

A preponderância dos direitos humanos, da família e do melhor interesse da criança e do adolescente nos direitos humanos internacionais: O caso Görgülü e sua importância para o sistema europeu de direitos humanos e reflexos para o sistema interamericano¹

Eneas Romero de Vasconcelos²

RESUMO

O presente artigo analisa importante contribuição para os direitos humanos internacionais a partir da análise do caso Görgülü, em que a CtEDH estabeleceu um critério universal de respeito ao direito da família e dos pais naturais de guarda e visita aos filhos, de acordo com o princípio do melhor interesse. No caso, o direito do genitor biológico acabou sendo assegurado no âmbito do direito interno após decisão do Tribunal Constitucional Alemão. A decisão do caso Görgülü, pelo Tribunal Constitucional, fixou um parâmetro mínimo para a interpretação e aplicação da CEDH, que pode ser considerado tímido, na medida em que apenas garantiu a necessidade de levar em consideração a CEDH. A interpretação que foi dada ao caso Görgülü, pelos Tribunais, alemães garantiu que a Convenção seja levada em consideração, sempre que for aplicável e também a proeminência no direito nacional para o Tribunal internacional.

¹ Data de Recebimento: 17/12/2019. Data de Aceite: 29/05/2020.

² O autor é Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (Unb), foi bolsista CAPES/DAAD de doutorado na Universidade de Göttingen na Alemanha, pesquisador do Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-Americano (CEDPAL) e Promotor de Justiça no Estado do Ceará. E-mail: eneasromero@hotmail.com

Palavras-chave: Direitos humanos. Corte Europeia de Direitos Humanos. Direito da Criança e do Adolescente. Princípio do Melhor interesse. Conflito entre jurisdição. Direito Internacional.

1 INTRODUÇÃO

A Corte Europeia de Direitos Humanos (doravante CtEDH ou Corte de Estrasburgo), estabelecida em 1959, depois da aceitação da cláusula opcional por 9 Estados, é a mais antiga Corte Regional de Direitos Humanos do mundo e é considerada como a mais efetiva das Cortes Internacionais.³ A sua jurisprudência tem influenciado todos os 47 Estados-parte⁴ nos mais diversos aspectos dos direitos humanos, embora muitas vezes tenha enfrentado resistência dos Estados e dos Poderes do Estado.

A Alemanha, desde o advento da Lei Fundamental de 1949, vem buscando seguir estritamente os direitos fundamentais e, depois que incorporou a Convenção Europeia de Direitos Humanos, ela tem ocupado um importante papel na efetivação dos direitos humanos internacionais na ordem interna. Algumas vezes, o papel proeminente que a CtEDH adquiriu tem encontrado resistência no direito interno, inclusive no alemão, e a vinculação da Convenção e da jurisprudência da Corte Europeia encontrou resistência por parte dos Tribunais locais. O caso *Görgülü* é um dos *leading cases* para compreender a relação entre a Corte de Estrasburgo e os Tribunais nacionais, inclusive das Cortes Constitucionais, e entre a CEDH e o direito interno.

Apesar de já ter mais de uma década, o caso *Görgülü* ainda é pouco conhecido no Brasil, e os problemas que foram enfrentados nele podem servir para melhor compreender e apresentar soluções

3 Sobre a Efetividade da Corte Europeia de Direitos Humanos, ver: LOVAT, Henry and SHANY, Yuval. *The European Court of Human Rights*. In: *Assessing the Effectiveness of International Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 253-276. Para a afirmação, ver p. 253 e nota 2.

4 Para uma lista completa dos 47 Estados-parte atualmente, ver: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c=#n1347951547702_pointer acesso em: 5 de novembro de 2014 às 19 h 30.

para outras situações, inclusive para os conflitos entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os sistemas nacionais, inclusive o brasileiro, como se mostrará adiante.

2 RESUMO DO CASO

Antes de se discutir o mérito, é necessário compreender o caso Görgülü.⁵ Kazim Görgülü, um cidadão turco, residente em Krostitz na Alemanha, manteve um relacionamento, entre 1997 e 1999, com uma cidadã alemã, a Sra. M., que terminou o relacionamento enquanto estava grávida. Em 25 de agosto de 1999, nasceu Christopher, filho de Görgülü e da Sra. M., que foi registrado apenas com o nome da genitora, e entregue logo depois do seu nascimento para adoção no Tribunal local, sem o consentimento do genitor, que não foi comunicado sobre o nascimento de seu filho, embora tivesse manifestado para a genitora, durante a gravidez, interesse em manter a guarda da criança.

Logo depois de receber a criança, o órgão legal responsável na Alemanha (o Wittenberg Jugendamt) informou sobre o nascimento a um casal (o Sr. e Sra. B), que já adotara uma criança anteriormente, e estava inscrito para adotar uma outra criança. O Casal B recebeu, então, Christopher do hospital, 4 dias depois de ser comunicado, e menos de uma semana depois do seu nascimento e o levou para casa. Somente 2 (dois) meses depois, em Outubro do mesmo ano, é que Görgülü soube do nascimento de seu filho, e se dirigiu, em novembro, para o órgão responsável em Leipzig para receber a guarda de seu filho, mas não obteve informações do Estado em razão de a genitora não ter informado qualquer dado sobre o genitor para o órgão local, que se recusou a informar em face do sigilo. Somente depois de comparecer com a genitora ao mesmo órgão no final de novembro é

⁵ Para uma análise detalhada do caso, ver: KLEIN, Karen. Der Fall Görgülü. Ein Sorgerechtsstreit schreibt Rechtsgeschichte. St. Ingbert: Röhrig Universitätsverlag, 2010.

