

A prática jurídica no domínio da proteção internacional dos direitos do homem

(A Convenção Europeia dos Direitos do Homem)

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

SUMÁRIO

1. Tipologia dos sistemas de proteção dos direitos do homem. Delimitação da proteção da humanidade no Direito Internacional. O direito de ação e os dispositivos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2. Os princípios e os mecanismos da Convenção. Regras, métodos e princípios de interpretação na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem. 3. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem. 4. Bioética e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Experimentação médica e científica. 5. A Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e as Liberdades Fundamentais. 6. O conteúdo dos artigos da Convenção. 7. Os Protocolos Adicionais. 8. A responsabilidade do Estado por violação dos direitos do homem.

1. Tipologia dos sistemas de proteção dos direitos do homem. Delimitação da proteção da humanidade no Direito Internacional. O direito de ação e os dispositivos da Convenção Europeia de Direitos do Homem

A doutrina dos direitos humanos, e a sua própria conscientização, tomou grande relevo, desde o final da Segunda Guerra Mundial, como um verdadeiro fenómeno cultural de nossos dias. É a primeira vez, na experiência da humanidade, que ocorre aceitação universal, da necessidade de um mínimo de normas, no que se refere aos direitos individuais, como uma Declaração Universal, para a comunidade global.

Os direitos humanos não podem ser apenas retóricos, nem, muito menos, monopólio dos advogados. Suas explicações são multidisciplinares.

José Alfredo de Oliveira Baracho é Doutor em Direito.

nares, pelo que podem ser examinadas, seguindo diversas perspectivas: a) históricas; b) filosóficas; c) religiosas; d) legais; e) sociais; f) culturais; g) política e h) econômicas.

Em cada uma dessas áreas devemos realizar as necessárias combinações, entre os aspectos conceituais e práticos. É preciso realizar as aproximações entre os direitos humanos e cada uma dessas disciplinas. Os direitos humanos são “multidisciplinares”, por essência. O pensamento histórico, as modificações constitucionais, as diversas correntes filosóficas, os ensinamentos religiosos, os princípios legais, bem como a vida social, cultural, política e econômica mantêm interligações entre os diversos sistemas de direitos humanos. Os direitos humanos não podem ser compreendidos de maneira isolada.

C. G. Weeramantry, em artigo apresentado no *International Seminar of Teaching of Human Rights* (United Nations, Geneva, 5-7 December, 1988), dedicado aos estudos dos direitos humanos, apresenta critérios sob os quais podem ser estudados os direitos humanos. Não devemos, no seu entendimento, ensinar o atual conteúdo dos direitos do homem, mas entendê-los. É preciso apreciá-los, de maneira profunda. Os cidadãos devem encorajar os estudos e a prática dos direitos humanos. Indagar a razão da existência deles, suas justificações e a utilidade dos mesmos.

Não se deve apenas discutir os direitos humanos e suas violações, em termos apenas de suas origens, mas torna-se necessário consagrar medidas para sua efetivação. Os discursos sobre os direitos humanos têm sido efetivados, em grande parte, em alguns sistemas legais. Nem todas as comunidades têm dado relevância à teoria dos direitos humanos, nem dedicado suficiente apreço no ensino desse assunto. É importante, no ensino dos direitos humanos, que se reconheçam as instituições que denegam os direitos do homem. Existem lugares, em que o desrespeito aos direitos humanos, constitui fonte para denegrir o próprio sistema legal, nos seus aspectos estruturais e conceituais, com repercussões no sistema administrativo, no religioso, no educacional, no de comunicações e no industrial¹.

¹ WEERAMANTY, C. G. The Teaching of Human Rights. *Sri Lanka Journal of International Law*. v. 1, junho, 1989. p. 79 e segs. Hayden Starke Professor of Law, Faculty of Law, Monash University, Austrália. This article was first presented at the International Seminar of the Teaching of Human Rights, United Nations, Geneva, 5-7, December, 1988.

A Academia de Direito Internacional, por meio de seu *Centre de droit international*, dedicou-se ao tema geral da proteção internacional dos direitos do homem. Entendeu-se que não havia apenas um sistema de proteção dos direitos humanos, mas diversos sistemas concretos, variados, criados e aceitos pelos Estados.

Diversos sistemas internacionais de proteção são consagrados no direito internacional convencional ou costumeiro. Os mais importantes foram instaurados por algumas Convenções internacionais, como: a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 4 de novembro de 1950; a Convenção concernente à luta contra a discriminação no domínio do ensino, de 14 de dezembro de 1960; a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, de 21 de dezembro de 1965; os pactos relativos aos direitos do homem, de 16 de dezembro de 1966; a Convenção Americana, relativa aos direitos do homem, de São José, de 22 de novembro de 1969².

Muitos documentos compõem outros sistemas, como os concernentes aos estrangeiros, às vítimas de guerra (Convenção de Genebra), aos trabalhadores (Convenções da OIT) e muitas outras manifestações que foram ampliando e aplicando as diversas maneiras de resguardo e proteção dos direitos humanos.

Os trabalhos que surgiram procuram estabelecer as diversas variáveis que caracterizam cada sistema de proteção, bem como seu conteúdo específico. São apontadas quatro variáveis, indispensáveis para definir os sistemas de aplicação:

1 – quem protege, isto é, a determinação do *órgão protetor*;

2 – quem é protegido, corresponde à determinação das *pessoas protegidas*;

3 – em que consiste a definição dos *direitos protegidos*;

4 – como é o problema dos *meios* e dos *métodos* de proteção³.

A determinação do órgão protetor encontra-se, primeiramente, nos termos da soberania nacional, efetivada no Estado no qual a pessoa

² TRAVIESO, Juan Antonio. *La Corte Interamericana de Derechos Humano ; Opiniones consultivas y fallos ; La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1996.

³ SALMON, Jean. J. A. *Essai de typologie des systemes de protection des droits de l'homme*. In: LA PROTECTION internationale des droits de l'homme. Bruxelas : Université de Bruxelles, 1977. p. 174.

protegida é domiciliada. Pode ocorrer, também, por intermédio de um terceiro Estado determinado ou não, bem como por meio de uma organização internacional governamental ou não-governamental.

O protetor inicial dos direitos do homem deve ou deveria ser, pelo menos, o Estado sobre o território no qual o cidadão se encontra, debaixo da submissão à ordem jurídica consagrada. Henri Rolin, em 1950, em *La Haya*, disse:

“o primeiro modo de proteção dos direitos individuais, contra os atos ilícitos de órgãos ou agentes estatais, é o recurso aos órgãos de controle interno”.

É uma prerrogativa da soberania territorial assegurar uma ordem jurídica que confere aos particulares, nacionais ou estrangeiros, os direitos e as liberdades fundamentais. Os vários textos relativos aos direitos do homem estabelecem para os Estados que os subscrevem a obrigação de outorgar aos particulares recursos efetivos na ordem interna, em caso de violação dos direitos protegidos (Declaração Universal, art. 8º; Convenção Européia, art. 13; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 2, § 3º; Convenção sobre a Discriminação Racial, art. 6; Convenção sobre a Discriminação Religiosa, art. X; Convenção de San José, art. 27, § 1º.

Em certos momentos, o objetivo da regra é resolver um conflito de jurisdição, entre a ordem interna e a ordem internacional. Pode ocorrer a dupla proteção, por meio do direito interno e do direito internacional, em decorrência de simultânea violação, em ambas as ordens jurídicas.

A proteção da humanidade é uma instituição jurídica que, na comunidade internacional dos Estados, visa proteger todos os indivíduos, qualquer que seja sua nacionalidade, principalmente os direitos fundamentais, que decorrem da própria natureza do ser humano, antes mesmo de que ele faça parte de uma sociedade política. A proteção da humanidade é independente de todo reconhecimento escrito, em decorrência de seu caráter fundamental e inalienável, proveniente de certas prerrogativas inerentes à natureza humana. Ela não se confunde com o que normalmente se entende como proteção internacional dos direitos do homem, que corresponde apenas aos direitos expressamente reconhecidos pelos textos internacionais.

O conteúdo da noção ou a determinação dos direitos protegidos parte, em princípio, do

reconhecimento de dois pressupostos essenciais: a *vida* e a *liberdade*. No momento em que o legislador interno objetiva garanti-los, ele deverá considerar como uma espécie de um terceiro direito humano, o princípio da *legalidade*.

O *direito de ação*, em virtude dos dispositivos da Convenção Européia dos Direitos do Homem⁴, constitui um aspecto fundamental do Direito Processual Internacional.

A Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950, para entrar em vigor no dia 3 de setembro de 1953, é caracterizada pelo mecanismo judiciário, que ela instituiu, no plano europeu, com o objetivo de assegurar a garantia coletiva de certos direitos, considerados como fundamentais a toda sociedade democrática. Consagra a todas as pessoas a jurisdição das “garantias democráticas”, independentemente da nacionalidade e de sua residência.

O preâmbulo da Convenção ressalta o papel dos meios para atender à salvaguarda e ao desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

O direito a um recurso individual é a pedra angular do sistema previsto pela Convenção, como a inovação mais importante, consagrada no domínio do direito das gentes. O direito de ação dos particulares (artigos 25 e 48 da Convenção) assenta-se na insuficiência de uma ação, exclusivamente reservada aos Estados, fosse eficaz apenas na proteção diplomática. Ela não é suficiente para assegurar a proteção eficaz dos direitos do homem, muitas vezes, vítima desconhecida de seus próprios governos.

Quanto à sua natureza, o direito de ação dos particulares, nos termos do artigo 25, caracteriza-se como uma *demand*a, que não se configura apenas como direito de petição. O requerente individual deve ser vítima de uma violação de direitos, garantidos pela Convenção. O exercício do direito configura-se em um recurso individual, de um titular desse direito. Toda pessoa física, toda organização não-governamental ou grupos de particulares, que são

⁴ MÜLLER-RAPPARD, Ekkehart. Le droit d'action en vertu des dispositions de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. In LA PROTECTION internationale des droits de l'homme, p. 31 e segs; GOMIEN, Donna. *Vade-mecum de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Strasbourg : Conseil de l'Europe, 1996. (Collection Documents européens).

vítimas de violação, por uma das Altas Partes Contratantes dos direitos reconhecidos pela Convenção, têm direito de agir. Essa fórmula faz abstração das noções de nacionalidade, residência e capacidade de estar em juízo, por que esses direitos tutelam, também, o menor, o apátrida, o alienado e o detento.

O direito de ação, no sistema europeu, considerado como “direito de recurso individual” é da maior importância, para o sistema criado pela Convenção. Mas o recurso individual, em virtude da Convenção, está submetido a condições muito estritas.

O direito a um recurso efetivo, perante a autoridade nacional competente, nas Convenções Internacionais, relativas à proteção dos direitos do homem, tem suas origens e fundamentos no artigo 8, da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

“toda pessoa tem o direito a um recurso efetivo, perante as jurisdições nacionais competentes, contra os atos que violam os direitos fundamentais que são reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

A Convenção Européia dos Direitos do Homem, consagrando a proteção dos direitos do homem na ordem jurídica internacional, aboliu a distinção radical entre ordem interna e ordem internacional, sobre a qual estava fundado o Direito internacional clássico. O direito europeu, no que toca aos direitos do homem, visa assegurar em nome dos valores comuns e superiores do Estado a proteção dos interesses dos indivíduos. Essa idéia, de uma ordem comum, passou a dar plenos efeitos aos direitos e liberdades da pessoa.

Os direitos do homem identificam a pessoa humana em seu caráter objetivo, não são atribuídos aos indivíduos, com base em um estatuto jurídico particular revogável, mas na própria qualidade de pessoa humana. O CEDH apresenta o caráter que a Comissão reconheceu, expressamente, na decisão Áustria/Itália, de 11 de janeiro de 1961: as obrigações subscritas pelos Estados contratantes, na Convenção, têm essencialmente caráter objetivo, pois eles visam proteger os direitos fundamentais dos particulares contra as manifestações dos Estados contratantes, atentatórios a estes direitos. O caráter objetivo do sistema convencional transcende os interesses estatais e cria a *solidariedade* comum.

Conforme a Convenção de Viena, de 23 de maio de 1969, sobre o direito dos tratados, a violação, mesmo substancial, por um Estado-

parte, de uma convenção dos direitos do homem, de disposições relativas à proteção da pessoa humana, não autoriza às outras partes contratantes, a pôr fim ao tratado ou suspender sua aplicação. A inexecução das disposições protetoras, pode prejudicar os indivíduos.

A *aplicabilidade direta* da Convenção européia tem sua especificidade, decorrente de seu caráter objetivo de convenção protetora dos direitos individuais. O caráter diretamente aplicável (*self-executing*) da norma convencional deve ser preciso. A aplicabilidade direta envia ao direito público interno dos Estados e supõe que a regra internacional não necessita, para ser seguida, de ser introduzida na ordem interna por uma disposição especial. A Convenção Européia não impõe a integração da mesma no direito interno.

Quanto ao *exercício dos direitos*, o caráter objetivo das normas subscritas pelos Estados-partes da Convenção. Surge, igualmente, no mecanismo erigido pela Convenção, para garantir o exercício efetivo desses direitos e seu respeito. O mecanismo de controle repousa sobre a noção de *garantia coletiva*. Nos termos do Preâmbulo do Estatuto do Conselho da Europa, bem como o da Convenção, o respeito aos direitos dos homens e das liberdades fundamentais, fazem parte do “patrimônio comum ideal e das tradições políticas” dos Estados-membros do Conselho da Europa. Tratando-se de um patrimônio comum, a Convenção encarrega os Estados contratantes de assegurar, coletiva e solidariamente, a salvaguarda dos direitos enunciados. Essa garantia coletiva e solidária é confiada aos Estados e aos indivíduos. O direito de ação estatal é consagrado pelo artigo 24 da CEDH, que autoriza todo Estado contratante a permitir que a comissão possa atuar em todos os casos em que haja ofensa à Convenção, por um outro Estado-parte. A convenção européia derogou os princípios fundamentais do direito internacional clássico.

O princípio da competência nacional e exclusiva, representado pela proteção diplomática, segundo o qual a vinculação nacional efetiva do indivíduo a um Estado determinado autoriza uma eventual proteção (CPJI, arresto Mavrommatis, 30 de agosto de 1924). A CEDH dá origem a obrigação de os Estados contratantes a compromissos, nos quais a execução não está submetida ao princípio da reciprocidade. O Estado-parte não é obrigado apenas a garantir os direitos protegidos para seus

próprios nacionais, mas, também, a todos os indivíduos que estão sob sua jurisdição, qualquer que seja sua nacionalidade. Esse processo é uma ruptura, no plano teórico, com a proteção diplomática tradicional.

