não tenha fim. Toda definição desse conceito implica decisões sobre o objeto e o método da disciplina, ou seja, sobre o seu próprio caráter. Dessa forma, a fundamentação daquilo que se sustenta variará conforme se entenda normas como o “sentido (objetivo) de um ato pelo qual se ordena ou se permite e, especialmente, se autoriza uma conduta” ou uma “expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada”, como um imperativo ou um modelo de conduta que ou é respeito ou, quando não, tem como consequência uma reação social, como expressão com uma forma determinada ou uma regra social [...]” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos ...** Op. Cit.. p. 52).

⁵ Ibid., p. 54.

Compreendendo que o resultado da análise interpretativa do enunciado normativo culminará na determinação da norma, e que não há confusão entre texto de lei (enunciado normativo) e norma, poderemos concluir que aquilo que vinculará nossos comportamentos não será o texto, enquanto mero enunciado normativo, mas, sim, o resultado da atribuição de sentido àquele (norma). Para Ávila,

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.⁶

Quando a norma implicar uma proibição, como no caso ora analisado, os enunciados normativos poderão inserir expressões das mais diversas para determinar esse sentido normativo, tais como “ninguém será submetido”, “é proibido”, seres humanos “não podem”, “não serão” ou até mesmo implicar consequências que determinem na abstenção do comportamento que se quer proibir “Quem torturar qualquer ser humano será punido com pena de cinco anos”⁷⁻⁸.

Assim, para se falar em direito fundamental, não é necessário que exista um enunciado normativo que reconheça, com expressões linguísticas específicas, determinadas normas. Analisemos, assim, as possibilidades desse fenômeno.

Os princípios da Segurança Jurídica e da Certeza do Direito não possuem o correspondente texto normativo na Constituição Federal Brasileira, porém são juridicamente reconhecidos como princípios inerentes a esse sistema normativo. No caso do princípio da Segurança Jurídica e da Certeza do Direito, podemos afirmar que decorrem da análise interpretativa de outros dispositivos constitucionais que garantem a legalidade (ex.: art. 150, I, da Constituição Federal brasileira), a irretroatividade e a

⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª edição. São Paulo/Malheiros. 2005. p. 22.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos ...** Op. Cit., p. 54.

⁸ Vale, aqui, ressaltar que referidos enunciados deonticos não se confundem com *enunciados imperativos* como “‘jamais um alemão será extraditado!’”, nem os *enunciados indicativos sem expressões deonticas*, como ‘alemaes não serão extraditados’. Sempre que esses enunciados expressarem normas, será possível transformá-los em um enunciado deontico que expresse a mesma norma. Nem todo enunciado normativo é um enunciado deontico, mas todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deontico [...]” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos ...** Op. Cit., p. 57).



anterioridade, desembocando-se na segurança e certeza jurídica⁹. Ou, no exemplo de Robert Alexy, quando se proíbe a passagem do sinal vermelho do semáforo sem que exista enunciado normativo para tal¹⁰.

Outra possibilidade decorre do alcance de mais de uma espécie normativa de um único enunciado, como no exame do dispositivo que exige previsão legal para o aumento ou instituição de tributos, a partir do qual se extrai o princípio da legalidade, da tipicidade, da proibição de regulamentos independentes e da proibição da delegação normativa¹¹.

Pode haver, ainda, a existência de enunciado normativo sem que se permita alcançar qualquer norma, como é o caso do preâmbulo da Carta Magna brasileira que clama a *proteção Divina*. Nesse caso, embora exista o texto legal¹², não podemos extrair da lei uma espécie normativa com conteúdos deônticos, que refletirão obrigações e deveres aos destinatários do texto. Não podemos, assim, exigir juridicamente a *proteção Divina*.

A distinção entre enunciado normativo e norma ocorre, pois, segundo Ávila, os textos normativos não trazem em si um significado total que impeça a atribuição de sentidos pelo intérprete, como se a atividade interpretativa estivesse acabada no próprio enunciado normativo, o que permitiria ao intérprete tão somente *revelar* este significado para aplicá-lo no caso concreto, mediante mera subsunção, já que:

[...] a compreensão do significado como o conteúdo conceptual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas

⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios ...* Op. Cit., p. 23).

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos ...* Op. Cit., p. 54.

¹¹ *Ibid.*, p. 22.

¹² Vale consignar que, embora a doutrina constitucionalista ressalte não possuir o caráter de norma constitucional, o texto preambular servirá como texto normativo auxiliar na interpretação de todo o texto constitucional e dos textos infraconstitucionais.

como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto. A questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui “o” significado correto aos termos legais. Ele tão-só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado – sentidos –, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso, ou melhor, como uso.¹³

Klaus Günther¹⁴ indica a impossibilidade da existência de uma *norma perfeita*, que abarcaria todos os significados possíveis diante do aparecimento do caso concreto a ser solucionado, o que indicaria os participantes do processo legislativo como seres detentores de um saber limitado e tempo finito, que fundiriam o discurso de fundamentação e o de aplicação.

Para o professor de Frankfurt, não seria possível a existência de uma *norma perfeita*, já que, no processo legislativo, não se poderia antecipar todo conhecimento possível e prever, atemporalmente, todas as consequências fáticas imagináveis que, eventualmente, surgiriam no momento da aplicação da lei aos casos concretos. Não se é possível imaginar que todas as possíveis aplicações individuais haveriam sido tema do discurso no processo legislativo em sua completude, transferindo o problema da aplicação ao campo da validade (elaboração da lei)¹⁵.