que Görgülü conseguiu informações sobre o seu filho e ingressou, no início do ano seguinte, com uma ação judicial perante a Corte local de Wittenberg, solicitando o reconhecimento de paternidade e a guarda da criança. A paternidade, após exame de DNA, foi reconhecida, mas somente em setembro de 2000 (mais de um ano depois do nascimento do filho de Görgülü) é que, em uma audiência na corte Local de Wittenberg, foi decidido que encontros entre o pai biológico, os pais adotivos, o curador judicial nomeado e a criança deveriam ser feitos, o que ocorreu entre outubro e dezembro de 2000. As visitas cessaram em janeiro (supostamente) em face da doença da criança. Görgülü solicitou, ainda em janeiro, que fossem agendadas novas visitas, o que foi determinado pela Justiça local. Em março de 2001, a Corte de Wittenberg concedeu a guarda de Christopher para o seu genitor biológico conforme Art. 1672 (1) do Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch). A Corte argumentou que a criança estava bem adaptada com o seu genitor biológico, que tinha todas as condições de cuidar dela do melhor modo. Considerou, ainda, que eventual descoberta posterior de sua paternidade biológica, sem que lhe fosse garantida a guarda ao genitor biológico, poderia ter sérias consequências para a criança sem embargo do direito de visitas dos adotantes poderia ser benéfica. O órgão responsável e o casal adotante, o Sr. e a Sra. B, recorreu da decisão do Tribunal de Wittenberg para a Tribunal de Naumburg (Oberlandesgericht Naumburg), que suspendeu os efeitos da sentença que determinara a guarda provisória em favor de Görgülü, até que fosse julgado o mérito da apelação.

Neste ínterim, em junho de 2001, a Corte de Wittenberg regulou o direito de visitas por Gürgülü, mas, logo em seguida, a Corte de Naumburg revogou o direito de visitas até junho de 2002, e denegou o pedido de guarda por Görgülü: (1) por supostamente não atender ao melhor interesse da criança, (2) pelas melhores condições financeiras do casal B, (3) pelo longo período de guarda do casal adotante, e uma mudança poderia causar sérios prejuízos psicológicos para

a criança. O Tribunal de Naumburg baseou-se na sua experiência, no relatório do curador e em relatório médico, mas não solicitou uma análise mais aprofundada do caso por equipe interdisciplinar imparcial. Görgülü levou o caso para a Corte Constitucional Alemã, mas o recurso não foi conhecido. Görgülü ingressou com sucessivos pedidos de guarda, mas não obteve êxito. A adoção continuou sendo discutida judicialmente.

Após o esgotamento dos recursos internos e no prazo legal, Görgülü levou o caso para a Corte de Strasbourg. O Caso Görgülü v. Alemanha foi instruído e julgado no mérito em 2004.⁶ A Corte reconheceu, então, que não houve violação ao Art. 6º e houve violação parcial ao Art. 8º (violação ao direito de guarda pelo genitor biológico⁷ e ao direito de visita⁸) da CEDH e condenou a Alemanha a fazer a reparação civil de Görgülü no valor de 15.000,00 (quinze mil Euros) e, ainda, a pagar as custas e despesas processuais.

6 Corte Europeia de Direitos Humanos, Terceira Seção, Case Görgülü v. Germany, Application no. 74969/01, Julgamento final em 26 de maio de 2004, disponível em : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61646>, acessado em 05 de novembro de 2014 às 19 h.

7 “46. The Court concedes that an instant separation from Christofer’s foster family might have had negative effects on his physical and mental condition. However, bearing in mind that the applicant is Christofer’s biological parent and undisputedly willing and able to care for him, the Court is not convinced that the Naumburg Court of Appeal examined all possible solutions to the problem. In particular, that court does not appear to have examined whether it would be viable to unify Christofer and the applicant under circumstances that would minimise the strain put on Christofer. Instead, the Court of Appeal apparently only focussed on the imminent effects which a separation from his foster parents would have on the child, but failed to consider the long-term effects which a permanent separation from his natural father might have on Christofer. The solution envisaged by the District Court, namely to increase and facilitate contacts between the applicant and Christofer, who would at an initial stage continue to live with his foster family, was seemingly not taken into consideration. The Court recalls in this respect that the possibilities of reunification will be progressively diminished and eventually destroyed if the biological father and the child are not allowed to meet each other at all, or only so rarely that no natural bonding between them is likely to occur (K. and T. v. Finland, cited above, § 179).” Caso Görgülü (nota 4), § 46.

47. In the light of the above, the Court finds that there was a violation of Article 8 of the Convention.” Caso Görgülü, (nota 4), §§ 59 e 60.

8 “50. Accordingly, and bearing in mind the more narrow margin of appreciation as regards restrictions on parental rights of access (see paragraph 42 above), the Court considers that the reasons which the Naumburg Court of Appeal relied on to suspend the applicant’s access to his child for one year, were insufficient to justify such a serious interference in the applicant’s family life. Notwithstanding the domestic authorities’ margin of appreciation, the interference was therefore not proportionate to the legitimate aims pursued.” Caso Görgülü (nota 4), § 50.

“Consequently, there has been a violation of Article 8 of the Convention.” Caso Görgülü (nota 4), § 51 e §§ 59 e 60.

3 OS EFEITOS DO “CASO GÖRGÜLÜ” NO DIREITO NACIONAL ALEMÃO

Depois do julgamento do “Caso Gürgülü” pelo CtEDH, o caso foi novamente levado ao Tribunal de Wittenberg, que determinou o direito de visitas do genitor biológico. Os adotantes recorreram e o Tribunal de Naumburg (OLG Naumburg), que indeferiu o recurso e, mais importante para os direitos humanos internacionais, decidiu que os julgamentos da Corte de Estrasburgo vinculam apenas a República Federal da Alemanha, mas não vinculam os Tribunais alemães, enquanto órgãos de um poder independente.