A Convenção Européia consagra, com destaque, o princípio da não-ingerência nos negócios interiores (Declaração da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 24 de outubro de 1970, sobre os princípios que devem reger as relações de amizade entre os Estados).

O direito de ação individual consagra a titularidade de direitos e obrigações, conferidos pela Convenção internacional protetora dos direitos do homem, pelo que o indivíduo pode agir diretamente, por meio de procedimentos adaptados, para fazer prevalecer os direitos aos beneficiários e de fazer respeitar o exercício efetivo. A Convenção Européia, em seu artigo 25, confere ao indivíduo um direito de ação direta. Os recursos contenciosos, mencionados nas duas convenções regionais, distinguem as simples previsões, consagradas por outros instrumentos protetores dos direitos do homem. No plano universal a Convenção de 21 de dezembro de 1965, sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial e o Protocolo facultativo, referem-se ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966. O direito ao recurso individual tornou-se a pedra angular do mecanismo de salvaguarda instaurado pelo CEDH. A multiplicidade de recursos individuais, facilitados pela gratuidade do processo perante os órgãos de Strasburg e a instauração do sistema de assistência judiciária, deu origem a uma multiplicidade de processos.

A soberania passou por profundas transformações, tendo em vista ser a Convenção Européia um instrumento convencional de caráter obrigatório. Ele reflete a vontade dos Estados a se engajar, de maneira explícita, no domínio dos direitos humanos e repousa sobre o consentimento definitivo do Estado, expresso pela ratificação (art. 66). A necessidade de um instrumento convencional multilateral, em obter a aceitação dos Estados, levou a novas reflexões sobre as soberanias estatais.

A modulação das participações estatais opera-se por reservas e disposições facultativas, que conferem a um instrumento convencional (Convenção ou Protocolo). As disposições facultativas compreendem, primeiramente, a aceitação de cláusulas facultativas de aceitação da competência das Comissões (art. 25) e da Corte (art.

46), inspirados na cláusula facultativa de jurisdição obrigatória do Estatuto da CIJ (Art. 36, § 2º). Estas disposições sobre o respeito das soberanias nacionais justificam o controle do respeito da Convenção ao consentimento dos Estados.

A Convenção Européia dos Direitos do Homem, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, criam um instrumento internacional de proteção aos direitos do homem. O processo de controle compreende três fases: o recebimento da reclamação, a conciliação e a decisão de fundo. O processo perante a Corte, a decisão de fundo e a execução das decisões levam as questões sobre: a formação do julgamento, o caráter contraditório e a decisão (a constatação da violação, a obrigatoriedade da decisão, sua definitividade e a reparação, com temas sobre o caráter subsidiário da reparação e as modalidades de reparação). A execução da decisão leva aos estudos sobre a solução política, o procedimento, a decisão e a sua execução.

Os direitos garantidos ou protegidos são enunciados pela Convenção, no Título I e nos Protocolos 1, 4, 6 e 7. Eles tratam dos direitos individuais, dos quais o indivíduo é titular. Vinham, esses direitos, assegurar a integridade da pessoa, no que se refere ao aspecto físico e moral, considerados como direitos intangíveis: direito à vida; direito de não ser submetido à tortura ou tratamentos desumanos ou degradantes; direito de não ser colocado em estado de escravidão ou servidão. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção Européia e a Convenção Americana sobre Direitos do Homem acordaram-se em estipular que estes direitos não podem ser jamais suprimidos ou limitados. Convém ressaltar, ainda, a não retroatividade da lei penal, que, como outros princípios, constitui atributos inalienáveis da pessoa humana. A CEDH é uma carta viva de direitos e liberdades, que veio acompanhada de ações intergovernamentais, protocolos adicionais, convenção contra a tortura, que se destaca pelo seu aspecto pretoriano⁵.

As reflexões sobre a Comunidade Européia e a Convenção Européia dos Direitos do Homem, como organizações de integração, revelam que elas foram beneficiadas pela transferência de competências de seus Estados-

⁵ SUDRE, Frédéric. *La Convention Européenne des Droits de L'Homme*. 2. ed. (Coleção "Que sais-je?", n° 2513), Paris : Presses Universitaires de France, 1992.

membros. À proporção que certos Estados passaram a aceitar a Convenção Européia dos Direitos do Homem, com a utilização de suas competências, submetiam-se às obrigações decorrentes da mesma.

As relações entre a Convenção e o Direito comunitário têm levantado questões sobre o confronto das compatibilidades entre os atos comunitários, com os direitos do homem, particularmente com os direitos garantidos pela Convenção. Ressalte-se a posição da Corte de Strasbourg no que toca às relações entre os atos comunitários e os atos nacionais, apreciados pelo Direito comunitário.

A Convenção Européia dos Direitos do Homem não dispõe de um estatuto particular em matéria de Direito comunitário. Na declaração comunitária, de 5 de abril de 1977, o Parlamento europeu, o Conselho e a Comissão reconheceram a importância primordial, no que toca ao respeito dos direitos fundamentais, como resultantes das constituições dos Estados-membros, como da Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa declaração não visou incorporar a Convenção na ordem comunitária. Também o preâmbulo do Ato Único europeu ressaltava que os signatários decidiram promover a democracia, sobre as bases dos direitos fundamentais, reconhecidos nas constituições e leis dos Estados-membros, na Convenção da salvaguarda dos direitos fundamentais e na Carta Social Européia, especialmente a liberdade, a igualdade e a justiça social.

A adesão da Comunidade à Convenção foi muito discutida, principalmente no *memorandum* da Comissão, de 4 de abril de 1979. O Tratado de Maastricht estipulou que a União respeitaria os direitos fundamentais, à medida que fossem garantidos pela Convenção Européia de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Esses direitos estão baseados, também, nas tradições constitucionais comuns dos Estados-membros e nos princípios gerais do Direito comunitário.

2. Os Princípios e os mecanismos da Convenção. Regras, métodos e princípios de interpretação na jurisprudência da Corte Européia de direitos do homem

A Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem tem propiciado diversos estudos, decisões e comentários sobre seu significado e aplicação. As decisões da Comissão

e da Corte européia, as manifestações das jurisprudências nacionais dos Estados-membros referentes à Convenção Européia têm acarretado a necessidade de estudos científicos por seus membros, pelos universitários e os praticantes, sobre o desenvolvimento dos trabalhos da Convenção, no interior de cada disposição do tratado, devido à jurisprudência evolutiva e dinâmica dos órgãos de Strasbourg. A adesão ao Conselho da Europa, por parte de novos Estados-membros da Europa Central e Oriental, demonstra que os juristas dessas partes e de outras devem apreender, cada vez mais, os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, para consolidar, nesses países, o processo democrático. Existem contradições entre escolas de Direito e os sistemas, mas a tendência para certa harmonização está presente. A vocação da Convenção é criar uma filosofia humanista, a serviço da justiça e da dignidade da pessoa, que se efetivará, progressivamente, com a compreensão da extensão dos direitos protegidos, inclusive pelos protocolos adicionais, que respondem às aspirações dos povos europeus⁶.

O sistema de controle de Strasbourg propiciou rica jurisprudência, transformando a Convenção Européia em documento fundamental, para a salvaguarda e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, circunstância que gerou critérios interpretativos complexos.

O colóquio do Centro de Direito Internacional (Cedin), de Nanterre, consagrado à prática jurídica francesa, no domínio da proteção internacional dos direitos do homem, propiciou contribuições dos autores de várias procedências, como de juízes da Corte Européia de direitos do homem e membros da Comissão Européia de Direitos do Homem, magistrados e funcionários europeus, *experts*, diplomatas e universitários, com destaque para a doutrina francesa da Convenção Européia dos Direitos do Homem, que ultrapassou as fronteiras nacionais, com numerosas contribuições francófonas, bem como das de língua inglesa e alemã.

A Convenção Européia de Direitos do Homem, que passou a vigorar em 1953, é considerada como “patrimônio comum” das liberdades democráticas da grande Europa, reunindo trinta Estados-partes, que vão desde a Islândia

⁶ PETTITI, Louis-Edmond (coord.). *La Convention Européenne des Droits de L'Homme*. Préface de Pierre-Henri Teitgen. Paris : Economica, 1995. Commentaire article par article.

à Bulgária e de Portugal à Finlândia. A jurisprudência da Corte e da Comissão européias dos direitos do homem é permanente instrumento de enriquecimento da concepção das liberdades fundamentais. Em cada ordem interna, criando uma verdadeira “ordem pública européia”, consolida-se, por meio da jurisprudência estrasburguesa, um sistema de controle, que se verifica em seus aspectos políticos, jurídicos e técnicos. O Protocolo nº 11, da Convenção, assinado pelos Estados membros do Conselho da Europa, em maio de 1994, tornou possível a reforma radical do sistema, o que se denomina “Europa do direito”.

Os Estados-membros do Conselho da Europa ou os Estados partes aceitaram as disposições da Convenção Européia dos Direitos do Homem, como indissociáveis à plena participação da “família européia”, que constitui a organização de Strasburg, com a participação dos novos componentes vindos da Europa Central, como a Hungria, 6 de novembro de 1990; Checoslováquia, 21 de fevereiro de 1991; a Polónia, 6 de novembro de 1991; a Bulgária, em 7 de maio de 1992; a Estónia, a Lituânia e Eslovênia, em 14 de maio de 1993; a România, em 7 de outubro de 1993. Assinaram a Convenção, no momento de sua adesão ao Estatuto do Conselho, para ratificar, após um breve período de adaptação, a Checoslováquia (18 de março de 1992); a Bulgária (7 de setembro de 1992); a Hungria (5 de novembro de 1992); a Polónia (9 de janeiro de 1993); a România (20 de junho de 1994) e a Eslovênia (24 de junho de 1994). Esses marcos constituem a *história legislativa* da Convenção, quarenta anos depois de entrar em vigor a Convenção, de 3 de setembro de 1953.

A história legislativa da Convenção vem acompanhada de substanciais mudanças conceituais, após longos períodos de maturação. Essas transformações construíram um sistema inédito, colocando em discussão o primado da soberania nacional, em confronto com a opinião européia.

As origens da Convenção estão vinculadas à escolha de princípio que gerou uma série de compromissos. A idéia da proteção regional dos direitos do homem assenta-se sobre dois grandes movimentos de opinião, que ocorreram após a Segunda Guerra Mundial: o militantismo em torno dos direitos humanos e a idéia européia.

A luta pelos direitos do homem tem grande significado a partir de 1945, quando as Nações Unidas procuram realizar a cooperação inter-

nacional, com o encorajamento pelo respeito aos direitos dos homens e às liberdades fundamentais para todos (artigo 1º). A preocupação com o princípio do “respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais” é repetida no artigo 55, com intenção programatória. Após 1947, quando foi colocada em vigor, em virtude do artigo 68 da Carta, a Comissão de direitos do homem deveria elaborar a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, adotada por uma Resolução da Assembléia Geral e votada em Paris, em 10 de dezembro de 1948. A necessidade de instrumentos jurídicos e de mecanismos de controle eficazes levou a dois “Pactos das Nações Unidas”, para completar a “Carta de Direitos do Homem”⁷.

A existência da autoridade política européia, já realçada pelo Preâmbulo da Convenção, surge como instrumento que traduziria a vontade dos Estados europeus, por meio de medidas, para assegurar a garantia coletiva de certos direitos enunciados na Declaração Universal, sublinhando-se a existência de um patrimônio comum ideal e de tradições políticas, concernentes ao respeito da liberdade e a preeminência do direito.

A construção européia foi marcada por um dinamismo excepcional, com iniciativas políticas, fundadas no patrimônio comum das idéias que foram sendo lançados. Essa criação provém de várias iniciativas e momentos, como os discursos de Winston Churchill (19 de setembro de 1946, em Zurich e 14 de maio de 1947), no “Congresso da Europa”, em La Haya, de 7 a 10 de maio de 1948. Essas reuniões contêm os germens da futura organização pluralista do continente, por meio do Conselho da Europa e da Comunidade Européia, quando foram organizadas três Comissões (política, econômica e cultural). Naquela ocasião surgem as teses federalistas e a Comissão política, presidida por

⁷ MARIE, J. B., QUESTIAN N. In: La Charte des Nations Unies. 2. ed. COT, J.P. A. PELLET, Economica, 1991; PHILIP, O. *Le problème de Union Européenne*. La Baconnière, 1950; DECAUX, Emmanuel. *Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe*. PUF, 1992 (Coleção “Que sais-je?”, 2.661). Idem. La genèse de la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme. *Bulletin de Association René Cassin*, n. 10, maio, 1989; BOSSUYT, M. *Guide to the travaux préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Nijhoff, 1987; DECAUX, *La mise en vigueur du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. RGDIP, 1980, n. 2.

Paul Ramadier, que provocaria a reunião da “Constituinte européia”. De conformidade com o artigo 5º da Resolução política, a futura Assembléia européia previa a criação de uma Corte de Justiça, dedicada a aplicar as sanções necessárias, para ser respeitada. Cada cidadão europeu poderia fazer respeitar pela Corte de justiça européia, seus direitos fundamentais, eventualmente violados por uma justiça nacional. Ao mesmo tempo, propunha-se a criação de uma Corte suprema, para fazer acatar pelos Estados, a Declaração de Direitos do Homem. A Resolução determinava que os Estados-membros da União Européia dariam um caráter juridicamente obrigatório às decisões de uma Corte suprema, órgão de controle judiciário, acerca do respeito pelos governantes dos direitos individuais fundamentais.

O Congresso de Bruxelas, em fevereiro de 1949, com a elaboração de um projeto de “Corte Européia de Direitos do Homem”, é um passo importante.

A ação diplomática, ao lado de outras iniciativas, completa os esforços dos governos europeus, em torno da cooperação em todos os domínios. Os Estados passaram a negociar o crescimento do “Pacto de Bruxelas”, firmado, em 17 de março de 1948, que associava os dois aliados do tratado de Dunquerque de 1947 (França e Reino Unido), com os três membros do Benelux (Bélgica, Países-Baixos e Luxemburgo). Pelo Preâmbulo do Pacto, os cinco Estados afirmaram a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, bem como outros princípios proclamados pela Carta das Nações Unidas, confirmando a defesa dos princípios democráticos, as liberdades cívicas e individuais, as tradições constitucionais e o respeito à lei, que configurariam o patrimônio comum.