El ideal de una norma <<perfecta>> sale al encontró de nuestras intuiciones morales, pero resulta problemático por diferentes razones. Por un lado es abiertamente irrealista la hipótesis de que los participantes en un discurso pueden encontrarse alguna vez en la situación de poder disponer de un saber ilimitado y de un tiempo infinito. Pues las hipótesis de un saber ilimitado y un tiempo infinito, del mismo modo que las restantes condiciones idealizadas de argumentación, formarían parte de los requisitos pragmáticos de una argumentación sobre la pretensión de validez de una norma [...].¹⁶

Diante dessa impossibilidade de estabelecer no processo legislativo todos os imagináveis sentidos a serem atribuídos ao enunciado frente aos casos faticamente possíveis, haverá uma cisão entre o discurso de fundamentação (campo da validade da lei, do processo legislativo, que promove uma generalização do dispositivo) e o discurso

¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios ...* Op. Cit., p. 23-24.

¹⁴ GÜNTHER, Klaus. *Um concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica*. Apresentação e tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. Disponível em < http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10502/1/doxa17-18_11.pdf>. Acesso em 25 de maio de 2014. p. 278-279.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid., p. 279.



de aplicação (em que se atribuirá sentido ao enunciado normativo – ato de atribuição de sentido normativo do enunciado em um caso concreto), conforme propõe Günther.

Ao campo de fundamentação será reservado o discurso de estabelecimento de textos cogentes, que irão regular genericamente o maior número de comportamentos possíveis, utilizando-se da abstração da linguagem. Por seu turno, o discurso de aplicação se destinaria ao momento de conciliar o texto abstratamente posto e os casos concretos que exigiriam uma solução. Seria, pois, nos casos particulares, que ocorreria a dinâmica de atribuição de sentido ao texto, que desembocaria na norma (método hermenêutico) considerando o texto legal.

Importante consignar que, uma vez defendida a ideia de que é possível a existência de uma *lei perfeita*, que antecipada, no processo legislativo, todas as discussões relativas ao plano de aplicação do direito, não poderíamos falar em direitos implícitos, para os quais seria possível extrair um sentido não previsto pelo legislador quando da elaboração do enunciado normativo, já que a completude do Direito estaria gravada no enunciado abstrato.

Diante dessas considerações, podemos afirmar que o conceito semântico de normas será o mais adequado para compreender a extensão da distinção entre o binômio enunciado normativo/norma e de que forma os precedentes judiciais da Corte Europeia de Direitos Humanos poderão contribuir para a própria identificação das normas de direitos humanos/fundamentais, em um processo hermenêutico de refinamento.

Feitas as considerações quanto ao conceito semântico de norma jurídica, o que coloca a hermenêutica jurídica em posição de destaque para a identificação da norma, é de fundamental importância constatar o conteúdo ético-moral das normas de direitos fundamentais, o que contribuirá para a própria abstração das normas que reconhecem e fixam os direitos humanos/fundamentais.

Quando pensamos, por exemplo, num cenário contemporâneo do desenvolvimento do Direito Internacional observamos que o indivíduo passou a ser reconhecido como sujeito de direito no plano internacional, superando o paradigma deixado pela paz de Westfalia, em que somente os Estados assumiam papéis nas relações supranacionais. Mas, mais do que a elevação da categoria dos indivíduos ao plano internacional, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida como elemento nuclear de toda e qualquer relação jurídico-social, tornando os Direitos

Humanos o braço armado das reivindicações das sociedades ocidentais que encararam as atrocidades cometidas durante as décadas das trevas (1930-1940).

O que se quer deixar em evidência é que os direitos humanos institucionalizados no plano doméstico e internacional (sejam os direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, sejam os direitos difusos e coletivos ou qualquer outro que reivindique o *status* “direitos humanos”) possuem toda uma carga política-ideológica das vivências das comunidades que os estabeleceram. Portanto, quando da identificação e delimitação de qualquer direito humano/fundamental é necessário ter em mente que será imperioso resgatar um discurso específico, ou seja, um discurso político-moral de uma dada comunidade que exige uma forma de Estado e estruturas jurídicas-políticas específicas, tais como a ideia de Democracia, Estado de Direito e a dignidade como último fundamento legítimo de todas as relações (verticais ou horizontais) praticadas no interior de uma sociedade moderna organizada (ou mesmo, pensar esses discursos no interior de entendimentos que criticam a universalidade dos direitos humanos diante do multiculturalismo, entre tantos outros discursos possíveis).

Portanto, responder a questão sobre o que se compreende por “liberdade”, “igualdade”, “dignidade da pessoa humana”, “liberdade de expressão”, “liberdade de religião” e todos os demais direitos humanos/fundamentais exigirá todo um esforço de resgate dos elementos morais e histórico-jurídicos que os constituem. Assim, não se é possível, a partir de uma mera atividade interpretativa literal, extrair (*sic*) um sentido imanente do léxico “dignidade humana”, sem fazer referência aos seus elementos históricos, morais, políticos, ideológicos e extrajurídicos¹⁷, como um processo meramente mecânico, automático e lógico.