Görgülü recorreu, então, do acórdão, do Tribunal de Naumburg para o Tribunal Constitucional alemão que reconheceu uma violação ao Art. 6º da Lei Fundamental e ao princípio do Estado de Direito, e decidiu que a CEDH e os julgamentos da CtEDH devem ser levadas em consideração pelo Tribunais locais e somente podem deixar de ser aplicadas quando forem incompatíveis com a Constituição alemã.⁹

A decisão do Tribunal Constitucional Alemão foi muito discutida e gerou uma série de dúvidas. No caso, há dois aspectos a serem analisados: (1) a CEDH e o seu status, a sua aplicação e interpretação no direito interno; (2) a vinculação do Estado alemão e dos tribunais locais (inclusive do Tribunal Constitucional) às decisões da CtEDH.

4 A CEDH

A CEDH entrou em vigor em 1953, e é considerada a mais efetiva das cortes internacionais.¹⁰ Desde que entrou em vigor, a CEDH

⁹ Ver caso Gürgülü (nota 18), § 1º: „Zur Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) gehört die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung“.

¹⁰ KELLER, Helen & STONE Sweet, Alec. The Reception of the ECHR in National Legal Orders. In: Keller, Helen; Stone Sweet, Alec (Eds.). A Europe of rights. The impact of the ECHR on national legal systems. Oxford: Oxford Univ. Press, 2008, p. 3: “The European Convention on Human Rights is the most effective human rights regime in the world”.

obteve consistente evolução com a incorporação de protocolos adicionais e a criação de instituições para exigir o seu cumprimento, tendo especial destaque a CtEDH em sua atual configuração. De igual modo, a CEDH obteve progressivo sucesso na implementação dos direitos humanos pelos Estados-parte e na recepção da CEDH pelos mesmos.¹¹ A Alemanha ratificou a CEDH, em 5 de dezembro de 1952, antes de sua entrada em vigor, em 3 de setembro de 1953. A Alemanha adota uma concepção dualista e um tratado internacional deve ser incorporado ao direito nacional obedecendo, formal (no procedimento) e materialmente, à Constituição, conforme o Art. 59 (2) da Lei Fundamental. As relações entre a Convenção e os direitos fundamentais é, porém, mais complexa e apresenta mais nuances do que apresentando inicialmente por uma visão estritamente dualista.

O caso Görgülü, decidido tanto pela CtEDH quanto pelo Tribunal Constitucional Alemão, é um dos mais importantes casos em que essa relação entrou em conflito.

O primeiro ponto a ser visto é que a CEDH foi reconhecida como normal de aplicação cogente e os Arts. 6º e 8º que fundamentaram a decisão da CtEDH foram também aplicados pelo Tribunal Constitucional.

4.1 O art. 6º da CEDH

O artigo 6º da CEDH trata do direito ao fair trial ou ao processo equitativo (na tradução oficial de Portugal, enquanto Estado-parte da CEDH) é amplamente protegido nos direitos humanos internacionais (o artigo 8º da CADH protege as garantias judiciais e o art. 14 do PIDCP as devidas garantias). O Art. 6º prevê:

(Direito a um processo equitativo)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por

¹¹ Sobre a incorporação da CEDH na Europa, ver: KELLER e STONE (nota 8).

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 em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências 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 ele formulada;
- b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
- c) Defender-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.

Embora haja uma discussão terminológica, a importância do fair trial é evidente, e se incorporou de tal modo aos standards do processo interno que, na Alemanha, por exemplo, o termo “fair” em inglês foi mantido e se incorporou à linguagem jurídica alemã, a denominada “fares verfahren”.¹²

Um dos elementos do fair trial é o direito à fair hearing (ou à oitiva com as devidas garantias). No caso específico, a CtEDH não encontrou

¹² Fletcher, George P. “Fairness’ in German and American legal discourse”. In: *Strafrecht und Wirtschaftsrecht*, 2008, pp. 1241–1250.

violação do Art. 6º e ao devido processo já que o requerente “estava suficientemente envolvido no processo decisório” e pode “discutir o conteúdo das opiniões dos experts”.¹³

4.2 O art. 8º da CEDH

O Art. 8º da CEDH trata do direito à família, à convivência familiar e do princípio do melhor interesse da criança, in verbis:

Artigo 8º

(Direito ao respeito pela vida privada e familiar)

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

No caso do Art. 8º da CEDH, a CtEDH reconheceu a sua violação parcial em relação ao direito de guarda pelo genitor biológico¹⁴ e ao

13 Caso Görgülü (nota 4), § 59 e 60: “The Court has found above that the applicant was sufficiently involved in the decision-making process for the purposes of Article 8 of the Convention. The Court finds no indication that the procedures or decisions adopted by the domestic courts in this case infringed the fairness requirement at the heart of Article 6 § 1 of the Convention, in particular as the applicant, represented by legal counsel, had the opportunity to challenge the contents of the expert opinions during the court proceedings. As regards the legal representation of the Youth Office and the foster parents by the same counsel, albeit in different proceedings, the Court notes furthermore that in its decision of 9 March 2001 the Wittenberg District Court had already taken notice of and mentioned this double representation. There is no indication that this element had any influence on the German courts’ decisions. Moreover, the applicant does not appear to have given weight to this complaint, as he did not raise it before the Federal Constitutional Court.”