No Comitê consultivo, reunindo os ministros dos negócios estrangeiros dos cinco membros do Pacto de Bruxelas, devido uma iniciativa franco-belga, apesar da oposição britânica, sobre a criação do Conselho da Europa. Posteriormente em conferência ocorrida em Londres, foram convocadas a Irlanda, Itália, Dinamarca, Noruega e Suécia, ocasião em que a Suíça declinou do convite, em nome da neutralidade. A conferência diplomática concluiu-se pela assinatura do Estatuto do Conselho da Europa, em 5 de maio de 1949. Na mesma ocasião, houve a admissão da Islândia, da Grécia e da Turquia.

O Preâmbulo do Estatuto, baseado nos valores espirituais e morais, considerados como

patrimônio comum de seus povos, é a origem dos princípios da liberdade individual, da liberdade política e da preeminência do direito, sobre os quais está assentada toda verdadeira democracia. Os Estados-membros consagram, em seu artigo primeiro, que têm como finalidade, a salvaguarda e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

A estrutura do Conselho da Europa passou a ser assentada em dois órgãos: o Conselho de Ministros (reunindo os Ministros dos Negócios estrangeiros ou seus representantes), caracterizado pela tradição de conferência intergovernamental e uma Assembléia Consultiva, representada pelos Parlamntos nacionais. O Comitê de Ministros fixou a ordem do dia para a primeira sessão da Assembléia, prevista para 10 de agosto ou 8 de setembro de 1949, em Strasburg. A Irlanda apresentou proposta que objetivava consagrar a defesa dos direitos fundamentais, civis e religiosos do homem à “comissão preparatória do Conselho da Europa”.

A primeira sessão do Comitê de Ministros, de 9 de agosto de 1949, em Strasburg, sob a presidência de Paul-Henri Spaak, apreciou a emenda britânica de “Definição, salvaguarda e desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”. Robert Schuman entendeu que seria prematuro destacar a questão da salvaguarda e do desenvolvimento dos direitos do homem, pois as Nações Unidas já haviam se ocupado do problema. Entendeu-se que não era necessário fazer nova declaração, mas criar uma Corte de Justiça, pelo fato de as declarações, puramente verbais, estarem desacreditadas. O importante seria estabelecer meios rápidos e eficazes de cumprir a Declaração de Direitos do Homem, com previsão de sanções jurídicas definidas.

A Convenção Européia resultou de vários trabalhos preparatórios, com reuniões entre a Assembléia consultiva e o Comitê de Ministros, com exames dos pontos técnicos das Comissões de especialistas. O projeto deu início ao movimento europeu, com os primeiros trabalhos da Assembléia Consultiva. A Comissão jurídica da Assembléia estabeleceu uma lista de direitos, com referência aos artigos pertinentes da Declaração Universal, expressamente citados no projeto. Precisava, igualmente, os mecanismos de “garantia coletiva” desses direitos e a possibilidade de pleitos individuais, sendo necessária a criação da Corte Européia.

A Comissão de justiça propunha a criação do “controle jurisdicional em duas etapas”, com uma primeira fase de investigação e conciliação, seguida de recurso a uma verdadeira jurisdição, com a criação da Corte de Justiça Européia. Além de responder os pressupostos da justiça internacional, entendia-se que a Corte Européia aplicaria as convenções aceitas pelos membros do Conselho da Europa, para garantir, reciprocamente, as liberdades e direitos fundamentais, que fariam parte do patrimônio comum. Debateu-se os litígios entre os Estados-membros do Conselho da Europa, que seriam examinados perante a Corte Permanente de Justiça internacional. Ao mesmo tempo evocava-se a noção de “soberania”, em que não se daria competência a uma jurisdição européia para controlar as legislações internas, os atos executivos ou judiciários dos governantes da Europa.

Após longos e minuciosos debates na Assembléia, em 8 de setembro de 1949, os projetos elaborados pela Comissão foram adotados por 64 votos, um contra e vinte e uma abstenções.

Os trabalhos dos Comitês de Ministros, em 5 de novembro de 1949, realizaram, uma vez mais, a discussão sobre a oportunidade de convocar uma reunião de especialistas dos Estados-membros. Invocando-se os trabalhos das Nações Unidas, a Comissão de Direitos do Homem deveria elaborar um texto definitivo em 1950.

Diversas propostas e reuniões dedicam-se às formas de elaboração de mecanismo prático e eficiente de proteção jurisdicional. As noções de soberania, reforçadas pelas diferenças de civilização e de ideologia, sob o plano europeu, seriam superadas. No direito interno, a salvaguarda do direito era condicionada pela existência de tribunais nacionais. Deveria ser dado ao indivíduo o livre acesso à Corte.

A adoção definitiva do Projeto da Convenção, no seio desses trabalhos, em diversas etapas, constava de reunião da Comissão das questões jurídicas da Assembléia parlamentar, que se reuniu em 23 e 24 de junho de 1950, para breve debate. Opôs-se à inserção na Convenção, de um artigo assegurando a proteção dessas instituições, pois tal determinação fugiria ao quadro da mesma. Dever-se-ia apoiar no artigo 21 da Declaração Universal, que tratava, de maneira específica, sobre os direitos e liberdades políticas do indivíduo.

Concluiu-se que os direitos do homem não se esgotariam, em vagas, em generalidades, mas

que poderiam ser sancionados perante uma Corte de Justiça.

As etapas da Convenção consolidaram-se na decisão de assiná-la em Roma, sendo que a assinatura solene ocorreu em 4 de novembro de 1950, no Palácio Barberini, sob a presidência do Conde Sforza. O pleno desenvolvimento do sistema não apenas entrou em vigor com a aprovação da Convenção, mas, também, por meio da aceitação progressiva de mecanismos facultativos. As ratificações da Convenção por parte do Reino Unido (1951), da Noruega, Suécia e Alemanha (1952), Irlanda, Grécia, Dinamarca, Islândia e Luxemburgo (1953), Turquia e Países Baixos (1954), Bélgica e Itália (1955), Áustria (1958), Chipre (1962), Malta (1967), consolidam o processo. A ratificação francesa ocorreu em 3 de maio de 1974, a da Suíça e o retorno da Grécia em 28 de novembro de 1974. Novas ratificações vêm nos anos seguintes como a de Portugal em 1978, a da Espanha em 1979 e a da Filândia em 1990.

A Convenção inovou quando ocorreu a aceitação específica, por parte dos Estados, do compromisso elaborado no seio do Comitê de Ministros, inclusive no que se refere às declarações facultativas. Os *protocoles d'amendement*, modificando as disposições da Convenção, utilizam, também, os “Protocolos adicionais”, acrescentando disposições facultativas, consubstanciados nos Protocolos números 2, 4, 5, 6, 7, 8 e 9.

Ao lado do desenvolvimento do contencioso, ocorreu a adaptação dos mecanismos de garantia dos direitos, desde suas origens, com emendas pontuais e Protocolos. As transformações jurídicas consolidam-se, também, pelo Protocolo nº 11, de 11 de maio de 1994.

Os princípios e os mecanismos da Convenção têm sido objeto de reflexões por parte, também, de juízes da Corte Européia de Direitos do Homem⁸, que realçam as lições de quarenta anos de aplicação da Convenção. Identificam os valores que inspiraram a Convenção Européia, inclusive com aqueles que emergem no tempo, os princípios cujas origens são substituídas e os que aparecem a partir de 1960. Nesse período surge a oposição entre a teoria marxista-leninista dos direitos do homem e a doutrina humanista européia, até 1989. A desagregação

⁸ PETTITI, Juge à la cour européenne des droits de l'homme : réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention de l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui. In: LA CONVENTION Européenne des Droits de L'Homme. p. 27 e segs.

do império soviético e o abandono da doutrina marxista dos direitos do homem reforçam o sistema da Convenção europeia, que atrai os novos Estados da Europa Central e Oriental.

As idéias que orientaram o Conselho da Europa, condenação do totalitarismo e salvaguarda das democracias, permaneceram presentes. A Europa da Convenção passou, após a guerra, por vários perigos, ao lado de crescente tendência à prosperidade econômica, aparentemente, sem maiores perigos para os direitos do homem, em 1990.

Os autores da Convenção e os governantes, pouco confiantes nas virtudes da democracia, entendiam que os recursos individuais seriam raros, chegando-se, mesmo, a pensar que a criação de uma Corte seria inútil. O recurso individual tornou-se o único mecanismo de controle.

Os grandes fenômenos sociais agravaram-se com a droga, o proxenetismo, a máfia do crime, as experimentações sobre as pessoas, as políticas de saúde pública, a situação das minorias e dos refugiados, que não eram objeto de exame exaustivo. Nova categoria de pessoas a proteger surge na Europa, fugindo às definições clássicas do direito internacional.

A situação real dos direitos do homem deveria passar por corretivos, por meio de recursos interestatais, para combater as violações massivas e sistemáticas dos mesmos.

Os princípios diretores da Convenção podem ser percebidos pelos trabalhos preparatórios. O Preâmbulo da Convenção, em 1950, mostrava que os Estados deveriam ser mais pragmáticos e menos idealistas. Inscreveram na Convenção Europeia os princípios, situando-os nas perspectivas de futuras realizações, em decorrência de suas possibilidades. Os governantes dos Estados europeus, animados pelo mesmo espírito e em decorrência de patrimônio comum ideal e de tradições políticas, acerca da liberdade e da preeminência do direito, tomaram as primeiras medidas para assegurar a garantia de certos direitos enunciados na Declaração Universal. Quanto aos direitos sociais, em 1961, adotou-se Carta Social Europeia, sem que sua justiciabilidade seja plenamente, ainda hoje, reconhecida.

Nos primeiros anos de aplicação, os órgãos de controle examinaram aspectos de seu lugar no Direito internacional público. Elaborou-se uma jurisprudência, dando à Convenção um caráter declaratório. Não se apresentou como um direito *sui generis*, no sentido de ser reco-

nhecido pelo tratado de Roma-CEE, mas de um direito comunitário, dotado de aplicação direta e comum aos Estados-membros da Comunidade. A Convenção, por seu Preâmbulo e Artigo 1, salienta a primazia que ele deve ter sobre os acordos bilaterais ou multilaterais, quando se trata do respeito aos direitos fundamentais. O artigo 1, diz que as Altas Partes Contratantes reconhecem a toda pessoa, como relevante, uma jurisdição dos direitos e liberdades definidos no Título I da Convenção.

No caso *Áustria v. Itália*, a Comissão teve a ocasião de se pronunciar sobre os princípios diretores da Convenção. Acrescentou que as obrigações subscritas pelos Estados contratantes da Convenção têm caráter objetivo, visando proteger os direitos fundamentais dos particulares contra as investidas dos Estados contratantes. A noção de garantia coletiva está no coração da Convenção. O engajamento coletivo e solidário dos Estados propiciou que a Convenção inscrevesse como obrigação positiva, a cargo dos Estados, assegurar a salvaguarda dos direitos fundamentais. A regra clássica da reciprocidade das negociações internacionais bilaterais não foi incorporada ou aplicada, no que toca ao respeito dos direitos do homem. A Convenção colocou os direitos do homem como normas de referência ou normas superiores às leis nacionais, na medida em que estas são incompatíveis com os direitos garantidos.

A legitimação do sistema receberia garantia, por parte de interpretação autônoma, de órgão jurisdicional europeu. Tem a Convenção caráter declaratório, esclarecido por parte do processo interpretativo. As preocupações em torno da segurança jurídica surgem, inclusive, quando se examina o direito interno, frente à Convenção, em decisões da Corte, frente à legislação nacional e sua compatibilidade frente à Convenção.

O caráter objetivo e declaratório do mecanismo da Convenção implica igualmente seu caráter subsidiário, que corresponde a uma obrigação de seguridade jurídica, inclusive para os Estados signatários. A Corte adotou certo classicismo em suas análises, situando-se no seio dos princípios gerais de direito internacional. Dessa objetividade interna, no seio do exame da Convenção, no plano jurídico, não se pode desprezar o exame de outros instrumentos internacionais.

A Corte não tentou definir, expressamente, os princípios gerais do direito europeu, mas contribuiu para elaborar certas normas necessárias ao reconhecimento de uma ordem pública

européia, paralelamente àquela definida pela Corte de Justiça das Comunidades, no campo do Direito Comunitário. A noção de ordem pública internacional tinha sua expressão no seio das Nações Unidas, mas essa noção se impõe, paulatinamente, no Direito internacional público, depois que os sistemas da CEE e da CEDH levam ao reconhecimento de uma ordem pública européia.

A jurisprudência da Corte fornece elementos para a determinação objetiva e constante, definindo normas de segurança jurídica na aplicação da Convenção. A Corte observa a regra da objetividade, situando-a sob a ótica da interpretação autônoma dos direitos reconhecidos às vítimas de sua violação, que não podem ser privadas de recursos, em vista da ambigüidade do direito interno. A coesão e coerência das decisões da Corte, particularmente no domínio penal, assegura uma interpretação objetiva da Convenção, distanciando-se das escolas de direitos nacionais ou de controvérsias doutrinárias. A Corte, paulatinamente, afasta-se dos princípios das legislações e das jurisprudências dos Estados-membros, que inspiram a escola positivista ou a escola de defesa social.

A Convenção é um instrumento de proteção generalizada, destacando-se o papel das interferências intra-estatais da jurisprudência. É um instrumento especificamente europeu, funcionando para os Estados-partes e de suas pessoas judiciais, independentemente da nacionalidade.

Os Estados-membros do Conselho da Europa pretenderam a universalização dos direitos do homem. Surgiram problemas no que concerne aos terceiros Estados, em torno do Direito internacional, quando não eram membros do Conselho da Europa. As interferências entre os organismos internacionais apresenta, também, problemas, como os das relações entre os “Trinta e Dois” do Conselho da Europa e os Doze da Comunidade, mas são membros da Convenção européia. O *corpus de directives* e os *regulamentos comunitários* impõem-se ao direito interno dos Doze. Os Doze no meio dos “Trinta e Dois” não têm o mesmo estatuto internacional dos outros membros. A fórmula de adesão da Comunidade à Convenção Européia deve impor-se apenas as discussões doutrinárias e parlamentares. A influência comunitária é exercida pela jurisprudência entre as duas Cortes. A Corte de Luxemburgo tem como fonte prioritária do direito a Convenção Européia dos Direitos do Homem.