Com isso, fica constatado que o exercício de aplicação e concretização dos direitos humanos/fundamentais enfrentará, necessariamente, o problema do conceito semântico de norma jurídica, como um conceito hermenêutico de norma, e o problema da abertura moral-valorativa das normas de direitos humanos/fundamentais, o que

¹⁷ Aqui vale ressaltar que não estamos defendendo que o Direito fica refém à todas as outras áreas do conhecimento, podendo existir a regulamentação dos comportamentos humanos de forma obrigatória a partir de elementos único e exclusivamente extrajurídicos. Em verdade, o que defendemos é a relação auxiliar que as demais áreas do conhecimento (Sociologia, Antropologia, Filosofia do Direito entre outras) exercem sobre o direito, principalmente quando encontramos enunciados normativos que reconhecem direitos com conteúdo moral. Para aprofundar referida discussão indicamos ao leitor a leitura das discussões travadas entre Ronald Dworkin e Herbert L. A. Hart no pós-escrito na clássica obra do segundo, o *Conceito do Direito*, 6ª Edição, publicado pela Editora Fundação Calouste Gulbenkian. Indicamos, ainda, a leitura das ácidas críticas desenvolvidas por Richard A. Posner à Teoria Moral e Jurídica, que se apresenta como substrato dos desenvolvimentos de Ronald Dworkin (POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes. 2012).



exigirá um maior esforço argumentativo das decisões que lidam com referidas espécies normativas.

Feitas essas considerações, passaremos a abordar o conceito de norma de direito fundamental adscrita ou atribuída desenvolvida por Robert Alexy e a importância dos precedentes judiciais dos Tribunais Internacionais para o refinamento das normas de direitos fundamentais.

3. Norma de direito fundamental adscrita ou atribuída e os Precedentes Judiciais como *uma* possibilidade de expressão

Com as considerações realizadas no tópico anterior, foi possível determinar que, primeiro, a não identificação entre enunciado normativo e norma se apresenta como um problema hermenêutico da ciência jurídica e, segundo, no campo dos direitos humanos/fundamentais esse problema se intensifica, pois além do não identidade do binômio texto/norma, o primeiro (texto) inclui elementos ético-morais que tornam ainda mais complexo a identificação e delimitação do segundo (norma). Assim, é possível verificar, ainda, que mesmo aquelas disposições de direitos humanos/fundamentais direta ou indiretamente reconhecidas, ainda que não determinam comportamentos específicos (tais como “dignidade da pessoa humana”, “liberdade”, “igualdade”¹⁸, por exemplo), podem demonstrar indeterminações em suas estruturas que, segundo Alexy, poderão ser de suas espécies: abertura semântica ou abertura estrutural da norma.

Podemos fixar, novamente, o art. 5º, III, da Constituição Federal brasileira como exemplo:

- (1) ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Este enunciado normativo, que, uma vez interpretado, implica uma norma, poderá, ainda, ser representado pela inclusão de outros elementos deônticos, tais como:

- (1’) é proibida a submissão à tortura e ao tratamento desumano ou degradante.

¹⁸ O que se quer deixar em evidência aqui é a inexistência de uma hipótese de incidência e consequências jurídicas específicas no enunciado normativo, o que impossibilita mandamentos comportamentais definitivos, o que não impede de se identificar um sentido semântico mínimo do léxico “liberdade” por exemplo, caso contrário, teríamos enunciados normativos absolutamente sem sentidos (expressões linguísticas vazias).

Ou

(1'') nenhum ser humano pode ser submetido à tortura ou ao tratamento desumano ou degradante.

Tanto (1') quanto (1'') podem decorrer, diretamente, de (1), já que o sentido normativo permanece o mesmo; ou seja, há manutenção da norma. Entretanto, resta indeterminado aquilo que se compreende por “tortura”, “tratamento desumano” e “tratamento degradante”. Para essas indeterminações, Alexy afirma que há uma abertura semântica¹⁹, que pode ser resolvida por regras semânticas estabelecidas, por exemplo, pelos tribunais ou pelo próprio legislador, constitucional ou infraconstitucional. Aqui, podemos reconhecer a abertura semântica das manifestações linguísticas como as “regras de textura aberta” já denunciadas por Herbert Hart em sua obra “O conceito do Direito”.

Quando se proíbe a submissão de qualquer pessoa à tortura, ainda não se determinou qual comportamento é compreendido dentro dessa expressão. Podemos verificar, no sistema normativo brasileiro, a existência de outros enunciados normativos que estabelecem regras semânticas para determinar a extensão da expressão “tortura”. Assim, nos socorremos do art. 1º da Lei 9455/97, que define o crime de tortura e demais disposições, prevendo que:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos ...* Op. Cit., p. 70.



§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

Diante da disposição penal, podemos afirmar que o crime de tortura será reconhecido quando o agente “constrang[e] alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa” por exemplo.

Assim, podemos reconhecer que:

(2) Haverá tortura quando se constrange alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa.

De (2) com (1) chega-se a:

(3) Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, é proibido.

Vale ponderar que essa construção não seria necessária para compreender que (2) é proibido, haja vista que este elemento deôntico (proibido) já vem representado pela imposição da pena no art. 1º da lei acima mencionada. Todavia, a construção (1) – (3) apresenta-se necessária para demonstrar que o enunciado (3) representa uma norma, inclusive uma norma de direito fundamental atribuída, já que complementa um sentido para (1), como poderemos verificar.