“In sum, the Court finds that with regard to the proceedings before the Court of Appeal, there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.”

14 Caso Görgülü (nota 4), § 46 “The Court concedes that an instant separation from Christofer’s foster family might have had negative effects on his physical and mental condition. However, bearing in mind that the applicant is Christofer’s biological parent and undisputedly willing and able to care for him, the Court is not convinced that the Naumburg Court of Appeal examined all possible solutions to the problem. In particular, that court does not appear to have examined whether it would be viable to unify Christofer and the applicant under circumstances that would minimise the strain put on Christofer. Instead, the Court of Appeal apparently only focussed on the imminent effects which a separation

direito de visita¹⁵. A Corte reconheceu que o genitor biológico tem direito a guarda de seu filho¹⁶ e que a distância entre ambos poderia ter efeitos na saúde física e mental da criança. Nesse sentido, a solução dada pelos Tribunais alemães que impediu a guarda pelo genitor biológico não atendeu ao melhor interesse da criança de conviver com o seu genitor biológico, que, desde o início, procurou reaver a guarda da criança. Ainda mais grave, foi a proibição do direito de visitas pelo genitor biológico, o que poderia acarretar danos ainda maiores para a saúde física e mental da criança.

5 A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CTEDH)

A CEDH apenas reconhece a violação da Convenção (no caso do Art. 8º) e condena o Estado à reparação da vítima no caso. Não há previsão expressa para a vinculação dos tribunais nacionais da decisão da CtEDH, e esse ponto tem sido amplamente discutido. No caso específico, após a decisão da CtEDH, o caso foi novamente decidido na Alemanha, o que culminou com o julgamento pelo Tribunal Constitucional Alemão, que foi de suma importância para os direitos humanos internacionais.

from his foster parents would have on the child, but failed to consider the long-term effects which a permanent separation from his natural father might have on Christofer. The solution envisaged by the District Court, namely to increase and facilitate contacts between the applicant and Christofer, who would at an initial stage continue to live with his foster family, was seemingly not taken into consideration. The Court recalls in this respect that the possibilities of reunification will be progressively diminished and eventually destroyed if the biological father and the child are not allowed to meet each other at all, or only so rarely that no natural bonding between them is likely to occur (K. and T. v. Finland, cited above, § 179)."

47. "In the light of the above, the Court finds that there was a violation of Article 8 of the Convention..."
Caso Görgülü (nota 4), § 47.

15 "Accordingly, and bearing in mind the more narrow margin of appreciation as regards restrictions on parental rights of access (see paragraph 42 above), the Court considers that the reasons which the Naumburg Court of Appeal relied on to suspend the applicant's access to his child for one year, were insufficient to justify such a serious interference in the applicant's family life. Notwithstanding the domestic authorities' margin of appreciation, the interference was therefore not proportionate to the legitimate aims pursued. Consequently, there has been a violation of Article 8 of the Convention."
Caso Görgülü, nota 4, §§ 59 e 60.

16 Caso Görgülü (nota 4), § 45: "Article 8 of the Convention thus imposes on every State the obligation to aim at reuniting a natural parent with his or her child (see K. and T. v. Finland [GC], no. 25702/94, § 178, ECHR 2001- VII, Johansen v. Norway, judgment of 7 August 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, p. 1008, § 78, and Olsson v. Sweden (no. 1), judgment of 24 March 1988, Series A no. 130, p. 36, § 81). In this context, the Court also notes that effective respect for family life requires that future relations between parent and child not be determined by the mere passage of time"

6 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO

A relação entre direito internacional e direito nacional e entre os direitos humanos internacionais¹⁷ e os direitos fundamentais nacionais¹⁸ já vinha sendo discutida antes do caso Görgülü na Alemanha e na Europa. Hoje, os direitos humanos internacionais, especialmente a CEDH e a jurisprudência da CtEDH, têm um papel de destaque reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência alemã.¹⁹

No caso Görgülü,²⁰ o Tribunal Constitucional Alemão considerou que²¹ os Tribunais alemães têm a obrigação de levar em consideração as decisões da CtEDH, e que a violação de referida obrigação violaria o art. 2º, § 3º da Lei Fundamental e o Princípio do Estado de Direito.²² A interpretação da Convenção, porém, tem como li-

17 Sobre os direitos humanos internacionais, ver: KÄLLIN, Walter & KÜNZLI, Jörg. *The Law of International Human Rights Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

18 Utilizam, normalmente, a expressão direitos fundamentais constitucionalistas como: MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 197-210; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 514-530; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 33-41. Utilizam a expressão direitos humanos internacionalistas como: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume 1, p. 17-58.

19 Ver as seguintes obras: KLEINLEIN, Thomas. *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*. Heidelberg: Springer, 2012. SAUER, Heiko. *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystem. Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen. Conflicts of jurisdiction in multi-level systems*. Berlin, Heidelberg and New York: Springer, 2008. ISBN 978-3-540-77227-9. Klatt, Matthias (2014): *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*. Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz. Univ., Habil.-Schr.--Hamburg, 2013. Tübingen: Mohr Siebeck (Jus publicum, 232).

20 BVerfG, 2 BvR 1481/04 vom 14.10.2004, Absatz-Nr. (1 - 73), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bv1r148104.html, último acesso em 10/02/2015.