Merecem destaque as regras, os métodos e os princípios de interpretação, na jurisprudência da Corte Européia dos direitos do homem, no que toca à ação⁹ intergovernamental do Conselho da Europa, no domínio dos direitos do homem, no que se refere à gestão e à visão, entre a salvaguarda e o desenvolvimento. Também a jurisprudência da Corte Européia dos direitos do homem, relativa à Convenção, oscila entre a prudência e a criatividade, entre a compreensão formalista dos textos e as considerações sobre seu espírito. Vista no contexto social, político e cultural, as decisões procuram as razões de ser entre salvaguardas dos direitos garantidos pela Convenção e seu desenvolvimento. É uma salvaguarda necessária, no que toca aos direitos do homem, mas ainda não adquiriu definitividade, por se situar na compreensão de seu desenvolvimento indispensável, na lógica da proteção dos direitos fundamentais, partindo da primeira regra nacional e internacional, européia ou universal, no que toca à ótima proteção dos direitos do indivíduo.

Nas funções próprias à interpretação judiciária, a Corte européia de direitos do homem tem um objetivo essencial, decorrente do artigo 45 da Convenção, isto é, uma competência contenciosa que se estende a todas as questões concernentes à interpretação e à aplicação desse documento. A Corte de Strasburgo não se esgota apenas nesse esforço interpretativo¹⁰, utiliza-se da Comissão, sua auxiliar natural e inspiradora. No mesmo sentido, assenta-se nas Cortes Supremas dos Estados partes da Convenção e nos observadores, legitimamente exigentes e críticos. Outras jurisdições européias regionais e internacionais são apreciadas. Nessa metodologia interpretativa, destacam-se, sucessivamente:

- as *regras de interpretação* (regra geral do artigo 31 da Convenção de Viena, com assento no texto, no contexto, objeto e finalidade do Tratado, em relação com os artigos 32 e 33 do mencionado instrumento);

⁹ JACOT-GUILLARMOND, Olivier. Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, In: LA CONVENTION Européenne des Droits De L'Homme, p. 41 e segs.

¹⁰ IMBERT, P. H. L'action intergouvernementale du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme: sauvegarde ou développement?, In: MÉLANGES Wiarda. Cologne : Carl Heymanns, 1988; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Valeur de la jurisprudence de la court européenne des droits de l'homme en droit espagnol. In: MÉLANGES Wiarda.

- os métodos de interpretação que, a partir desse quadro jurídico, caracterizam a produção jurisprudencial da Corte de Strasbourg, notadamente autônoma de certas noções convencionais, à margem de apreciação reservada aos Estados e a existência simultânea de um “controle europeu”;

- os princípios de interpretação, que não aparecem, claramente na jurisprudência, mas são talvez os mais ilustrativos da originalidade da interpretação material da Convenção, por parte da Corte.

As regras de interpretação têm diversas fontes, como a regra geral do artigo 31 da Convenção de Viena. A Corte insiste em repetir que a Convenção e seus Protocolos formam um todo, pelo que devem ser interpretados de maneira geral. Outra regra de interpretação geral é a decorrente do arresto *Golder* de 1975 de grande importância.

No que se refere ao texto, a jurisprudência da Corte reporta-se ao sentido ordinário das palavras, nos termos utilizados pela Convenção. No *l'affaire linguistique belge*, a Corte recusou considerar que o artigo 14 da Convenção, interdição de discriminação, combinado com o artigo 2, do Protocolo 1, direito à instrução, que tem como efeito a garantia às crianças ou aos seus pais do direito a uma instrução feita na língua de sua escolha.

Quanto ao contexto, a interpretação sistemática tem papel fundamental na jurisprudência da Corte, sendo praticada em larga escala. O referencial normativo, em certas ocasiões, assenta-se em outro instrumento do Conselho da Europa, ou mesmo em diferenciados instrumentos internacionais. Como ilustração dessas situações, convém mencionar a Convenção americana relativa aos direitos do homem. Como outros exemplos de utilização de normas internacionais, pode-se mencionar o Estatuto do Conselho da Europa, de 1949, o Pacto Internacional de 1966, relativo aos direitos civis e políticos.

Examinando-se o objeto e a finalidade, a doutrina ocupa um lugar primordial no sistema jurisprudencial de Strasbourg. É por isso que a Comissão chegou a dizer que a Convenção, por via da interpretação, tem como objeto tornar eficaz a proteção do indivíduo.

Existem meios complementares para aplicação dos temas examinados, pelo que convém mencionar os artigos 32 e 33 da Convenção de Viena. Os intérpretes têm levado em conta que, além do contexto, é necessário examinar o preâmbulo os anexos de toda regra pertinente de

direito internacional aplicável nas relações entre as partes. O Estatuto do Conselho, de 25 de maio de 1949, estabelece a importância de temas como: o pluralismo político, a preeminência do direito e o respeito dos direitos do homem.

Os métodos de interpretação são examinados à luz do direito comparado, tomando-se inicialmente a temática do seu relacionamento ou outros atos jurídicos internacionais, no que toca ao seu emprego, por parte da Corte europeia dos direitos do homem. A Corte de Strasbourg, em diversas decisões, selecionou disposições materiais que convêm à Convenção e a seus Protocolos. Tomando como base os métodos de interpretação, podemos ressaltar a interpretação ampla e o efeito útil, que objetiva assegurar, de maneira efetiva, os direitos garantidos pela Convenção. A jurisprudência relativa ao artigo 6 da Convenção é ilustrativa, quando conclui: em uma sociedade democrática, no sentido da Convenção, ressalta-se o direito a uma boa administração da justiça.

Outra forma da consagração de uma interpretação ampla dos direitos garantidos surgiu no arresto *Klass*. A autonomia de certas noções convencionais, surge nos métodos de interpretação da Corte. As noções de direito comum, apreciadas na Convenção, devem ser interpretadas, de conformidade com os conceitos correspondentes do direito interno. A Corte pode dar um conteúdo normativo próprio ou “autônomo” a uma série de conceitos convencionais, tais como os do artigo 5 da Convenção: detenção, privação da liberdade, tribunal, condenação, alienado e vagabundo. Ao mesmo tempo o artigo 6 da Convenção trata de conceitos sobre tribunal, contestação, direitos e obrigações de caráter civil e acusação em matéria penal. O artigo 7 da Convenção trata dos conceitos de condenação; os artigos 8, § 2, 9, § 2, 10, § 2 e 11, § 2 da Convenção trata do conceito de lei; o artigo 25 da Convenção menciona vítima e o artigo 50 da Convenção trata de parte lesada.

A convenção não visa consagrar um direito uniforme e equalizador, mas pretende chegar a *standart* mínimo de proteção, em uma sociedade democrática e pluralista.

A necessária submissão dessas apreciações ao “controle europeu” aparece na jurisprudência, quando se entende que os Estados contratantes conservam uma certa margem de apreciação, para julgar a existência de certos tipos de ingerência, mas deve partir do controle europeu sobre as leis e as decisões. A referência

pontual e ocasional do direito nacional convém ser examinada. As origens nacionais decorrentes de certos conceitos convencionais levam a Corte, pontualmente, a se apoiar no Direito nacional ou nas práticas nacionais, mencionando-se a expressão “denominador comum dos direitos nacionais”. A Corte tem levado em conta, em suas decisões, a existência ou não de um denominador comum, dos sistemas jurídicos dos estados contratantes, destacando-se o arresto *Marckx*. A Corte considerou os efeitos jurídicos da assimilação da filiação natural à filiação legítima, como consequência de uma tendência de um direito interno, da maioria dos Estados-membros do Conselho da Europa.

O precedente jurisprudencial é mencionado entre os métodos de interpretação da Corte, no que se refere às ligações a decisões anteriores. Convém mencionar a questão da compatibilidade da transexualidade com o artigo 8 da Convenção. Entretanto, a ausência de força obrigatória do precedente jurisprudencial encontra-se na afirmativa de que a Corte não está ligada às decisões anteriores.

Os princípios de interpretação têm significativa importância em sua qualificação material ou processual, com referência ao caráter de ordem pública européia da Convenção. Esta característica é essencial à proteção dos direitos do homem, instituída pela Convenção, mas que aparece em diferentes contextos. A subsidiariedade dos mecanismos de controle da Corte de Strasbourg é de grande importância. Na questão *linguistique belge*, destaca-se o caráter subsidiário do mecanismo internacional da *garantia coletiva*, instaurada pela Convenção.

O princípio da não-aplicação, por parte da Corte, do direito interno é matéria também examinada quando se afirma que incumbe, em primeiro lugar, as decisões das autoridades nacionais, bem como às cortes e tribunais, interpretar e aplicar o direito interno.

Diversos órgãos estatais são depositários da responsabilidade internacional em caso de violação da Convenção. No mesmo sentido, ressalte-se o papel das obrigações de resultado ou de meios, no que se refere aos Estados contratantes. Estes devem agenciar seus sistemas jurídicos, de maneira que lhes permita responder as exigências do artigo 6. A obrigação de resultado é um tema clássico na jurisprudência da Corte. No artigo 11 da Convenção – liberdade de reunião pacífica e liberdade de associação –, entende-se que os Estados assumem

uma verdadeira obrigação de meios e não de resultado. Pelo que incumbe aos Estados contratantes adotar medidas racionais e apropriadas, para assegurar o desenvolvimento pacífico das manifestações lícitas.

As obrigações “positivas” pesam sobre os Estados, desde que em complemento à teoria clássica das liberdades individuais, construiu-se uma obrigação de abstenção de Estado. A Corte examinou diversas questões sobre *obrigações positivas*: execução, em virtude da Convenção, de medidas positivas do Estado, não se dando importância a distinção entre “atos” e omissões.

Entre as medidas positivas do Estado, podemos anotar:

1 - garantia aos jurisdicionados de um direito efetivo de acesso à justiça;

2 - assegurar o respeito efetivo à vida familiar, nos termos do artigo 8 da Convenção;

3 - no quadro da obrigação do Estado, verificar se o “advogado de ofício” cumpriu corretamente suas tarefas;

4 - organização das eleições democráticas, de conformidade com o artigo 3 do Protocolo 1;

5 - obrigação dos Estados assegurarem uma proteção às doenças mentais, por disposições, não apenas civis, mas penais;

6 - obrigação de informar a Corte a situação do acusado, de conformidade com o artigo 6, § 5 e 6, sobre a natureza e a causa da acusação que lhe é feita;

7 - a obrigação de respeitar a vida privada dos transexuais, em virtude do artigo 8, da Convenção, entretanto a Corte admitiu as dificuldades da definição das obrigações positivas correspondentes.

A preeminência do direito está ligada à idéia de sociedade democrática, parte essencial da Convenção. Este conceito figura no preâmbulo da Convenção e faz parte do “contexto”, pertinente a interpretação do artigo 31, § 2 da Convenção de Viena.

Várias são as exigências ligadas à idéia de uma sociedade democrática, princípio que domina toda a Convenção. Nesse sentido convém ressaltar diversas decisões da Corte.

1 - pluralismo, tolerância e espírito de abertura, que devem caracterizar a sociedade democrática;

2 - liberdade de expressão, que constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática;

3 - em uma sociedade democrática, o direito a uma boa Administração da Justiça ocupa lugar de relevo;

4 - a exigência com um processo equitativo e público, nos termos do artigo 6, § 1º, constitui um dos princípios fundamentais da sociedade democrática;

5 - a *preeminência do direito* constitui um dos princípios fundamentais de uma sociedade democrática.

Outras garantias implícitas, surgem no sistema da Convenção:

1 - o direito ao acesso a um Tribunal, elemento inerente aos direitos enunciados no artigo 6, 1, com destaque para a equidade, a publicidade e a celeridade do processo;

2 - as garantias de um processo judiciário é uma exigência que decorre, implicitamente, da palavra *Tribunal*;

3 - a faculdade do acusado de tomar parte na audiência, é um desdobramento do objeto e da finalidade do artigo 6, 1 da Convenção.

A aplicação direta do Direito comunitário tem grande importância, no que se refere a sua aplicação, desde que prevalece como regra comum, de direito primário ou derivado, perante as jurisdições nacionais dos Estados-membros da Comunidade.

Os princípios gerais do direito, no que se refere à interpretação da Corte, merecem melhor elaboração no trabalho de interpretação. À procura dos princípios gerais do direito, comuns aos Estados-membros do Conselho da Europa, são examinados frente aos princípios gerais, aos quais a Corte se refere expressamente:

- o princípio retirado da economia geral da Convenção;

- o princípio da boa-fé;

- o princípio da proteção da confiança, inerente a sociedade democrática;

- o princípio da segurança jurídica;

- o princípio da economia processual;

- o princípio do respeito ao formalismo no processo que exige que as partes o invoquem a tempo e com clareza;

- o princípio do desenvolvimento coerente da jurisprudência da Corte.

Os efeitos horizontais de certos direitos (*Drittwirkung*) têm sido matéria de constante interpretação da Convenção, desde 1985, quando a Corte tratou das *obrigações positivas*, a respeito da vida privada ou familiar, no sentido dado pelo artigo 8 da Convenção o qual configurou obrigações positivas, que podem implicar a adoção de medidas que visam o respeito à vida privada, nas relações dos indivíduos entre eles.

Nas regras de interpretação, a jurisprudência da Corte, vem apreciando aspectos concretos ou abstratos, com importantes questionamentos acerca de temas como:

- apreciação do direito à instrução na Bélgica, Estado plurilingüístico, composto de várias regiões linguísticas; apreciação sobre a liberdade de expressão, em decorrência de uma controvérsia política pós-eleitoral na Áustria;

- apreciação de aspectos do artigo 3 da Convenção, quanto à situação de vida da Irlanda do Norte;

- exigências da proteção da moral, em decorrência do artigo 8 da Convenção, na Irlanda, substituindo as infrações dos atos provenientes de homossexuais, entre homens adultos, no contexto da sociedade naquela região, tendo em vista que em um Estado em que as comunidades culturais são diversas, compete às autoridades a solução dos imperativos de ordem moral e social.

Outro tema que tem sido objeto dessa jurisprudência é o referente às “aparências”, quando a Corte é solicitada a pronunciar sobre a existência de um atentado aos direitos protegidos pela Convenção, quando depara com este fenômeno que está desvinculado, muitas vezes, do vocabulário empregado.