Embora (3) não constitua diretamente o enunciado normativo (1), previsto na Constituição Federal brasileira, dele decorre argumentativamente e, diante do vínculo de fundamentação estabelecido entre eles, é possível determinar que (3) é norma de direito fundamental, contudo, atribuída.

Alexy expõe, também, a *abertura estrutural*, como elemento de abertura do sistema jurídico e que permite o estabelecimento de normas de direitos fundamentais

atribuídas. A *abertura estrutural* indicará indeterminação quanto à necessidade de ações omissivas ou comissivas do Estado para sua concretização, bem como da necessidade de estabelecimentos de direitos subjetivos para sua materialização²⁰.

Poderíamos estabelecer que, hipoteticamente, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, ao apreciar um caso concreto em que seja reclamada a aplicação do art. 5º, III, da Constituição Federal, fizesse a seguinte manifestação:

(4) O Estado deve promover políticas de fiscalização dos agentes públicos que atuam no Sistema Penitenciário e da Polícia Judiciária no exercício do poder de polícia para promover a diminuição de crimes de tortura.

e:

(5) Todo aquele que é vítima de crime de tortura promovido por agente público tem direito de defesa contra qualquer interferência estatal tendenciosa no processo investigatório.

Caso (4) e (5) fossem, de fato, manifestações do Poder Judiciário, portanto, revestidas de autoridade jurídica, por determinarem comportamentos e decorrerem, ainda que indiretamente, do art. 5º, III, da Constituição Federal, são normas. Mas até que ponto podemos sustentar que (3), (4) e (5) são normas de direitos fundamentais?

Certo é que (3), (4) e (5) não deduzem, diretamente, de (1); logo, uma vez realizadas interpretações contrárias a elas, não se atingirá (1), conseqüentemente o art. 5º, III, da Constituição Federal brasileira permanece intacto. O direito subjetivo garantido à vítima do crime de tortura contra qualquer interferência estatal tendenciosa no processo investigatório não deriva, diretamente, de (1); logo não implica a sua validade²¹.

Nesse sentido, poderíamos afirmar que somente são normas de direitos fundamentais aquelas expressamente previstas na Constituição; assim, somente (1) poderia ser reconhecido como norma de direito fundamental. Mas existem argumentos contrários mais fortes²².

Para retirar a indeterminação de (1), seja a *abertura semântica*, seja a *abertura estrutural*, (3) – (5) é necessário que se fixe relações não somente causais, mas

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos* Op. Cit., p. 71.

²¹ Ibid.

²² Ibid.



necessárias para permitirem a aplicação de (1) em um caso concreto, sem as quais a indeterminação normativa permaneceria e impediria a sua concretização. A extração da indeterminação da norma constitucional pelo oferecimento de outras normas do tipo (3) – (5) estabelece o que Alexy denomina de “relação de refinamento”. Enquanto normas que guardam uma relação argumentativa entre (1) e (3) – (5), Alexy denomina esta como “relação de fundamentação”. Assim, essas “[...] duas relações justificam considerar como normas de direitos fundamentais não somente normas que são expressas diretamente pelo texto constitucional, mas também normas do tipo acima mencionado”²³⁻²⁴.

Justifica, nesse sentido, reconhecer que, além das normas previstas expressamente pela Constituição Federal como normas de direitos fundamentais (ou mesmo em Tratados Internacionais de Direitos Humanos), também aquelas que se expõe por uma relação de “refinamento” e “fundamentação” que passam a ser reconhecidas como normas de direitos fundamentais atribuídas.

A pergunta que Alexy levanta, considerando essa construção apresentada, relaciona-se ao limite de reconhecimento das normas de direitos fundamentais atribuídas, ou seja, “[...] [d]evem ser consideradas como asserções sobre normas de direitos fundamentais todas as asserções sobre normas que forem levantadas nessa discussão?”²⁵, inclusive aquelas que foram levantadas aqui, de forma hipotética, em (4) e (5)?

Alexy fornece dois critérios para esta identificação: um empírico e outro normativo. Poderia ser reconhecido como critério empírico aquele que indica que o reconhecimento das normas de direitos fundamentais atribuídas fica a cargo da jurisprudência e da Ciência do Direito. Segundo o professor de Kiel, para uma perspectiva de uma teoria jurídica, referido método não se apresenta adequado, já que “[...] simples referências àquilo que já foi decidido ou afirmado não são suficientes”²⁶.

²³ Ibid.

²⁴ Em relação à aplicação ao reconhecimento e desdobramentos das normas adscritas ou derivadas ver o texto “Jurisdição Constitucional Na Era Cunha: Entre O Passivismo Procedimental E O Ativismo Substancialista Do Supremo Tribunal Federal” de Thomas da Rosa de Bustamante e Evanilda Bustamante que trata das relações institucionais que vão além dos atuais abusos cometidos por Eduardo Cunha, na presidência da Câmara dos Deputados Federais. Abordagem muito interessante sobre do Regimento Interno do Senado como normas constitucionais derivadas/adscritas e a banalização cometida tanto pelo presidente da Câmara quanto pelo STF, este sob o argumento retórico de matéria interna corporis que culmina em seu passivismo em matéria procedimental, além de outros argumentos (desacordo razoáveis de Waldron, sistema majoritário etc) que dão o substrato teórico para o texto.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos* Op. Cit., p. 73.