21 BVerfG, 2 BvR 1481/04 (nota 18), § 18: "Die Europäische Menschenrechtskonvention gilt in der deutschen Rechtsordnung im Range eines Bundesgesetzes und ist bei der Interpretation des nationalen Rechts – auch der Grundrechte und rechtsstaatlichen Garantien – zu berücksichtigen (1.). Die Bindungswirkung einer Entscheidung des Gerichtshofs erstreckt sich auf alle staatlichen Organe und verpflichtet diese grundsätzlich, im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ohne Verstoß gegen die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) einen fortdauernden Konventionsverstoß zu beenden und einen konventionsgemäßen Zustand herzustellen (2.). Die Art und Weise der Bindungswirkung hängt von dem Zuständigkeitsbereich der staatlichen Organe ab und von dem Spielraum, den vorrangig anwendbares Recht lässt. Gerichte sind zur Berücksichtigung eines Urteils, das einen von ihnen bereits entschiedenen Fall betrifft, jedenfalls dann verpflichtet, wenn sie in verfahrensrechtlich zulässiger Weise erneut über den Gegenstand entscheiden und dem Urteil ohne materiellen Gesetzesverstoß Rechnung tragen können (3.). Ein Beschwerdeführer kann die Missachtung dieser Berücksichtigungspflicht als Verstoß gegen das in seinem Schutzbereich berührte Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip rügen (4.)."

22 Sobre a violação da falta de observância ao princípio do Estado de Direito ver BVerfG 2, BvR 1481/04 (nota 18), § 47, in verbis: „Die Bindungswirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hängt von dem jeweiligen Zuständigkeitsbereich der staatlichen Organe und des einschlägigen Rechts ab. Verwaltungsbehörden und Gerichte können sich nicht unter Berufung auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte von der rechtsstaatlichen Kompetenzordnung und der Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) lösen. Zur Bindung an

mite para interpretação os métodos tradicionais de interpretação do direito.

Na decisão, o Tribunal Constitucional decidiu que: “no caso de aplicação dos direitos fundamentais deve-se recorrer à Convenção Europeia de Direitos Humanos em sua concreta formação como auxiliar na sua interpretação. Enquanto se amoldar aos métodos Standards de interpretação e o sopesamento estiver aberto, os Tribunais alemães têm o dever de conferir um ranking superior a interpretação conforme à Convenção. Algo diferente vige, porém, quando a observância da decisão do Tribunal (de Estrasburgo) em razão de alguma mudança nos fatos básicos vai de encontro inequivocamente ao direito vigente ou a uma disposição constitucional, nomeadamente também ao violar o direito fundamental de terceiros. Levar em consideração significa tomar conhecimento das disposições convencionais na interpretação do tribunal e aplicá-la ao caso na medida em que a aplicação não violar uma norma de hierarquia superior, especialmente a Constituição”.²³

Gesetz und Recht gehört aber auch die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Entscheidungen des Gerichtshofs im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung. Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische “Vollstreckung” können deshalb gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.“

23 BVerG 2, BVR 1481/04 (nota 18), § 62, in verbis: “Dies gilt in besonderem Maße für die völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, die dazu beiträgt, eine gemeineuropäische Grundrechtsentwicklung zu fördern. Das Grundgesetz weist mit Art. 1 Abs. 2 GG dem Kernbestand an internationalen Menschenrechten einen besonderen Schutz zu. Dieser ist in Verbindung mit Art. 59 Abs. 2 GG die Grundlage für die verfassungsrechtliche Pflicht, auch bei der Anwendung der deutschen Grundrechte die Europäische Menschenrechtskonvention in ihrer konkreten Ausgestaltung als Auslegungshilfe heranzuziehen (vgl. BVerfGE 74, 358 <370>). Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Beachtung der Entscheidung des Gerichtshofs etwa wegen einer geänderten Tatsachenbasis gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht oder deutsche Verfassungsbestimmungen, namentlich auch gegen Grundrechte Dritter verstößt. “Berücksichtigen” bedeutet, die Konventionsbestimmung in der Auslegung des Gerichtshofs zur Kenntnis zu nehmen und auf den Fall anzuwenden, soweit die Anwendung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Verfassungsrecht verstößt. Die Konventionsbestimmung muss in der Auslegung des Gerichtshofs jedenfalls in die Entscheidungsfindung einbezogen werden, das Gericht muss sich zumindest gebührend mit ihr auseinandersetzen. Bei einem zwischenzeitlich veränderten oder bei einem anderen Sachverhalt werden die Gerichte ermitteln müssen, worin der spezifische Konventionsverstoß nach Auffassung des Gerichtshofs gelegen hat und warum eine geänderte Tatsachenbasis eine Anwendung auf den Fall nicht erlaubt. Dabei wird es immer auch von Bedeutung sein, wie sich die Berücksichtigung der Entscheidung im System des jeweiligen Rechtsgebietes darstellt. Auch auf der Ebene des Bundesrechts genießt die Konvention nicht automatisch Vorrang vor anderem Bundesrecht, zumal wenn es in diesem Zusammenhang nicht

No caso Görgülü, foi reconhecido o dever de levar em consideração a interpretação da Convenção pela Corte, que somente pode deixar de ser aplicada quando contrariar frontalmente uma norma de hierarquia superior, especialmente a Constituição. Embora não tenha afirmado, na época, a vinculação direta dos tribunais alemães às decisões da CtEDH, a Corte Constitucional alemã conferiu uma grande importância à mesma e estabeleceu que havia uma obrigação argumentativa dos tribunais de interpretar e aplicar a CEDH e a interpretação da Corte, o que somente excepcionalmente poderia não ocorrer. Nessa linha, a jurisprudência foi coerente com a doutrina já anteriormente manifestada no caso Solage I e Solange II. Referida decisão teve um grande impacto no direito alemão, no sistema regional europeu de direitos humanos e no sistema internacional de direitos humanos.