A Convenção é interpretada à luz das condições atuais, da própria vida, tendo em vista a dinâmica política, social, jurídica e cultural, nas quais a Convenção está inserida.

3. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência da Corte Européia dos Direitos do Homem

O princípio da proporcionalidade leva a diversos estudos, que têm procurado dar seu conceito e formular suas origens. As fontes do princípio da proporcionalidade são examinadas na sua origem corrente, sendo que surgem levantamentos sobre as fontes doutrinárias e normativas do princípio e o seu controle. A noção da proporcionalidade evoca a idéia de equilíbrio ou harmonia. Ela tem grande potencialidade de aplicação em várias ciências. Não é um conceito próprio ao direito, mas trata-se de uma noção genérica, empregada em várias ciências. Originariamente, a proporcionalidade é um princípio matemático, adotado pela filosofia, tomando formas e acepções variáveis. Os conceitos de razoabilidade, equilíbrio e racionalidade constituem aspectos particulares dessa noção. A proporcionalidade transporta-se para

o quadro da democracia liberal, inserindo-se na filosofia política do sistema. A vida social impõe tomadas de decisões, que necessitam de um certo equilíbrio. Vários países institucionalizaram o princípio da proporcionalidade, como o lugar que passou a ocupar na República Federal da Alemanha. É um princípio que tem valor constitucional, sendo que seu conteúdo é examinado em três elementos que lhe compõem: o princípio da pertinência, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade estrita. O princípio tem, também, aplicação na Suíça, na Itália, na Espanha e em outros países.

O Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho tem várias formulações sobre o princípio. Também a Corte Europeia dos Direitos do Homem aplica-o, de maneira ampla, visando assegurar o respeito às disposições da Convenção internacional. As decisões da Convenção são ricas em disposições que tratam do conceito de proporcionalidade. Ele transparece, indiretamente, nas noções de processo equitativo, na decisão razoável e no princípio da igualdade. A Corte Europeia dos Direitos do Homem, em sua jurisprudência, precisa o campo de aplicação do conteúdo do princípio da proporcionalidade. São importantes as repercussões da aplicação na Convenção, na ordem jurídica interna, pelo que as jurisprudências nacionais devem integrar o princípio da proporcionalidade, nos controles que exercem. Convém ressaltar a importância e a riqueza do princípio da proporcionalidade no Direito comunitário. Este reconhece o conceito de proporcionalidade, como princípio geral do direito. Ele ocupa, na hierarquia das normas comunitárias, o mesmo papel das disposições de um Tratado. Vários doutrinadores têm tratado do assunto, com diversas concepções: Latournerie, Braibant, M. Costa, Kahn, Eisenmann, Dubouis, Bockel, Guibal, Bienvenu, Lamasurier, Laubadere, Vedel, Delvolve, Chapus e outros¹¹.

¹¹ PHILIPPE, Xavier. *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative français* : collection science et droit administratifs. Préface de Charles Debbasch. Paris : Economica, 1990; STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre : Livraria do Advogado 1995; BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.

O princípio da proporcionalidade deve ser visto com mais intensidade na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem. Entretanto, na Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, como nos diversos Protocolos adicionais, o termo *proporcionalidade* não aparece. A idéia que ele exprime transparece, de maneira sutil, nos diversos arrestos da Corte de Strasburg. A proporcionalidade aparece na jurisprudência, relativa aos artigos 8 a 11 da Convenção, que garantem o direito ao respeito à vida privada e familiar, ao domicílio, à correspondência, à liberdade de pensamento, à liberdade de consciência e de religião, de associação, compreendida a liberdade sindical. Várias decisões da Corte constatarem os casos de violações, resultantes do desconhecimento do princípio de proporcionalidade. Existem várias limitações autorizadas, no que se refere ao direito da liberdade física da pessoa, que permite a detenção regular de um alienado ou a detenção provisória, permitida pelo artigo 5, 1. Assuntos referentes ao casamento (artigo 12 da Convenção) e ao direito de propriedade ocupam espaço nos estudos desses temas. As limitações implícitas, no que se refere a outros direitos garantidos, tratam do direito à um processo equitativo, direito à instrução, direitos ao voto e à elegibilidade.

A proporcionalidade é considerada como um elemento de um direito garantido ou de uma obrigação positiva dos Estados contratantes, no que toca à proibição de penas e tratamentos desumanos ou degradantes (art. 3 da Convenção), como o recurso à tortura. Tendo em vista a sua redação concisa, categórica e aparentemente absoluta, indaga-se se é possível aplicar o princípio da proporcionalidade. Já em 1978, a Corte julgou que para compreensão do texto, deve-se configurar como mal tratamento, a existência de um mínimo de gravidade, cuja apreciação, relativa em sua essência, depende de um conjunto de circunstâncias, notadamente a duração do tratamento e seus efeitos físicos ou mentais, como, também, por vezes, referentes ao sexo, idade, estado de saúde da vítima. O arresto *Soering contra o Reino Unido*, de julho de 1989, introduziu certa dose de proporcionalidade.

A proibição aos trabalhos forçados ou obrigatórios (art. 4 da Convenção) surge no caso *Van der Musselle contra a Bélgica*, em que configurou-se certa forma de trabalho forçado ou obrigatório, e a Corte partiu da definição adotada pelo artigo 2, 1 da Convenção nº 29, da Organização Internacional do Trabalho.

As obrigações positivas, decorrentes do artigo 8 da Convenção, nos termos jurisprudenciais, decorrem da compreensão de que ele tem, essencialmente, por objeto prevenir o indivíduo contra a ingerência arbitrária dos poderes públicos. Para se configurar uma obrigação positiva, é preciso levar em conta o justo equilíbrio entre interesse geral e os interesses do indivíduo.

Quanto à relação entre proporcionalidade e não-discriminação, nos termos do artigo 14 da Convenção, destaca-se que é aí que a Corte utiliza pela primeira vez a palavra *proporcionalidade*, sendo que em várias decisões conclui-se pelo respeito ao princípio de proporcionalidade. Com o tempo, a proporcionalidade passou a ter destaque na jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem, de maneira sólida e durável.

4. Bioética e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Experimentação médica e científica

O progresso das ciências da vida é um elemento dos mais significativos, para a revolução científica do século XX. Os textos internacionais, relativos aos direitos do homem, são singularmente discretos, sobre os aspectos próprios ao direito do homem, colocados pelas ciências da vida. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, como a Convenção Europeia de Direitos do Homem não contém qualquer disposição específica sobre o assunto. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotados pelas Nações Unidas, em 1966, contém no artigo 7, uma referência à *experimentação médica*¹².

Os órgãos da Convenção não tomaram, inicialmente, posição sobre a aplicação dos princípios da Convenção a certas situações decorrentes do desenvolvimento das ciências biomédicas, com o objetivo de determinar a proteção da integridade psíquica ou a da vida privada e da família.

A proteção da integridade psíquica da pessoa não pode ser considerada, aprioristicamente, como uma decorrência da condenação dos crimes cometidos pelo regime nazista, tendo em vista que as pesquisas científicas suscitam riscos para a vida humana.

As difíceis questões sobre as pesquisas em torno do *embrião* e do *foetus* mostram que não

é possível, em tal debate, esgotar as realidades de outras experiências sobre o corpo humano, por meio de disciplinas e práticas científicas e médicas, também significativas e bem complexas.

As preocupações com a vida e as questões das pesquisas sobre o embrião e os *foetus* ocupam lugar de relevo, também, nos estudos jurídicos. Sendo o “direito à vida” o primeiro direito que a Convenção garante ao indivíduo, nem sempre é ele considerado como absoluto. Podem ocorrer exceções legais, às quais a Convenção situou em um campo definido, possibilitando certa flexibilização (artigo 2, 2, letras a e c).

Os Estados que ratificaram o Protocolo nº 6, que entrou em vigor, suprimiram, pelo menos em tempo de paz, a pena de morte, pelo que este direito adquiriu caráter quase absoluto. O Protocolo deixou intactas as exceções, quando a morte não é infringida intencionalmente. A proteção devida ao embrião e ao *foetus*, é examinada não apenas no que se refere aos beneficiários do direito à vida, mas também àqueles que são relativos às obrigações do Estado.

O embrião e o *foetus* são considerados como beneficiários do direito à vida. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, protege como direito de toda pessoa o respeito à vida, a partir da concepção (art. 4, 1). Mas a Convenção europeia é mais explícita, quando no artigo 2, § 1, fala em “direito de toda pessoa à vida”.

Os trabalhos preparatórios de elaboração de um documento destinado ao Comitê de especialistas, sobre a Convenção realizada pelo Secretário-Geral, fazem, pela primeira vez, menção ao direito à vida, em comparação com o artigo 2, § 1 da Resolução da Assembleia parlamentar ao artigo 5, § 1, do projeto da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A proteção do direito à vida inscreve-se no contexto largamente tributário, que visa oferecer ao indivíduo proteção contra o risco de ver repetir os abusos cometidos durante a guerra. Essa proposição foi adotada, em 7 de agosto de 1950, pelo Comitê de Ministros, sem muitos debates. No *affaire Brüggemann et Scheuten contre la République fédérale d'Allemagne*, a Comissão recorda que quando a Convenção entrou em vigor, a legislação sobre o aborto era em todos os Estados mais restritiva do que aquela que predominava anteriormente. Não se pode comprovar qual o motivo que teriam as partes da Convenção entendido por uma ou

¹² CORNAVIN, T. *Théorie des droits de l'homme et progrès de la biologie*. Paris : Droits, 1985. nº 2.

outra solução debatida, que não foram nem objeto de debates públicos, à época em que a Convenção foi elaborada e adotada.

A jurisprudência dos órgãos da Comissão iria consolidar-se, mas somente ocorreram pronunciamentos quando a Comissão e o Comitê de Ministros tiveram a ocasião de se pronunciar acerca dos diversos casos referentes ao aborto. A Corte que tinha receio em torno da liberdade de comunicação das informações (art. 10), acerca de um caso de aborto, releva, de repente, a situação, em “*Open Door et Dublin Well Woman C. Irlanda*, em arresto de 29 de outubro de 1992, A nº 246, § 66, no que toca à determinação se a Convenção, garantindo o direito ao aborto ou se o direito à vida, reconhecido pelo artigo 2, valeria igualmente para o *foetus*.”

Nos termos do artigo 2, dois requerimentos foram declarados inadmitidos pela Comissão, com o argumento de que os requerentes não poderiam tornar-se “vítimas” de leis incriminadoras do aborto. Mas no caso *Brüggemann et Scheuten c. République fédérale d’Allemagne*, a Comissão declarou que o requerimento seria atendido à medida, que fosse encaminhado.

De conformidade com o artigo 8 da Convenção, para se saber se a proibição de interrupção da gravidez, após duodécima semana, poderia constituir um “atentado à vida privada”, a Comissão e posteriormente o Comitê de Ministros decidiram, neste caso, que não ocorreu violação da Convenção.

A Comissão entendeu que não se pode dizer que a gravidez tem importância apenas no domínio da vida privada. Nessas circunstâncias, a vida privada deve ser associada à do *foetus* que se desenvolve. No que toca ao direito à vida, a Comissão entendeu que não seria necessário examinar, se a criança a nascer deve ser considerada como portadora de uma “vida”, nos termos do artigo 2 da Convenção. A Comissão faz referência à palavra *vida*, mais do que a expressão *toda pessoa*.

Na decisão de 13 de maio de 1980, no “*affaire*” *X. contre Royaume-Uni*, a Comissão explicitou sua posição sobre o direito do *foetus* à vida. Nesse caso, a esposa do requerente pediu a interrupção de gravidez, para proteger sua saúde, no curso da décima semana de gravidez, de conformidade com a lei britânica, segundo a qual o juiz nacional não reconhecia no *foetus* uma existência distinta da mãe.

A Comissão entendeu que o termo *toda pessoa* é utilizado pela Convenção (artigos 4,

6, 8 a 11 e 13), de tal modo que não se pode aplicar após o nascimento. Não se estabeleceu, claramente, se o termo poderia ter aplicação antes do nascimento, mas não se poderia excluir tal aplicação, em casos raros, como o artigo 6, 1. Quanto ao artigo 2, a Comissão ressalta, igualmente, que as limitações do direito à vida mencionadas, contêm, todas elas, por sua natureza, referências às pessoas já nascidas, não sendo aplicáveis aos *foetus*. Para a Comissão o termo *vida*, contido no artigo 2, 1, não é definido na Convenção. Para interpretar o mencionado termo, necessita-se saber se ele compreende, igualmente, a “vida a nascer”, pelo que é necessário dar atenção particular ao contexto do artigo, tomado em seu conjunto.

Na ausência de limitação expressa, concernente ao *foetus*, artigo 2, a Comissão propôs examinar qual interpretação deveria ser deduzida desse artigo. Não teria validade para todos os *foetus* ou daria ao mesmo um “direito à vida”, com certas limitações implícitas. Seria reconhecido ao *foetus* um direito de caráter absoluto? O problema não se resume na compreensão de que a “fase inicial” da gravidez, desde que o aborto é praticado antes da décima semana. Quanto à limitação implícita do direito à vida, durante a fase inicial, só a limitação destinada a proteger a vida ou a saúde da mulher está em jogo.

Supõe-se que existe o “direito à vida” do *foetus*, sendo que uma tal restrição aplicada na fase inicial da gravidez seria incompatível com o artigo 2, § 1 da Convenção, porque o aborto encontra sua limitação implícita no direito à vida do *foetus*, neste estágio, para proteger a vida e a saúde da mãe.

No que se refere à natureza das obrigações do Estado, a Comissão reconheceu, por diversas vezes, a questão de saber se o artigo 2 da Convenção não é uma posição negativa ou se ela obriga os poderes públicos a uma ação positiva, quando a vida de uma pessoa está em perigo. Num requerimento (*X. c. Irlanda*, n. 6839/74), com decisão em 4 de outubro de 1976, a Comissão colocou o problema da obrigação para os poderes públicos, de intervir positivamente, fornecendo recursos médicos. Compreendeu-se que a primeira frase do artigo 2 impõe ao Estado uma obrigação maior do que aquela constante da segunda parte: a idéia que o direito de toda pessoa à vida é protegido pela lei. Nessa hipótese, o Estado não somente deveria abster-se de realizar a morte intencionalmente, mas também tomar as medidas necessárias para a proteção da vida.