²⁶ Ibid., p. 73-74.

Diante disso, Alexy propõe como critério para reconhecimento de validade das normas de direitos fundamentais atribuídas, sendo que “[...] para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais* [...]”²⁷.

Por tais razões, será a correta fundamentação de vinculação entre a norma de direito fundamental e a norma atribuída o critério de reconhecimento desta última. E mais, referido critério poderá, ainda, ser generalizado e estendido às normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas²⁸. Aqui, deixa-se em evidência a conexão entre a Teoria da Argumentação, que norteará a correta fundamentação das normas de direitos fundamentais, e a Teoria dos Direitos Fundamentais; e, assim, conseqüentemente, a Teoria dos Princípios.

Pois bem, feitas estas considerações é possível determinar que os Precedentes Judiciais, como qualquer outra expressão jurídica que busque estabelecer uma relação de refinamento com as normas de direitos humanos/fundamentais, poderá se apresentar como norma de direito fundamental atribuída/adscrita, o que contribuirá substancialmente para a delimitação das normas jurídicas e conseqüentemente para a sua concretização.

Podemos compreender que os Precedentes Judiciais são manifestações jurisdicionais que são proferidas para solucionarem casos presentes, mas que por possuírem uma carga argumentativa e elementos fáticos relacionados aos casos futuros, são utilizados como fonte do direito para solução de eventos apreciados pelo Poder Judiciário. Segundo Castanheira Neves, citado por Lênio Streck:

[...] o precedente é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu – trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional – que se toma (ou se impõe) como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica.²⁹

Portanto, diferente do que se compreende como Jurisprudência no Brasil, o Precedente Judicial será uma única decisão judicial que possui uma *ratio decidendi*

²⁷ Ibid., p. 74.

²⁸ Ibid., p. 76.

²⁹ STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre/Livraria do Advogado. 2013. p. 62.



(razão de decidir) constituída pelas razões fáticas e jurídicas que a fundamenta.

Podemos definir *ratio decidendi* como:

Cada precedente terá, desse modo, uma *ratio decidendi*. Didaticamente, com Pierluigi Chiassoni, é possível elencar sete conceitos cunhados pela tradição sobre *ratio decidendi*: “é o critério decisional, ou seja, a regra que está subjacentes à decisão; é o princípio de direito adotado para definir conteúdo da demanda; é a premissa ou a passagem lógico que se revela necessária para se alcançar a decisão do caso; é a regra ou princípio que constitui a condição necessária ou suficiente; é o princípio de direito contido na decisão judicial e que é suficiente para decidir o caso concreto; é a argumentação explícita ou implícita necessária ou suficiente para definir o caso e, por último, é a relação entre resolução (motivada) do caso e o próprio caso, ou seja, o fato e as questões jurídicas inerentes”.³⁰

Determinado, ainda que superficialmente, o que se compreende como Precedentes Judiciais, buscaremos no próximo tópico estabelecer a conexão entre aquilo que Robert Alexy denomina de *norma de direito fundamental atribuída*, Precedentes Judiciais, relação de refinamento e manifestações do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a partir da análise de um caso concreto.

4. O refinamento das normas de direito fundamental aplicado: as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Apresentado o arcabouço teórico a respeito das normas de direitos humanos/fundamentais, nos dedicaremos no presente tópico a analisar a importância das decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos como instrumento de refinamento das normas de direitos humanos (já que estamos no plano internacional), o que contribuirá substancialmente para a delimitação da norma e da sua própria concretização.

Entretanto, para manter sua estrutura de norma de direito fundamental adscrita será de fundamental importância que o tribunal promova uma corrente de

³⁰ STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre/Livraria do Advogado. 2013. p. 43.



fundamentação forte com a norma constitucional originária, conforme já sustentamos cima. É a análise dessa corrente argumentativa que faremos a seguir.

Para tanto, apresentaremos, inicialmente, o caso “Pereira Santos vs Portugal”³¹ em que o senhor César Manuel Pereira Santos, ingressou com petição no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, alegando os seguintes fatos:

- o requerente é ex-funcionário da empresa de mídia GN, sendo demitido em 04 de maio de 2009, em processo de despedimento coletivo;
- em 27 de outubro de 2009, propôs ação contra a empresa perante o Tribunal de Lisboa do Trabalho, buscando a reintegração e o pagamento de trabalho extra;
- em 25 de outubro de 2010 enviou uma correspondência ao tribunal chamando atenção para o cumprimento do tempo razoável do processo. O tribunal respondeu em 26 de outubro de 2010, afirmando que algumas partes do processo haveriam de ser convocadas;
- Em 04 de fevereiro de 2011 e 9 de maio de 2011, o tribunal de trabalho e as partes no processo designaram peritos para dar assistência técnica no processo. Os peritos apresentaram o seus relatórios em 06 de setembro de 2011;
- em 06 de setembro de 2011 os peritos apresentaram o seu relatório;
- em 31 de outubro de 2011, uma audiência preliminar ocorreu;
- em 15 de novembro de 2011 o recorrente contestou o relatório do perito. Em 2 de dezembro de 2012, o tribunal notificou os peritos e em 9 de fevereiro de 2012 concedeu mais 30 dias para a apresentação de suas observações;
- em 27 de março o recorrente foi notificado da resposta dos especialistas e apresentou as suas observações em 26 de abril de 2012;
- em 11 de outubro de 2012, o recorrente informou o tribunal de trabalho que tinha chegado a um acordo com a empresa. Em 22 de outubro de 2012, a Justiça do Trabalho aprovou o acordo.