7 O CUMPRIMENTO E CONSEQUÊNCIAS DO CASO GÖRGÜLÜ PARA O SISTEMA ALEMÃO E EUROPEU

Ao final, o julgamento da CtEDH foi cumprido pelo Estado alemão, que pagou a indenização e os custos determinados, e pelos tribunais locais que terminaram, após resistência com graves consequências para os juízes, por cumpri-la e transferir a guarda de Christopher para o seu genitor biológico, Görgülü com o devido acompanhamento psicológico de todos os interessados, inclusive dos adotantes.²⁴ Muito mais do que o cumprimento do acórdão da CtEDH, foi o significado

bereits Gegenstand der Entscheidung des Gerichtshofs war”.

24 From August 2005 onwards considerable progress had been made as regards the exercise of these rights, as a result of which the competent court granted to the applicant an extension of his visiting rights in December 2006. As from September 2007 onwards, the scheduled visits no longer took place due to certain difficulties between the parties concerned. However, the German authorities rapidly implemented an action plan, including a whole range of measures amongst which psychological assistance to all parties concerned. Thanks to this action plan, regular visits started to take place again from the end of November 2007 and since February 2008, the son has been living with the applicant and his family.” Resolution CM/ResDH(2009)4, Execution of the judgment of the European Court of Human Rights Görgülü against Germany, Application No. 74969/01, judgment of 26 February 2004, final on 26 May 2004, rectified 24 May 2005.

que as decisões do caso Görgülü pela CtEDH e pelo Tribunal Constitucional Alemão tiveram para o sistema regional europeu de direitos humanos e para os direitos humanos internacionais.

Apesar de não admitir uma vinculação direta dos tribunais alemães à interpretação da CEDH, o acórdão do caso Görgülü pela Corte Constitucional alemã estabeleceu que: 1) há uma obrigação de interpretar os direitos fundamentais conforme à CEDH; 2) nos casos em que envolver o país, a jurisprudência alemã tem o dever de levar em consideração à interpretação da CtEDH; 3) somente excepcionalmente, quando houver violação inequívoca da Constituição de acordo com os métodos tradicionais de interpretação, é que a CEDH e a interpretação conferida pela CtEDH poderão deixar de ser aplicada pelos tribunais locais no caso concreto envolvendo o Estado-parte.

Embora tenha admitido que, excepcionalmente, a interpretação da Corte Constitucional possa prevalecer e tenha negado uma vinculação direta e imediata, foi reconhecido no caso Görgülü e desde então está consolidado no direito alemão, e no sistema regional de direitos humanos (embora com alguma resistência por alguns Estados) a obrigação de, pelo menos, interpretar a CEDH e ter em consideração a jurisprudência da CtEDH.

No sistema interamericano, e especialmente no Brasil, não é reconhecida ainda (por alguns Estado-parte, como ocorre com o Brasil) sequer a obrigação de interpretar a CADH nos casos em que um direito protegido por ela esteja regulado e, menos ainda, a vinculação à jurisprudência ou a obrigação de ter em consideração a jurisprudência da CtIADH, como se verá agora.

8 O CASO GÖRGÜLÜ, A CTIDH E O DIREITO BRASILEIRO

O caso Görgülü trata dos direitos humanos no sistema regional europeu, que não tem vigência para o sistema interamericano. As normas vigentes aplicadas ao caso, porém, tem redação muito se-

melhante na CADH (sobre a guarda e o direito de família e o direito ao fair trial), e o reconhecimento dos efeitos da decisão da CtEDH certamente são importantes para o debate atual no sistema regional americano e no Brasil sobre a recepção da CADH no direito nacional, e sobre a vinculação dos tribunais nacionais, inclusive do STF.

O direito à convivência familiar e comunitária é previsto pelo Art. 17 e 19 da CADH.²⁵ A redação dos artigos é muito parecida e trata do direito humano ao respeito pela vida privada e familiar (Art. 8º da CEDH) e da proteção da família (Art. 17 da CADH), in verbis:

Artigo 8º

(Direito ao respeito pela vida privada e familiar)

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.”
“Artigo 17. Proteção da família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.”

A CEDH e a CADH pertencem a diferentes sistemas. No atual estágio em que se encontram os direitos humanos fundamentais, porém, a influência entre elas, especialmente para garantir um standard universal mínimo de direitos humanos, como é o caso Görgülü, decorre do que tem sido denominado de várias formas

²⁵ “Artigo 17. Proteção da família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.

3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.

4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.

5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento”.

“Artigo 19. Direitos da criança.

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.” Cfr. http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Para a versão oficial brasileira, ver o Decreto 678/92 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm) e o anexo da Convenção com texto oficial adotado pelo Brasil enquanto Estado-parte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf

como cross-fertilization,²⁶ interdependência nos direitos humanos internacionais,²⁷ transconstitucionalismo,²⁸ dentre outros termos.