A Associação que reagrupava parentes de crianças que tinham passado por experiências graves e duradouras, decididos a vacinar, alegaram que as autoridades britânicas, organizando campanhas regulares de vacinação, sem informar os parentes dos perigos potenciais, tinha-lhes imposto risco injustificável. A Comissão, por compreender manifestamente mal fundada a situação grave, constatou que o Estado tinha adotado um sistema de controle apropriado (Assoc. X. c. Royaume-Uni), por meio do Requerimento nº 7.154/75, decisão de 12 de julho de 1978, consagrando-se uma obrigação ativa. Tratava-se de uma obrigação de comportamento, não se reduzindo a uma obrigação de resultado. A Comissão julgou, no que se refere ao risco de violência, que visava pessoas determinadas, que o artigo 2 da Convenção não seria interpretado como imposição ao Estado, que estaria obrigado a estabelecer uma proteção de natureza especial, no que se refere à guarda do corpo por um período ilimitado (Requerimento nº 6.040/73, de 20 de julho de 1973). Se o requerente não tivesse direito a uma obrigação de resultado, por parte dos poderes públicos, haveria a impossibilidade radical de um resultado, mesmo no caso de ausência de medidas positivas, que não constituiriam violação da Convenção. No caso *A. Hughes c. Royaume-Uni* (Requerimento nº 1.1590/85, decisão de 18 de julho de 1986) a requerente explicou que seu esposo não havia sido beneficiado por assistência médica rápida, que levaria às chances de uma reanimação. A Comissão, entendendo o requerimento mal fundado, que, na espécie, a informação médica entendeu que a morte seria inevitável.

A análise dessas questões, acerca da integridade do corpo humano, suscitadas pelo desenvolvimento das ciências biomédicas, leva ao aprofundamento destas questões.

Diversos outros atentados à integridade física da pessoa, em decorrência da prática científica e médica, colocam em relevo novas formas de solidariedade social, no que toca certos doentes que se beneficiam do sangue ou de órgãos de terceiros doadores, em proveito da sociedade em seu conjunto, que tem, também, a vantagem de levar ao surgimento de novos medicamentos. Essas medidas demonstram a necessidade de ressaltar o papel dos direitos do homem, em que a tradição pela proteção da pessoa é elemento essencial contra certos atentados à integridade física, suscetíveis de afetar a descendência do homem.

As práticas sobre os direitos do homem levantam problemas sobre sua legitimidade e sobre a questão do consentimento. Quanto à legitimidade, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 7, proíbe submeter uma pessoa, sem seu consentimento, a uma experiência médica ou científica. Entretanto, a Convenção Européia não menciona explicitamente a questão de experimentação humana, nem a de transplante de órgãos. O artigo 2, 1 da Convenção reconhece o direito de toda pessoa à vida, proibindo implicitamente os ensaios ou experimentações que têm consequências mortais sobre o ser humano. O artigo 3 da Convenção proíbe a submissão do ser humano às formas de tortura e às penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

O tratamento médico, de caráter experimental, sem o consentimento da pessoa, em certas condições, é proibido pelo artigo 3 da Convenção. A natureza experimental do ato médico é a condição primeira para que tal ação possa ser considerada como tratamento desumano. Ainda, no domínio médico, no que se refere ao artigo 8 da Convenção, a Comissão julgou o caso *X contra a Áustria*.

O consentimento foi debatido e tratado no *Código de Nuremberg*, que enunciava a necessidade de se obter o consentimento do doente, sendo que o artigo 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos faz do consentimento condição essencial à experimentação médica. A Comissão entendeu que o tratamento médico, de caráter experimental, sem o consentimento do interessado, pode, em certas circunstâncias, ser considerado como ofensivo ao artigo 3.

Tratando dos detidos, o princípio 7 da *Recomendação* nº R (90), do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, acerca da pesquisa médica sobre o ser humano, determina que as pessoas privadas da liberdade não podem ser objeto dessas experiências, se estes não prestam significativo benefício à saúde dos mesmos.

As pessoas incapazes, no que toca aos órgãos, nos termos da Resolução nº (78) 29, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, sobre a harmonização jurídica, em matéria de transplante de substâncias de origem humana, distinguiu as situações em que prevalecem ou não as substâncias suscetíveis ou não de regeneração.

As experiências biomédicas, nos menores, nos termos da *Recomendação* nº R (90) do

Comitê de Ministros do Conselho da Europa colocam como princípio o entendimento de que se as experimentações beneficiam terapêuticamente, são possíveis, a título excepcional. Os incapazes maiores são objeto da Recomendação nº R (83) 2, concernente à proteção jurídica das pessoas dotadas de perturbações mentais ou pacientes involuntários. Intercepta-se os ensaios clínicos com produtos ou técnicas que não têm base terapêutica psiquiátrica, sobre pessoas dotadas de perturbações mentais.

Os atentados à integridade do corpo, que afetam a descendência do homem, fazem surgir questionamentos sobre:

- a esterilização não voluntária;
- técnicas sobre o genoma genético.

O direito à procriação ou de criar uma família é reconhecido pelo artigo 12 da Convenção. A experimentação não consentida, como a esterilização não-voluntária, constitui atentado à integridade física do indivíduo.

O gênio genético está ligado à transferência de gens de célula germinal, que levaria à possibilidade de modificação do *fundo genético* da espécie humana. A Assembleia parlamentar do Conselho da Europa tratou do assunto, em 1982, na Resolução 934, relativa à *engenharia genética*. Os direitos à vida e à dignidade humana são garantidos pelos artigos 2 e 3 da Convenção Européia dos Direitos do Homem, no que toca a impedir que as características genéticas não sejam objeto de qualquer mutação.

Temas como a proteção da liberdade de pensamento e da vida privada e familiar são examinados nestes estudos, inclusive no que se refere às repercussões sociais sobre o reconhecimento do gênio genético.

Os perigos da utilização de informações científicas e médicas, sobre os indivíduos, foram objeto de duas Recomendações do Conselho da Europa, no que toca à regulamentação aplicável aos bancos de dados médicos automatizados. O artigo 54 estabelece que sem o consentimento expresso e consciente da pessoa envolvida na existência e conteúdo de um dossiê médico não podem estes dados ser comunicados a pessoas ou a organizações médicas. A Recomendação R (83), 10, de 23 de setembro de 1983, sobre a proteção de dados de caráter pessoal, utilizados para fins de pesquisas científicas e estatísticas, determina que se deve resguardar a vida privada.

Entre os anos de 1987 a 1992, o Comitê de especialistas sobre Bioética, do Conselho Europeu, denominado CAHBI, a partir de 1992,

denominado Comitê Diretor sobre Bioética (CDBI), incluiu em suas preocupações um conjunto de questões sobre:

- rastreamento genético pré-natal, diagnóstico pré-natal e conselho genético relativo (Recomendação R (90), de 21 de junho de 1990);
- dois textos relativos à utilização de análises de “ácido déoxyribonucléique” (ADN), no quadro de justiça penal (Recomendação R 5 (92) 1, de 10 de fevereiro de 1992) e sobre rastreamento genético, com finalidades médicas (Recomendação R (92) 3, de 10 de fevereiro de 1992).

Várias são as categorias de textos sobre como a Convenção Européia dos Direitos do Homem vem protegendo o indivíduo, fonte à divulgação de informações, referentes à saúde e ao patrimônio genético.

5. A Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e as Liberdades Fundamentais

O preâmbulo da Convenção Européia de Direitos do Homem é integrante da mesma, sendo que este estatuto não difere dos preâmbulos de outros tratados internacionais. O artigo 31 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, destaca certas regras gerais de interpretação dos mesmos, reconhecendo a indivisibilidade que existe entre esta parte e o corpo de um tratado. Ele dispõe que o tratado deve ser interpretado de acordo com a regra da boa-fé, de conformidade com o sentido ordinário atribuído aos termos do tratado em seu contexto, à luz de seu objeto e de sua finalidade. Em seu parágrafo 2º, estabelece-se que os fins da interpretação de um tratado, em seu contexto, compreende o seu texto, o preâmbulo e os anexos incluídos. Jean-Pierre Cot e Alain Pellet, em comentário sobre o preâmbulo da Carta das Nações Unidas, acentuam que a peça inaugural e o texto devem ser analisados com igualdade¹³.

Os preâmbulos, como instrumentos internacionais, são portadores de significado especial, pois que refletem as motivações que conduzem a elaboração dos mencionados instrumentos. A Corte Européia dos Direitos Humanos, no caso *Golder*, entendeu que o artigo 31, § 2º da Convenção de Viena, faz parte do seu contexto, apresentando grande utilidade para determinação do objeto e dos fins do instrumento de interpretação. A elaboração dos instrumentos internacionais, sob a forma de

¹³ COT, J. P., PELLET, A. *La Charte des Nations Unies*. Paris : Economica, 1985.

preâmbulo, não tem uma prática uniforme. No que se refere à Convenção Européia dos Direitos do Homem, a questão do preâmbulo só se colocou numa fase avançada dos trabalhos, isto é, durante a segunda sessão da Assembléia consultiva do Conselho da Europa, reunido do dia 7 a 28 de agosto de 1980. A comissão de questões jurídicas e administrativas da Assembléia, de maneira unânime, reconhece que era preciso iniciar a Convenção por um preâmbulo. Os estudos consagrados ao preâmbulo têm examinado sucessivamente: a Declaração Universal dos Direitos do Homem como fonte e quadro de referência, a segunda e a terceira alíneas do preâmbulo; a relação com o Conselho da Europa, à luz de sua finalidade, nos termos da 4ª alínea do preâmbulo; os direitos do homem no contexto de um regime político verdadeiramente democrático, alínea 5ª do Preâmbulo; o patrimônio comum de valores e mecanismos de garantia coletiva, 6ª alínea do Preâmbulo.

Os primeiros projetos continham, na sessão dedicada aos direitos garantidos, uma lista de direitos não precisamente definidos, mencionando, por referência explícita, os artigos correspondentes da Declaração Universal. Reafirmavam uma cláusula geral, prevendo uma garantia coletiva dos direitos e liberdades existentes na Declaração. A enumeração de um certo número de direitos relacionava-se com a previsão que estabelecia a vinculação com certo artigo da Declaração das Nações Unidas. No momento da redação da Convenção Européia, a Declaração Universal dos Direitos do Homem era sempre a primeira, como o único elemento adotado pela série de instrumentos internacionais que finalmente formaria a Carta Internacional dos Direitos do Homem. A Carta Internacional dos Direitos do Homem compreende, em seu conjunto, de quatro textos: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948); o Pacto Internacional relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais (1966); o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e o Protocolo facultativo que se reportava ao último pacto (1966). A referência à Declaração Universal, ao lado da Convenção Européia, estabelece uma relação estreita entre este instrumento regional em matéria de direitos do homem e as normas das Nações Unidas.

A relação com o Conselho da Europa e a Convenção Européia dos Direitos do Homem é bem significativa. O objetivo do Conselho da Europa é realizar a união, mais estreita, entre os Membros, com o fim de salvaguardar e promover os ideais e os princípios que formam o

patrimônio comum e favorecem o progresso econômico e social. O Preâmbulo do Estatuto diz, claramente, que os valores e princípios subjacentes à noção e ao reconhecimento dos direitos do homem e liberdades fundamentais são a base da cooperação internacional, como assim o entende o Conselho da Europa. Refere-se aos princípios da liberdade individual, da liberdade política e da preeminência do direito, sobre os quais se funda toda verdadeira democracia. O Preâmbulo da Convenção, bem como o Estatuto do Conselho, ressalta a consolidação da paz fundada na justiça e na cooperação internacional e dos interesses vitais, para preservar a sociedade humana e a civilização. Acentuam-se as noções de democracia política e sociedade democrática, como elementos indispensáveis à proteção e ao respeito dos direitos do homem, reafirmados, com força, nos textos adotados pela Conferência sobre a Seguridade e a Cooperação da Europa (CSCE), que se refere, particularmente, ao conceito de democracia pluralista. Os Estados participantes reconheceram, em documento adotado na reunião de Copenhague, na Conferência sobre a Dimensão Humana (CSCE - 5 - 29 junho 1990) que a democracia pluralista e o Estado são essenciais para garantir o respeito a todos os direitos do homem e todas as liberdades fundamentais. A Carta de Paris, para uma nova Europa, assinada em 21 de setembro de 1990 pelos Chefes de Estado ou de governantes de Estados participantes da CSCE, contém pontos importantes sobre a democracia, os direitos do homem e o Estado de direito. Entendeu-se que o governo democrático repousa sobre a vontade do povo, expressa em intervalos regulares, por eleições livres e leais. A democracia repousa no respeito da pessoa humana e no Estado de direito.

A Convenção Européia é considerada como um instrumento que reflete a vocação dos Estados signatários, para tomar as primeiras providências para assegurar a garantia coletiva de certos direitos enunciados na Declaração Universal.

O Preâmbulo fornece inspiração e fundamento para uma interpretação evolutiva.

6. O Conteúdo dos artigos da Convenção

O artigo 1 estabelece que as Altas Partes Contratantes reconhecem a todas as pessoas dependentes de sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título 1 da Convenção.

Pela jurisprudência da Comissão e da Corte Européia dos Direitos do Homem, no caso de violação desses direitos e liberdades definidos nos documentos da Convenção, configura-se a responsabilidade do Estado. Pelo artigo 1 da Convenção Européia e Direitos do Homem, os titulares desses direitos e liberdades reconhecidos, estão vinculados às pessoas que necessitam da jurisdição dos Estados contratantes. Trata-se de um princípio dos direitos e liberdades reconhecidos pelo 1º, 4º, 6º e 7º Protocolos. Os Estados-partes da Convenção devem reconhecer esses direitos e liberdades não somente para os seus nacionais, mas também para os outros Estados contratantes. A expressão *toda pessoa* é análoga à que aparece em outros instrumentos jurídicos internacionais pertinentes à natureza universal dos direitos e liberdades reconhecidos pelo sistema da Convenção.

O artigo 2 reconhece o direito de toda pessoa à vida, estando o mesmo protegido pela lei. A morte não pode ser infringida intencionalmente, salvo no caso de execução de uma sentença capital, decorrente de um tribunal, no caso de um delito ser punido com pena estabelecida em lei. Assegura-se a defesa de toda pessoa contra a violência ilegal. As disposições do artigo 2 foram completadas em 28 de abril de 1983, pelo Protocolo nº 6, aditado à Convenção, no que se refere à abolição da pena de morte. Este protocolo, que não foi assinado por todos os Estados-Partes da Convenção, é apreciado de maneira diferente. O direito à vida, proclamado pela Convenção, apresenta caráter fundamental. Esse direito estabelecido no artigo 2 garante os benefícios do direito à vida, com implicações sobre a morte infringida intencionalmente, as medidas de proteção à vida e as limitações do direito à vida.