Quando do peticionamento ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, afirmou que houve violação do art. 6º, §1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que preceitua que:

³¹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, *Pereira Santos vs Portugal*. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-140397#{"itemid":\["001-140397"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-140397#{). Acesso em 10 de junho de 2014.



Artigo 6º - Direito a um processo equitativo

1. *Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial*, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação e matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiência pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.
2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.
3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:
 - a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ela formulada;
 - b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
 - c) Defende-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;
 - d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;
 - e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

Admitido o processo, o Tribunal, no mérito, constatou que a reclamação trabalhista ajuizada pelo requerente perdurou por dois anos, onze meses e vinte e seis dias para um nível de jurisdição e que a razoabilidade da duração do processo:

[...] must be assessed in the light of the circumstances of the case and with reference to the following criteria: the complexity of the case, the conduct of the applicant and the relevant authorities and what was at stake for the applicant in the dispute [...]

20. The Court observes that the subject matter of the dispute concerned an ordinary labor law dispute in which the applicant's employment or important features thereof were at stake. In this connection, taking into account the nature of labor proceedings, the Court considers that the total length of the proceedings cannot be regarded as reasonable.

21. There has accordingly been a violation of Article . 6°, § 1 of the Convention.³²

Diante da violação do art. 6°, § 1 e do que dispõe o art. 41 da Convenção de Direitos Humanos, o Tribunal Europeu condenou o Estado de Portugal nos seguintes termos:

3. Holds

(a) That the respondent State is to pay the applicant, within three months, the following amounts, at the rate applicable at the date of settlement:

(i) EUR 2.000 (two thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;

(ii) EUR 1.000 (one thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

Pois bem, é possível vislumbrar que o direito humano ao “tempo razoável do processo” previsto no enunciado normativo art. 6°, § 1, da Convenção Europeia apresenta uma indeterminação sobre aquilo que se compreende como “tempo razoável”. Nesse sentido, o esforço do Tribunal Europeu se destinou a identificar a extensão, o conteúdo e o limite daquilo que se compreende como “tempo razoável”, permitindo com isso a concretização desse direito no caso concreto analisado.

Assim, o Tribunal sem estabelecer um sentido abstrato, válido para todo e qualquer hipótese (o que poderia gerar uma limitação exagerada do conceito, que poderá variar de acordo com a complexidade dos processos em cada caso concreto – tempo razoável para um processo de falência não é idêntico ao tempo razoável para uma demanda que discute um simples acidente de trânsito), num processo hermenêutico de exclusão, ou negativo, entendeu que o (1) “tempo razoável do processo” não abrange o tempo de (2) “dois anos, onze meses e vinte e seis dias para um nível de jurisdição”, (3) “tendo em conta a natureza do processo de trabalho”, logo o Estado requerido deveria ser condenado.

O Tribunal ao estabelecer que “dois anos, onze meses e vinte e seis dias para um nível de jurisdição”, “tendo em conta a natureza do processo de trabalho”,

³² Ibid.



complementa e delimita o que compreende por “tempo razoável do processo”, produzindo, portanto, uma norma de direito humano adscrita ou derivada ao artigo 6º, § 1, da Convenção, permitindo a efetiva concretização desse direito ao requerente, que poderá ser utilizada como decisão paradigma para casos semelhantes futuros.

O que se percebe do presente julgado, entretanto, é que o Tribunal Europeu de Direito Humanos não apresentou as razões que justificassem a transição de (1) para (2) e (3), ou seja, em que medida que “tempo razoável do processo” de fato não compreende “dois anos, onze meses e vinte e seis dias para um nível de jurisdição” “tendo em conta a natureza do processo de trabalho”, o que permite afirmar que não superou seu ônus argumentativo. Ademais, não poderá o órgão jurisdicional se valer de um argumento de evidência, ou seja, que (2) e (3) *evidentemente* não compreende um “tempo razoável do processo”, ou, ainda, que (2) e (3) deduzem logicamente de (1) mediante processo automático.

Isso tem grande reflexo na própria legitimidade da decisão e gera grande efeito na identificação da norma de direito fundamental adscrita. Conforme já salientamos, o critério para identificar as normas de direitos fundamentais atribuída ou adscrita deve estar relacionado às correntes de fundamentação que ligam a decisão proferida e o(s) enunciado(s) utilizado(s) como premissa normativa. Portanto, quanto maior a conexão argumentativa entre enunciado e decisão, maior será a legitimidade da decisão enquanto norma de direito fundamental atribuída. Ausente as conexões de fundamentação não se poderá reconhecer a manifestação jurisdicional como decisão que deriva da norma de direito humano, portanto, como norma de direito fundamental adscrita.