No caso do princípio que fundamenta o acórdão do caso *Görgülü*, o direito à família, à convivência familiar e o princípio do melhor interesse da criança, também se encontram previstos no sistema inter-americano e no sistema jurídico brasileiro. O princípio do melhor interesse²⁹ já foi reconhecido também pela jurisprudência consultiva da CtIDH, que cita inclusive a jurisprudência da CtEDH.³⁰ A CtIDH tem importante jurisprudência na área de direitos humanos das crianças.³¹

No caso específico do princípio do melhor interesse, pode-se

26 Segundo DORSEN: "One sign of the cross-fertilization and dialogue in constitutional law is the increasing practices of supreme and constitutional courts to cite to international instruments and foreign decisions. Many newer courts, as in South Africa, and many courts interpreting relatively new constitutional instruments, as in Canada, routinely cite to other jurisdictions. Even some justices of the U.S. Supreme Court, older and more insular that its breathing, have cited foreign cases and foreign examples". DORSEN, Norman et. al. *Comparative Constitutionalism: cases and materials*, preface, p. iii, 27 CAÑADO TRINDADE reconhece, no seu Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos, que "a Declaração e Programa de Ação de Viena resultante da Conferência Mundial de Derechos Humanos de 1993, além de declinar considerável espaço a cada um dos elementos da triade, muito significativa e categoricamente afirmou que a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos são 'interdependentes' e se reforçam mutuamente" TRINDADE, Antônio Augusto Cañado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. 2, p. 204. No mesmo sentido, afirma: "Afastada, no presente domínio, a compartimentalização, teórica e estática da doutrina clássica, entre o direito internacional e o direito interno, em nossos dias, com a interação dinâmica entre um e outro neste âmbito de proteção, é o próprio direito que se enriquece - e se justifica, - na medida em que cumpre a sua missão última de fazer justiça. No presente contexto, o direito internacional e o direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano. Nestes anos derradeiros a conduzir-nos ao final do século, é alentador ao menos constatar que o direito internacional e o direito interno caminham juntos e apontam na mesma direção, coincidindo no propósito básico e último de ambos da proteção do ser humano." TRINDADE, Antônio Augusto Cañado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume 1, p. 445.

28 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 129: "O que caracteriza o transconstitucionalismo é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídicos-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a 'conversação' constitucional é indispensável".

29 O princípio do melhor interesse teve origem no instituto do *parens patrie* do direito anglo-saxônico em que o Estado outorgava para si a guarda dos loucos e menores, que evoluiu para a proteção infantil e, por fim, para a oficialização da proteção do melhor interesse, *best interest* (1836). A Declaração Internacional dos Direitos da Criança de 1959 o previa. No Brasil, até mesmo o Código de Menores, em seu art. 5º, o previa também, embora em consonância com a doutrina da situação irregular e restrita as pessoas nesta situação.

30 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, §§ 71 e 74, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

31 Para uma visão ampla do problema, ver: TINTA, Monica Feria. *The Landmark Rulings of the Inter-American Court of Human Rights on the Rights of the Child*, Brill Nijhoff.

falar, inclusive, na dupla vigência da norma no plano nacional e internacional, o que torna a sua interpretação e aplicação obrigatória pelos tribunais nacionais, e levando em consideração a interpretação da CtIDH, conforme defendemos em outro artigo, in verbis:

A obrigação de o STF (e os demais tribunais nacionais) fundamentarem suas sentenças e acórdãos na interpretação dos direitos humanos pela Corte IDH decorre da sua: 1) institucionalidade: é reconhecida oficialmente pelo Estado brasileiro como a última instância, no direito internacional, para interpretar a Convenção Americana, norma que também é vigente no direito brasileiro; 2) identidade da fonte normativa, tanto o STF quanto a Corte IDH interpretam a Convenção como fonte vigente de direito, nacional e internacional, respectivamente; 3) vinculação do Estado perante o direito internacional: o Brasil (embora não o STF) está obrigado a respeitar essas decisões, que, pelo menos no âmbito internacional, são vinculantes e cogentes; 4) interpretação mais protetiva, uma interpretação mais protetora dos direitos humanos a partir do controle de convencionalidade deveria ser aplicada, se compatível com a Constituição, ou, pelo menos, levadas em consideração pelo STF na fundamentação de seus acórdãos.³²

A utilização dos direitos humanos internacionais como parâmetro para a interpretação dos standards mínimos no sistema regional americano de direitos humanos e no sistema brasileiro refletem consensos científicos internacionais³³, sendo legítima a procura dos melhores argumentos para fundamentar uma decisão nacional com base nos parâmetros argumentativos da comunidade acadêmica internacional.³⁴

32 Cfr. de Vasconcelos, Eneas Romero, O Conflito entre Direito Nacional e Internacional: a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos vs. a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (The Conflict Between National and International Law: The Inter-American Court of Human Rights and the Brazilian Supreme Court Amnesty Case Law) (February 1, 2014), p. 20. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2389415> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2389415>

33 Nesse sentido, veja-se: WALDRON, Jeremy. Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*, IN: Harvard Law Review, Vol. 119, No. 1 (Nov., 2005), pp. 129-147.

34 WALDRON, Jeremy. Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*, pp. 132-133.

9 O CASO GÖRGÜLÜ, A PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL E A OBRIGAÇÃO DE (PELO MENOS) TER EM CONSIDERAÇÃO A CEDH

Além da importância para os direitos humanos internacionais, para o direito da criança e de família, o caso Görgülü ampliou o debate tornou possível a solução (ainda que parcial) para resolver o problema da relação entre direitos humanos internacionais e nacionais, e a vinculação das Cortes nacionais e internacionais, problema ainda sem resposta no Brasil, já que o Supremo Tribunal Federal vem sendo refratário há uma aplicação plena da CADH, embora admita o seu status supra legal e a aplique em alguns casos com bastante abrangência.³⁵

O STF já reconheceu o princípio pro homine que determina que direitos fundamentais de modo a garantir a ampliação da proteção dos direitos e liberdades, não podendo interpretá-los restritivamente. No leading case relativo à prisão civil do depositário infiel, a norma mais benéfica à vítima prevaleceu e tornou ineficaz a legislação infraconstitucional fundamentada em norma constitucional menos protetiva (a que garantia a prisão civil). Nesse sentido, é bastante clara a emenda do acórdão do RE 466.343-1 SP:

PRISÃO CIVIL.

Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito (grifei).