O artigo 3 estabelece que ninguém pode ser submetido a tortura nem a penas ou tratamentos inumanos ou degradantes. A interdição à tortura, às penas ou a tratamentos inumanos ou degradantes, consagra, como tem decidido a Corte Européia dos Direitos do Homem (*Sering du 7 juillet 1989 - A nº 161, § 88*), um dos valores fundamentais da sociedade democrática que formam o Conselho da Europa. Com esse artigo, ressalta-se a importância da dignidade, inerente a pessoa humana, que passa a ser considerado como um direito intangível. Outros instrumentos convencionais têm ressaltado essa forma de proteção, alguns de natureza universal como o Pacto dos Direitos Civis e

Políticos 16 de dezembro de 1966, artigo 7, ou mecanismo regional como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969, artigo 5, 1 e 2. A Carta Africana dos direitos do homem e dos povos, de 28 de junho de 1981, não distingue os direitos intangíveis entre aqueles que ela enuncia. O direito à preservação da dignidade humana é considerado como um atributo inalienável ao ser humano, fundado sob os valores comuns, bem como aos patrimônios culturais e os sistemas sociais. A proibição à tortura figura entre as normas imperativas do direito internacional dos homens, enunciados como absolutos.

Na interpretação dos princípios inerentes aos direitos tratados no artigo 3, surgem os critérios específicos, tendo em vista a gravidade do sofrimento infringido às vítimas. Os juízes europeus reconhecem que essas normas são aplicáveis aos detidos e aos estrangeiros. A noção de tratamento degradante aparece como valor social, estabelecendo critérios sobre a discriminação racial, o descrédito social, os castigos corporais, os tratamentos médico-experimentais e as brutalidades infringidas às pessoas. O uso organizado da violência, os interrogatórios excessivos, a duração da detenção, o regime de detenção, o tratamento médico, as condições materiais do detento, o isolamento celular total vêm sendo objeto das decisões sobre a matéria.

O artigo 4 trata da escravidão, da servidão, do trabalho forçado ou obrigatório, dando destaque para o tema da escravidão e da servidão (Convenção da OIT, concernente ao trabalho forçado ou obrigatório, nº 29, de 28 de junho de 1930; Convenção sobre a Escravatura assinado em Genebra em 25 de setembro de 1926, emendada pelo Protocolo de New York de 7 de dezembro de 1953; a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura de 7 de setembro de 1956; a Convenção de New York para supressão do tratamento dos seres humanos e a exploração da prostituição, de 21 de março de 1950; a Convenção da OIT, nº 50, relativa à regulação de certos sistemas particulares de recrutamento de trabalhadores indígenas, de 21 de junho de 1936).

Várias convenções internacionais têm se dedicado a aspectos do tratamento dado aos seres humanos.

O artigo 5, § 1º, estabelece que toda pessoa tem o direito à liberdade e à segurança, pelo

que não pode ser privada de sua liberdade, salvo nos casos mencionados e conforme as vias legais. Esse artigo da Convenção garante a toda pessoa o direito à liberdade e à segurança, estabelecendo os casos em que as pessoas podem ser privadas de sua liberdade. O artigo 5, § 2º, estabelece que toda pessoa tem o direito de ser informada, perante a Corte, na língua que ele compreende, com explicações sobre a sua prisão e acusação.

O artigo 5, nº 3, estabelece que as pessoas detidas nas condições previstas no parágrafo 1, c, têm direito à assistência perante o juiz ou um outro magistrado habilitado pela lei a exercer as funções judiciárias e o direito de ser julgado de maneira razoável, com a liberdade processual.

O artigo 5, 4, estabelece que toda pessoa privada de sua liberdade, por meio de detenção, tem direito a um recurso perante um tribunal, onde se discute a legalidade de sua detenção, com a ordem de libertação no caso de detenção ilegal. O artigo 5, nº 5, estabelece que todas as pessoas vítimas de uma detenção, em condições contrárias as disposições do mencionado artigo, têm direito a uma reparação.

O artigo 6 estabelece que toda pessoa tem o direito que a sua causa seja julgada de uma maneira equitativa, pública e razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido por lei, que decidirá sobre os direitos e obrigações de caráter civil. Esse artigo tem como finalidade a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Na análise do artigo 6, convém destacar a importância crescente da arbitragem, na regulamentação dos litígios do comércio internacional, com indagações sobre as garantias processuais contidas no artigo 6, nº 1, da Convenção, válido, inclusive, em matéria de arbitragem.

A Convenção de arbitragem, o processo de arbitragem têm levantado várias questões, no que se refere ao reconhecimento de que a arbitragem não representa uma renúncia absoluta à proteção judiciária estatal.

O artigo 7 determina que ninguém pode ser condenado por uma ação ou uma omissão, quando não constitui infração perante o direito nacional e o direito internacional.

O princípio da legalidade dos delitos e das penas, na fórmula do artigo 7, exige que a ação ou a omissão constituam infração do direito nacional ou internacional, ao mesmo tempo reconhece-se o princípio da não-retroatividade das leis penais.

O artigo 8, nº 1 determina que toda pessoa tem o direito ao respeito de sua vida privada e familiar, bem como de seu domicílio e de sua correspondência. Não é permitida a ingerência de uma autoridade pública no exercício deste direito. O nº 2, estabelece que não é possível a ingerência da autoridade pública no exercício deste direito.

O artigo 9, nº 1 reconhece a toda pessoa o direito à liberdade de pensamento, de consciência e religião. Já o artigo 9, nº 2, ressalta que a liberdade de manifestação da religião ou de convicções não pode ser objeto de outras restrições, senão aquelas previstas por lei, em casos de utilização de medidas necessárias para uma sociedade democrática, promover a segurança pública, a proteção da ordem, da saúde e da moral pública ou a proteção de direitos de outrem.

Os artigos 10, nº 2, 11, nº 2, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 nº 1, a, b, 2, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66 tratam de variada temática que proclama direitos como a liberdade de expressão; o exercício das liberdades, os deveres e as responsabilidades; liberdade de reunião pacífica e de associação; exercício desses direitos, com apenas as restrições previstas em lei; o homem e a mulher têm direito a se casar e a constituir família; os direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção, quando violados, podem ser demandados, por recurso a uma instância nacional; os direitos e liberdades, reconhecidos na Convenção, devem ser assegurados, sem qualquer distinção fundada no sexo, na raça, na cor, na religião, nas opiniões públicas, qualquer que seja a origem nacional ou social; em caso de guerra ou de perigo público que ameace a vida da nação, as Altas Partes Contratantes podem tomar medidas que deroguem as obrigações previstas na Convenção; qualquer das disposições dos artigos 10, 11 e 14 não podem ser considerados impeditivas das Altas Partes Contratantes, de impor restrições à atividade política dos estrangeiros; as disposições da Convenção não podem ser interpretadas com restrições de um Estado, agrupamento ou indivíduo, de se livrar de atividades que visam a destruição dos direitos e liberdades; as restrições da presente Convenção só poderão ser aplicadas nos casos previstos;

Afim de assegurar o respeito aos preceitos, por parte das Altas Partes Contratantes, a Convenção instituiu uma Comissão Europeia dos

Direitos do Homem ou uma Corte Européia dos Direitos do Homem no elenco dos artigos mencionados. Estabelece-se que a Comissão compõe-se de um número de membros igual ao das Altas Partes Contratantes, que se reúne em sessão plenária, com a criação de Câmaras; os membros da Comissão são eleitos pelo Comitê de Ministros, por maioria absoluta para um mandato de seis anos; e têm título individual; durante todo o exercício de seu mandato, não podem assumir funções incompatíveis com as exigências de independência, imparcialidade e disponibilidade inerentes a seu mandato; a Parte contratante pode pertencer à Comissão, por intermédio da Secretaria Geral do Conselho da Europa. A Comissão pode decidir sobre requerimentos encaminhados à Secretaria Geral do Conselho da Europa por toda pessoa física, organização não-governamental ou grupo de particulares, que se sintam vítimas de violação por uma das Altas Partes Contratantes; a Comissão não pode pronunciar-se sobre recursos internos, desde que eles tenham decidido de acordo com os princípios internacionais; a Comissão não aplicará o artigo 25, quando é usado o anonimato ou tenha-se submetido à instância internacional.

Nos casos de recurso, a Comissão aprecia os fatos, procedendo o exame contraditório do requerimento das partes; na aplicação do artigo 25, a Comissão pode decidir, com a maioria de dois terços de seus membros; em todo momento do processo, a Comissão pode decidir sobre um requerimento, estabelecendo se o litígio está resolvido; o exame do recurso não tem como fim a aplicação dos artigos 28, nº 2, 29 e 30, em que a Comissão pronuncia-se sobre uma relação de ordem estatal ou individual, em que ocorre a violação de obrigações que lhe são traçadas em nome da Convenção; o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, no exercício de atribuição de natureza jurídica, decide sobre a questão de saber se houve ou não violação da Convenção; a Comissão, nos termos da Convenção, resolve, de acordo com disposições do Regimento Interior, sobre suas audiências e deliberações; as decisões da Comissão são tomadas pela maioria de seus membros, presentes e votantes; a Comissão reúne-se quando as circunstâncias exigirem, convocada pela Secretaria Geral do Conselho da Europa; a Comissão estabeleceu seu regulamento interno; o secretariado da Comissão é assessorado pela Secretaria Geral do Conselho da Europa; os membros da Corte são eleitos pela Assem-

bléia Consultiva, pela maioria das vozes que expressam, de conformidade com as pessoas apresentadas pelos Membros do Conselho da Europa, em que cada um pode apontar três candidatos; os membros da Corte são eleitos para um mandato de nove anos, sendo reeleitos; a Corte elege seu Presidente e Vice-Presidente para um mandato de três anos, sendo reelegíveis; os membros da Corte recebem pelo exercício de suas funções, fixada pelo Comitê de Ministros; para exame de cada caso, a Corte é constituída por Câmara composta de nove juízes; somente as Altas Partes contratantes e a Comissão têm a qualificação para se apresentar perante a Corte; a competência da Corte estende-se a todos os assuntos concernentes à interpretação e à aplicação da Convenção, que as Altas Partes Contratantes ou a Comissão se submetem, nos termos das condições previstas no artigo 48; cada uma das Altas Partes Contratantes pode, não importando em qual momento, declarar reconhecido como obrigatório, de pleno direito e sem convenção especial, a jurisdição da Corte, sobre todos os negócios concernentes à interpretação e à aplicação da Convenção; a Corte não pode pronunciar-se sobre assunto, após a constatação pela Comissão de condições processuais, sobre a regularidade sobre certos assuntos, no prazo de três meses, previstos no artigo 32; a condição que a Alta Parte Contratante assume, nos termos do artigo 48, foi modificada pelo Protocolo nº 9, artigo 5.

Em caso de contestação, em que se discute se a Corte é competente, ela própria decide; a decisão da Corte pode declarar se uma providência tomada por autoridade judiciária contra uma Parte contratante, situa-se como parcial, em oposição com as obrigações decorrentes da Convenção; a decisão da Corte deve ser motivada; sendo que se o arresto não obtém a opinião unânime dos juízes, pode ocorrer a opinião individual; a decisão da Corte é definitiva; as Altas Partes Contratantes, como partes no litígio, podem conformar-se às decisões da Corte, nos litígios nos quais são partes; a decisão da Corte é transmitida ao Comitê de Ministros, em grau de execução; a Corte estabelece seu regulamento e fixa seu procedimento; a primeira eleição dos membros da Corte teve lugar, após as declarações das Altas Partes Contratantes, nos termos do artigo 46; toda Alta Parte contratante apresentará sua demanda perante o Secretariado Geral do Conselho da Europa; as despesas da Comissão e da

Corte estão a cargo do Conselho da Europa; os membros da Comissão e da Corte, no exercício de suas funções, gozam de imunidades previstas no artigo 40 do Estatuto do Conselho da Europa; nenhuma das disposições da Convenção será interpretada como limitação ou atentado aos direitos do homem e às liberdades fundamentais; as disposições da Convenção não podem atentar contra os poderes conferidos aos Comitês de Ministros e ao Estatuto do Conselho da Europa; as Altas Partes Contratantes reconhecem, reciprocamente, salvo compromisso especial, a prevalência dos Tratados e Convenções, existentes entre elas; todo Estado, no momento da ratificação ou em outra oportunidade, deve declarar, por notificação endereçada ao Secretariado Geral do Conselho da Europa, que a Convenção será aplicada em seus territórios; todo Estado, no momento da assinatura da Convenção, na oportunidade do depósito do instrumento de ratificação, pode formular reserva sobre certa disposição particular da Convenção; a Alta Parte Contratante só poderá denunciar a Convenção após cinco anos de entrada em vigor da mesma; a Convenção foi aberta à assinatura dos Membros do Conselho da Europa, sendo que as ratificações serão depositadas na Secretaria Geral do Conselho da Europa.

7. Os Protocolos Adicionais

O Primeiro Protocolo Adicional, com seis artigos, estabelece que toda pessoa física ou moral tem o direito de ver respeitados seus bens, não podendo ser privado de sua propriedade, senão em caso de utilidade pública, de conformidade com as condições previstas em lei e nos princípios gerais do direito internacional. A disposição visa proteger um direito do homem, de natureza econômica.

O artigo 2 protege o direito à instrução, pelo que o Estado, no exercício de suas funções, deverá assumir as obrigações no domínio da educação e do ensino, com respeito às convicções religiosas e filosóficas. As Altas Partes Contratantes (artigo 3) devem organizar, em intervalos razoáveis, as eleições livres, com escrutínio secreto, em condições que assegurem a livre expressão do povo, na escolha do corpo legislativo.

Toda Alta Parte Contratante (artigo 4) pode, no momento da assinatura, ou da ratificação do Protocolo Primeiro, em qualquer momento, comunicar à Secretaria Geral do Conselho da

Europa uma declaração indicando em que medida aceita as suas disposições. As Altas Partes Contratantes, de conformidade com os artigos 1, 2, 3 e 4 do Protocolo, como dos artigos adicionais à Convenção, podem usar o processo da denúncia.