Anastasia Vakulenko, professora da Universidade de Dundee/Escócia, analisa em seu artigo “‘Islamic Headscarves’ and the European Convention on Human Rights: an intersectional perspective” decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, caso Leyla Şahin v. Turquia, que apreciou a proibição de introduzir símbolos religiosos visíveis em todas as escolas públicas, com fundamento na secularização do Estado³³. A autora busca analisar a questão do uso do “véu islâmico” a partir da perspectiva da interseccionalidade³⁴, portanto, a partir de um discurso metodológico específico. O que

³³ VUKULENKO, Anastasia. ‘Islamic headscarves’ and the European Convention on Human Rights: an intersectional perspective. Disponível em < <http://internationalhumanrightslaw.net/wp-content/uploads/2011/01/Islamic-Headscarves-and-the-European-Convention-on-Human-Rights-An-Intersectional-Perspective.pdf>>. Acesso em 12 de junho de 2014, p. 184.

³⁴ Segundo a autora: “Intersectionality, a seminal theoretical development within feminism, means ‘paying attention to how multiple social forces, such as race, class, gender, age, sexuality, and culture, shape our experiences’ (Deckha, 2004: 16)”, e segue: “The first

importa analisar dessa construção é a denúncia que a autora faz da fragmentariedade da estrutura da fundamentação da decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao apreciar a violação do art. 9º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Ocorrendo essa ruptura da corrente da argumentação, da mesma forma já indicada no caso “Pereira Santos vs Portugal”, a decisão aqui também não poderá ser reconhecida como norma de direito fundamental atribuída, carecendo da legitimidade atribuída pelos Direitos Humanos, embora não tenha sido esta a preocupação específica da autora.

A questão da utilização do véu islâmico diz respeito à intersectorialidade das questões relacionadas ao gênero e religião, já que apenas as mulheres muçulmanas adotam a prática do seu uso, representando uma manifestação religiosa feminina. Segundo Vakulenko:

*Şahin v Turkey (2004, 2005) is the first (and so far the only) headscarf case decided by the ECtHR on the merits, the Chamber judgment having been delivered in June 2004. The case was then referred to the Grand Chamber (which functions as a quasi-appellate authority as regards the lower Chamber’s judgments) and its final judgment was handed down on 10 November 2005. This 51-page document provides rich ground for critique from the perspective of intersectionality, so that some more substantial conclusions can be drawn.*³⁵

Vakulenko denuncia a omissão do Tribunal Europeu em levar em consideração o elemento “gênero”, quando da apreciação da matéria, utilizando como fundamento da decisão somente a direito à religião previsto no art. 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, desconsiderando a interconexão existente no caso entre liberdade religiosa e o direito de igualdade de gênero. A fragmentariedade da decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos ocorreu justamente em decorrência da desconsideração pelo Tribunal da relação existente entre o direito de manifestação da religião e o direito de igualdade de gênero no tocante ao uso do véu muçumano.

usage of ‘intersectionality’ is the one introduced into feminist discourse in the 1970–1980s. It is associated with the (mainly US black) feminist critique of mainstream feminist theory and law which were seen as imposing the essentialist standard of the white, middle-class, heterosexual woman (Davis, 1981; hooks, 1984; Anzaldúa, 1987; Mohanty, 1988; Spelman, 1988; Crenshaw, 1989, 1991). This version of ‘intersectionality’ tended to be understood as based on overlapping, if not cumulative, identity categories (Brown, 1997; McCall, 2005). According to this understanding, an individual is treated as a composition of (discrete) identity elements, such as gender, race, sexuality, religion and class. The second usage of ‘intersectionality’ is concerned with ‘large-scale, historically constructed and hierarchical power systems’ (Dill et al., 2001: 4). According to this version, ‘intersectionality’ refers to the interaction of what has been variously described as ‘systems of hostility and depreciation’ (McWhorter, 2004: 55; see also Zack, 1997; Zia, 1997), ‘interlocking systems of domination’ (Razack, 1991: 454) or the ‘organizing principles’ (Cooper, 2000) of society, corresponding to the identity constituents described earlier.¹ In other words, the second usage conceptualizes gender, race, sexuality and so on in terms of systemic forces that shape societies rather than as traits featured by individuals” , Ibid. p. 185.

³⁵ Ibid. p. 189



Aqui é importante destacar que enquanto no caso “Pereira Santos vs Portugal” a ruptura da fundamentação da decisão ocorre no plano da transição do enunciado normativo (art. 6º da Convenção) e as conclusões da decisão (fragmentação da transição de (1) para (2) e (3)), no caso “Leyla Şahin vs Turquia” a fragmentação da decisão se dá pelo fato de o Tribunal Europeu não levar em consideração a tensão existente entre igualdade de gênero e liberdade religiosa (“intersectionality”), o que prejudica a própria solução do caso e a legitimidade da decisão, portanto desconsiderada a própria premissa normativa que seria adequada ao caso.

Portanto, o alcance de uma norma de direito fundamental atribuída ou adscrita que permita não apenas a delimitação das normas de direitos humanos/fundamentais, mas também sua concretização, dependerá fundamentalmente das estruturas de argumentação e fundamentação promovidas pelos Tribunais que justificam suas decisões. Somente com estruturas argumentativas que levem em consideração todas os desdobramentos e complexidades que o caso exige que será possível reconhecer legitimidade às suas decisões judiciais e a efetiva concretização dos direitos humanos/fundamentais.