³⁵ Para uma análise mais detalhada desse tema, ver: de Vasconcelos, Eneas Romero (nota 30).

Apesar de ter admitido a prevalência da Convenção no referido caso, o mesmo não tem ocorrido em outros, como ocorreu no caso da anistia. Mais grave ainda é que a obrigação de ter em consideração, em todos os casos em que for aplicável, à Convenção e a jurisprudência da CtIDH ainda não foi reconhecida. O caso Görgülü pela Corte Constitucional alemã que previu a obrigação de ter em consideração a interpretação da CEDH e CtEDH (quando a Alemanha for parte) pode servir como um parâmetro para garantia da eficácia mínima da CEDH no direito brasileiro.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos internacionais têm sido interpretados como direitos vivos que evoluem ao longo do tempo. As Cortes Regionais de Direitos Humanos desempenham um importante papel no desenvolvimento desse direito, na garantia de sua efetividade e no estabelecimento de standards de proteção.

No caso Görgülü, a CtEDH estabeleceu um critério universal de respeito ao direito da família e dos pais naturais de guarda e visita aos filhos, de acordo com o princípio do melhor interesse. Apesar da grande resistência que houve pelos tribunais alemães, o direito do genitor biológico acabou sendo assegurado no âmbito do direito interno após decisão do Tribunal Constitucional Alemão.

A decisão do caso Görgülü pelo Tribunal Constitucional fixou um parâmetro mínimo para a interpretação e aplicação da CEDH, que pode ser considerado tímido, na medida em que apenas garantiu a necessidade de levar em consideração a CEDH. A interpretação que foi dada ao caso Görgülü, pelos Tribunais alemães, garantiu que a Convenção seja levada em consideração, sempre que for aplicável e também a proeminência no direito nacional para o Tribunal internacional.

Referidos acórdãos, ainda que aplicáveis ao sistema europeu de

direitos humanos e ao sistema alemão, podem servir de parâmetro para o direito interamericano e brasileiro, tanto para convergir eficácia plena ao princípio do melhor interesse, que possui grande importância para os direitos humanos fundamentais, quanto para que seja exigido dos tribunais nacionais que seja, pelo menos, levada em consideração a CEDH, quando aplicável (como ocorreu na interpretação do depositário infiel pelo STF), e a a jurisprudência da CtIDH pelos Tribunais locais no mínimo nos casos em que o Brasil seja parte, o que não ocorreu no caso Araguaia.

THE PREPONDERANCE OF HUMAN RIGHTS, THE FAMILY AND THE BEST INTEREST OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS: THE GÖRGÜLÜ CASE AND ITS IMPORTANCE FOR THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS SYSTEM AND ITS EFFECTS ON THE INTER-AMERICAN SYSTEM

ABSTRACT

This article analyzes an important contribution to international human rights based on the analysis of the Görgülü case, in which the ECHR established a universal criteria of respect for the right of the family and natural parents to guard and visit children in accordance with the principle of the best interest. In this case, the right of the biological parent ended up being guaranteed under domestic law after a decision by the German Constitutional Court. The decision of the Gürgülü case by the Constitutional Court set a minimum parameter for the interpretation and application of the ECHR, which can be considered timid, as it only guaranteed the need to take the ECHR into account. The interpretation that was given to the Görgülü case by the German Courts ensured that the Convention is taken into account whenever applicable and also the prominence in national law for the international Court.

Keywords: Human Rights. European Court of Human Rights. Child and Adolescent Law. Best Interest Principle. Jurisdiction Conflict. International Law.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DORSEN, Norman *et. al.* **Comparative Constitutionalism: cases and materials**. St. Paul, MN: Thompson West, 2003.
- FLETCHER, George P. “Fairness” in German and American legal discourse”. *In: Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht*, 2008.
- KÄLLIN, Walter & KÜNZLI, Jörg. **The Law of International Human Rights Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- KELLER, Helen & STONE Sweet, Alec. **The Reception of the ECHR in National Legal Orders**. *In: Keller, Helen; Stone Sweet, Alec (Eds.). A Europe of rights. The impact of the ECHR on national legal systems*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2008.
- KLATT, Matthias (2014): Die praktische Konkordanz von Kompetenzen. Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz. Univ., Habil.-Schr.--Hamburg, 2013. Tübingen: Mohr Siebeck (Jus publicum, 232).
- KLEIN, Karen. **Der Fall Görgülü. Ein Sorgerechtsstreit schreibt Rechtsgeschichte**. St. Ingbert: Röhrig Universitätsverlag, 2010.
- KLEINLEIN, Thomas. **Konstitutionalisierung im Völkerrecht**. Heidelberg: Springer, 2012.
- LOVAT, Henry and SHANY, Yuval. **The European Court of Human Rights**. *In: Assessing the Effectiveness of International Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira e outros. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 197-210.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAUER, Heiko. **Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystem.**

Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen. Conflicts of jurisdiction in multi-level systems.

Berlin, Heidelberg und New York: Springer, 2008.

TINTA, Monica Fería. *The Landmark Rulings of the Inter-American Court of Human Rights on the Rights of the Child*, Brill Nijhoff.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito**

Internacional dos Direitos Humanos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. vol. 1.

VASCONCELOS, Eneas Romero. **O Conflito entre Direito Nacional e Internacional:** a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos vs. a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (The Conflict Between National and International Law: The Inter-American Court of Human Rights and the Brazilian Supreme Court Amnesty Case Law) (February 1, 2014), Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2389415> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2389415>

WALDRON, Jeremy. *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, *In:*

Harvard Law Review, Vol. 119, No. 1 (Nov., 2005), pp. 129-147.