O artigo 6 do Protocolo foi aberto à assinatura dos membros do Conselho da Europa, signatários da Convenção.

O Protocolo nº 2, artigos 1 a 4, estabelece critérios sobre interpretação da Convenção e de seus Protocolos. Já no artigo 5, estabelece regras inerentes à assinatura, no que se refere à ratificação e aceitação.

O Protocolo nº 4, artigos 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7, estabelece regras sobre a privação da liberdade, em razão de execução de uma obrigação contratual. No mesmo sentido estabelece normas do direito de livre circulação e de livre escolha de residência. A não-expulsão, por medidas individuais e coletivas, de certo território do Estado é consagrada. São proibidas as expulsões coletivas de estrangeiros. A Alta Parte Contratante pode, no momento de sua assinatura ou ratificação do Protocolo acima mencionado, comunicar ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, declaração indicando, em que medida aceita as disposições do Protocolo. Ao mesmo tempo considerar os artigos 1 a 5 do Protocolo, como adicionais à Convenção.

O Protocolo nº 6, com quatro artigos, estabelece a abolição da pena de morte; ninguém pode ser condenado a tal punição. O Protocolo, no artigo 5, estabelece que todo Estado, no momento de sua assinatura ou do depósito, do instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação, deve designar os territórios nos quais se aplica o Protocolo. Pelo artigo 6, os Estados-partes consideram que os artigos 1 a 5 do Protocolo como adicionais à Convenção. O Protocolo foi aberto à assinatura dos Estados-membros do Conselho da Europa, signatários da Convenção, passando a entrar em vigor no primeiro dia do mês, em que cinco Estados-membros do Conselho da Europa exprimiram seu consentimento. A Secretaria Geral do Conselho da Europa notificaria os Estados-membros do Conselho à respectivas assinaturas.

O Protocolo nº 7, nos artigos 1 a 10, trata do estrangeiro residente regularmente em um território do Estado e sua não-expulsão, a não ser na execução de decisão tomada de acordo com a lei e o direito. Ao mesmo tempo, estabelece que toda pessoa declarada culpada, por infração penal, por um Tribunal, terá direito

de fazer examinar a questão por uma jurisdição superior, no que se refere à declaração de culpabilidade e à condenação respectiva. Sendo a condenação penal definitiva e ulteriormente anulada, em vista de erro judiciário, a pessoa submetida à condenação, será indenizada. Pelo artigo 4, ninguém pode ser condenado ou punido penalmente, por jurisdição do mesmo Estado, em razão de infração pela qual já foi apenado, por julgamento definitivo, conforme a lei e o processo penal deste Estado.

Os esposos devem obedecer a igualdade de direitos e as responsabilidades de caráter civil entre eles e nas relações com os filhos, durante o casamento e sua dissolução. O artigo 6 do Protocolo em questão trata dos critérios de assinatura, depósito e ratificação. Os artigos 1 a 6 do Protocolo são considerados como adicionais à Convenção, sendo que outros Estados podem apor suas assinaturas. O artigo 9 trata da entrada em vigor do Protocolo; ao passo que o de número 10 refere-se à assinatura, ratificação e aprovação¹⁴.

8. A responsabilidade do Estado por violação dos Direitos do Homem

O ensino do Direito Europeu parte dos primeiros projetos de organização europeia, com o estudo de diversas teorias, doutrinas e práticas da integração europeia, com controvérsias sobre o federalismo, teorias funcionalistas, controvérsias sobre supranacionalidade, tratados comunitários e o Tratado de Maastricht sobre a União Europeia, com destaque para a institucionalização jurídica das Comunidades Europeias. Esses levantamentos, ultimamente,

¹⁴ Texto da Convenção e Protocolos: Convenção europeia dos direitos do homem. Roma, 1950, em vigor depois, isto é, 1953; Texto revisado da Convenção (emendado em 1970, pelo Protocolo nº 3, de 1971, pelo Protocolo nº 5, de 1990 e pelo Protocolo nº 8, Protocolo nº 2, de Strasbourg, 1963 (o texto do Protocolo nº 2, passou a fazer parte integrante da Convenção, após sua entrada; Protocolo em vigor, em 1970; Protocolos em vigor (Protocolo adicional, Paris, 1952, em vigor, depois de 1954; Protocolo nº 4, Strasbourg, 1963, entrou em vigor em 1968; Protocolo nº 6, Strasbourg, 1983, em vigor depois de 1985; Protocolo nº 7, Strasbourg, 1984, em vigor depois de 1988; Protocolo nº 9, Strasbourg, 1990, em vigor depois de 1994; Protocolos em fase de ratificação (Protocolo nº 10, Strasbourg, 1992; Protocolo nº 11, Strasbourg, 1994); Collection. Documentos europeus. Droits de l'homme en droit international. Les éditions du Conseil de l'Europe, textes de base, 1992.

têm destacado a revisão do Tratado sobre a União Europeia, suas perspectivas e realidades, com dados sobre a Conferência intergovernamental de revisão do Tratado sobre a União Europeia, com questões referentes à hierarquia das normas¹⁵.

Os novos paradigmas em Direito Internacional Público, o Direito Internacional da Integração e a autonomia do Direito Internacional dos Direitos Humanos levam-nos às reflexões transformadoras da sociedade contemporânea¹⁶. As novas perspectivas do direito das Organizações internacionais, com os detalhados exames dos grandes textos do Direito Comunitário e da União Europeia, conduzem-nos às mais amplas reflexões sobre as trans-

¹⁵ GANTRON, Jean-Claude. *Droit européen* : Mémentos. Droit Public. Science Politique. 7. ed. Paris : Dalloz, 1995, LOUIS, Jean-Victor. *L'ordre juridique communautaire* : commission des communautés européennes. Perspectives Européennes. 6. ed. Bruxelles, 1993, BOULOUIS, Jean. *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, 5. ed. Paris : Montchrestien, 1995, CARREAU, Dominique. *Droit International, Etudes Internationales*, Pedone, Paris, 1994, DINH, Nguyen Quoc. *Droit International Public*. Atualização Patrick Daillier e Alain Pellet. 5. ed. Paris : L. G. D. J., 1994, LÓPEZ GARRIDO, Diego. *Libertades Económicas y Derechos Fundamentales en el Sistema Comunitario Europeo*. Madrid : Tecnos, 1986; GATHOT, Pierre Holleaux. *La Convención de Bruxelles de 27 de septiembre 1968 : competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE*. Prólogo de Bernardo M. Cremades, La Ley; CASSESE, Antônio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona : Ariel, 1993; ACKERMAN, Bruce, GALOVE, David. *Is Nafta constitutional?* Cambridge Massachusetts : Harvard University Press, 1995; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. São Paulo : Max Limonad, 1996.

¹⁶ DINIZ, Arthur J. *Novos paradigmas em Direito Internacional Público*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1995; MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional da integração*. Rio de Janeiro : Renovar 1996; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre : S. A. Fabris 1997 v. 1, ROCHA, José de Moura. *Dissabores do Saber ; Comunidade Europeia, Mercosul, jurisdição*. Ed. Universitária, Recife : 1997. Separata do Anuário do Mestrado em Direito, n. 7, 1995. ANDOLINA, Italo. *Ricerche sul processo. Cooperazione internazionale in materia giudiziaria. Dirette e Coordinate da Italo Andolina*. Ordinaria di Diritto Processuale Civile dell' Università di Catania. Catania : Libreria Editrice Torre, 1996.

formações da sociedade internacional contemporânea¹⁷, com reflexões sobre a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e a violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais, ao lado de estudos sobre os procedimentos públicos especiais¹⁸.

As preocupações com a redefinição dos paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo, em especial o brasileiro, vêm acompanhadas das motivações em torno da reorganização mundial e da própria restauração do Estado e o desenvolvimento social internacional, com análises sobre o relacionamento das Constituições européias com o Tratado de Maastricht, com indicativos para a integração regional, na América Latina¹⁹, com diversas

perspectivas para o futuro das modernas formas integrativas²⁰.

As decisões das Cortes Constitucionais, em torno do Direito Interno e do Direito Comunitário, têm demonstrado o crescimento e o enriquecimento da temática dos Direitos Humanos, que são da maior importância para a renovação da sociedade internacional contemporânea²¹.

Essas indagações levam aos questionamentos acerca da responsabilidade do Estado, por violação dos direitos do homem. Vários trabalhos dedicam-se à análise da Convenção Européia de Direitos do Homem, com objetivo de análise do texto, do mecanismo estabelecido e da jurisprudência de seus órgãos. Alguns desses trabalhos têm promovido comparações dos princípios que inspiraram a Comissão e a Corte Européia dos Direitos do Homem, com a Corte Interamericana, no que se refere à imputação das violações atribuídas ao Estado, tendo em vista as regras estabelecidas em matéria de responsabilidade pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. O tema da responsabilidade dos Estados por violação das obrigações internacionais é de grande importância. A Comissão já produziu a primeira

¹⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. Brasília : Escopo, 1990; SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997; DUBOIS, Louis, GUEYDAN, Claude. *Grandes textes de droit communautaire et de l'Union Européenne*. 4. ed. Paris : Dalloz, 1996.

¹⁸ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. *La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Violación de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* : estudio de los procedimientos públicos especiales. Madrid, 1988, 3. v. BUERGENTHAL, Thomas. SHELTON, Dinah. *Protecting Human Rights in the Americas*. cases and materials. 4. ed. Strasbourg : International Institute of Human Rights, 1995, HABA, Enrique P. *Tratado Básico de Derechos Humanos*. I. Conceptos fundamentales, con especial referencia al Derecho Constitucional latinoamericano y al Derecho Internacional. San José, Costa Rica : Editorial Juriscentro, 1986.

¹⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder municipal* : paradigmas para o estado constitucional brasileiro. Belo Horizonte : Del Rey 1997; LA RÉORGANISATION mondiale des échanges problèmes juridiques: Société Française pour le Droit International : Colloque de Nice. Paris : A. Pedone 1996; LES NATIONS Unies et la restauration de l'État : Rencontres internationales de l'Institut d'Études Politiques d'Aix En Provence : Colloque des 16 et 17 décembre, 1994. Sob a Direção de Yves Daudet. Paris : Éditions Pedone 1995; LES NATIONS Unies et le développement social international : Colloque des 16 e 17 de fevereiro de 1996. Sob a direção de Yves Daudet. Paris : A. Pedone 1996; MIRANDA, Jorge. O Tratado de Maastricht e a Constituição portuguesa. *Revista do Tribunal Regional Federal, 1ª Região*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 17, jun./set. 1996; Tribunal Regional Federal, 1ª Região, MELLO. *Soberania estatal e organização judiciária em zonas de integração econômica* : cursos de pós-graduação em Direito. Universidade Gama Filho, 1994.

²⁰ ALBUQUERQUE MELLO. *Direito Internacional americano* : estudo sobre a contribuição de um direito regional para a integração econômica. Rio de Janeiro : Renovar 1995; Idem. *Direito Constitucional Internacional* : uma introdução : Constituição de 1988 revista em 1994. Rio de Janeiro : Renovar 1994; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A ordem jurídica do Mercosul*. Porto Alegre : Livraria do Advogado 1996; ANDRADE, Maria Inês Chaves. *A plataforma constitucional brasileira*. Belo Horizonte : Del Rey 1995; CLERGERIE, Jean-Louis. *Le principe de subsidiarité*. Paris : Ellipses 1997; Le Droit en questions; DIREITO & Mercosul : cursos de pós-graduação em Direito - UFPR. *Revista Direito e Mercosul*, Curitiba, v. 1, n. 1, 1.996; QUADROS, Fausto. *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Européia*. Coimbra : Almedina 1995; SILVA, Roberto Luiz. *O Direito Econômico Internacional e o Direito Comunitário*. Belo Horizonte : Del Rey 1995; UNA CARTA Social del Mercosul? Trabajos de la Jornada Técnica sobre la Carta de Derechos Fundamentales en Materia Laboral del Mercosul, Relasur, 1994.

²¹ CORTE Costituzionale. La Corte Costituzionale Tra Diritto Interno e Diritto Comunitario. Seminário ocorrido em Roma, 15 e 16 de outubro de 1990. Milão : Dott. A. Giuffrè 1991; Direção de Philippe Manin. *La Révision du Traité sur l'Union Européenne Perspectives et Réalités*. Paris : A. Pedone 1996.

orientação a partir de 1980, com o Projeto sobre a origem da responsabilidade, tendo em vista os trabalhos do Professor Roberto Ago. Nessas discussões surgiram vários impasses sobre a confusão entre regras de responsabilidade, a condição dos estrangeiros, em decorrência das violações e da responsabilidade. A responsabilidade internacional responde de maneira satisfatória aos aspectos de um sistema jurídico vinculado ao direito internacional, no qual é indispensável que o Estado responda por todos os seus atos, decorrentes das atividades de seus órgãos, configurando-se atos que violam uma obrigação internacional. O artigo 5 do Projeto da Comissão de Direito Internacional sobre a responsabilidade dos Estados, dedicou-se à matéria, sendo que a Corte Interamericana dos Direitos do Homem reconheceu esse princípio na questão *Velásquez Rodríguez*.

Certas considerações gerais, que examinam as ordens jurídicas internas dos Estados europeus, no que concerne à teoria da separação dos poderes, têm apreciado as atribuições do

Estado, por intermédio dos órgãos que realizam atos do Poder Legislativo, atos do Poder Executivo e atos dos órgãos judiciários, relacionando-os com a teoria da responsabilidade. Nesses estudos têm ocorrido a distinção entre atos de *jure gestionis* e *jure imperii*, para a configuração da responsabilidade do Estado.

Os atos dos particulares são tratados no artigo 11 do Projeto da Comissão de Direito Internacional, no que se refere aos atentados dos direitos do homem. Também os órgãos de fato são examinados perante os direitos do homem.

A imputação do Estado por atos de outros sujeitos do direito internacional leva a diversas indagações sobre os atos de um Estado estrangeiro, as imputações e atividades das organizações internacionais, bem como sobre as atividades ilícitas dos organismos internacionais clássicos. É nesse sentido que a Comissão de Direito Internacional formulou regras sobre a imputação dos estados em matéria de direitos do homem²².

²² DIPLA, Haritini. *La responsabilité de l'état pour violation des droits de l'homme : problèmes d'imputation*. Com avant-propos de Nicolas Valticos e Préface de Luigi Condorelli. Paris : A. Pedone 1994.