Importa destacar a importância das decisões dos tribunais para que se promova novos enunciados normativos que tragam regras semânticas que auxiliem a interpretação dos elementos indeterminados contidos nos estatutos jurídicos que reconhecem os direitos humanos. Isso não significa dizer que toda e qualquer decisão cumprirá satisfatoriamente referida função, haja vista a fragmentariedade das correntes argumentativas, conforme demonstrado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inexistência de identidade entre enunciados normativos e norma encarará necessariamente a questão da impossibilidade de os objetos ou textos trazerem em si um sentido próprio que deverá ser extraído pelo intérprete. Mais do que isso, o hermenauta atribui sentido aos textos legais alcançando o sentido da norma jurídica. Quando nos deparamos com os enunciados normativos que prescrevem direitos humanos/fundamentais (diante da dicotomia direito doméstico/direito internacional) verificamos que além da dificuldade apresentada pela própria linguagem, o que exige o



conceito semântico de norma, é possível vislumbrar uma indeterminação dos seus conceitos em decorrência de seus conteúdos ético-morais.

Diante dessa problemática, a presente pesquisa buscou demonstrar em que medida as manifestações jurisdicionais podem contribuir não somente para o reconhecimento e delimitação argumentativa desses direitos, mas, também, para sua efetiva concretização. Para tanto, abordamos aquilo que Robert Alexy denominou de norma de direito fundamental atribuída ou adscrita, que representaria um desdobramento ou uma extensão da norma de direito fundamental primária, a partir das correntes de argumentação estabelecidas pelo hermeneuta.

Com isso, analisamos o caso “Pereira Santos vs Portugal” em que o Tribunal Europeu apreciou questão relacionada à “duração razoável do processo”. Aqui verificamos a ausência de fundamentos que justificassem a transição da norma de direito humano primária (art. 6º) para a norma de direito humana adscrita (decisão da Corte que não reconhece no caso haver decorrido o “tempo razoável”), não atribuindo legitimidade à decisão. No mesmo sentido, foi apresentado o caso analisado por Anastasia Vakulenko, que denuncia a omissão do Tribunal Europeu em levar em consideração o elemento “gênero”, quando da apreciação da matéria, utilizando como fundamento da decisão somente a direito à religião previsto no art. 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, desconsiderando qualquer relação com a interconexão com o direito da igualdade de gênero. A fragmentariedade da decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos ocorreu justamente em decorrência da desconsideração pelo Tribunal da relação existente entre o direito de manifestação da religião e o direito de igualdade de gênero no tocante ao uso do véu mulçumano.

A complexidade que envolve o reconhecimento, proteção e concretização dos Direitos Humanos passa por essas questões, representando os Tribunais internacionais uma grande conquista da humanidade no anseio de bloquear as atrocidade e violações aos direitos humanos. Mas como demonstramos que o sentido não é imanente dos objetos linguísticos, o alcance do sentido daquilo que de fato se compreende um direito humano exigirá um esforço interminável de todos aqueles que se propõe a protegê-lo e concretizá-lo.



REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy. 2001.

APEL, Karl-Otto. **Ética do discurso como ética da responsabilidade**. Cadernos de tradução n. 3 do departamento de Filosofia da USP. Tradução de Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral. 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª edição. São Paulo/Malheiros. 2005.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. São Paulo/Editora Unesp. Trad. Nilson Moulin. 2007.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília/Editora Universidade de Brasília. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 1999.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo/Editora Edipro. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariana Bueno Sudatti. 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação Contra Legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. São Paulo: Renovar. 2005.

_____. **Teoria do Direito e Decisão Racional** – Temas de Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro/Renovar. 2008.

_____; BUSTAMANTE, Evanilda Godoi. **Jurisdição Constitucional Na Era Cunha: Entre O Passivismo Procedimental E O Ativismo Substancialista Do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2633948>. Acesso em 25 de julho de 2015.

GRAU, Eros. **A interpretação no Direito**. Palestra realizada na Escola Superior Dom Helder Câmara. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=h5DEO3159js>>. Acesso em 24 de maio de 2014.

GÜNTHER, Klaus. **Um concepto normativo de coherencia para uma teoria de la argumentación jurídica**. Apresentação e tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. Disponível em < http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10502/1/doxa17-18_11.pdf>. Acesso em 25 de maio de 2014.



MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Estado de Exceção e Ideologia Juspositiva: Do Culto do Absoluto ao Formalismo como Garantia do Relativismo Ético.** In Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, já./jun. 2009.

HART, Herbert L. A. **O Conceito do Direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1997. p. 310.

_____. Deus e o Estado. Tradução de Andityas Soares de Moura Costa Matos e Betânia Côrtes de Queiroz Caixeta In.: **Contra o Absoluto** – Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra Kelseniana. Org. MATOS, Andityas Soares de Moura Costa Matos; NETO, Arnal Bastos Santos Neto. Curitiba: Juruá. 2012.

POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes. 2012

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre/Livraria do Advogado. 2013.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, **Pereira Santos vs Portugal.** Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-140397#{"itemid":\["001-140397"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-140397#{). Acesso em 10 de junho de 2014.

VUKULENKO, Anastasia. **'Islamic headscarves' and the European Convention on Human Rights: an intersectional perspective.** Disponível em <<http://internationalhumanrightslaw.net/wp-content/uploads/2011/01/Islamic-Headscarves-and-the-European-Convention-on-Human-Rights-An-Intersectional-Perspective.pdf>>. Acesso em 12 de junho de 2014.