

F	A fundamentação da Medida Provisória: requisito de legitimidade constitucional e garantia do Estado Democrático de Direito <i>Luís Carlos Martins Alves Jr.</i>	243
F	A ampliação do conceito de cidadania por meio da efetiva tutela jurisdicional como fundamento do Estado Democrático de Direito <i>Márcio Luís de Oliveira</i>	259
F	O direito de propriedade privada na doutrina social da Igreja <i>Paulo Umberto Stumpf</i>	293
F	Imunidade tributária das empresas estatais prestadoras de serviços públicos <i>Raquel Discacciati Bello</i>	311
F	A justiça retributiva <i>Roberto Kalil Ferreira</i>	331
F	Crítica ao Direito sob a ótica de André-Jean Arnaud <i>Vanda F. Q. Jacob</i>	355

A PRÁTICA JURÍDICA NO DOMÍNIO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DO HOMEM (A CONVENÇÃO EUROPÉIA 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 Européia dos Direitos do Homem. 2. Os princípios e os mecanismos da Convenção. Regras, métodos e princípios de interpretação na jurisprudência da Corte européia de direitos do homem. 3. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência da Corte européia de direitos do Homem. 4. Bioética e Convenção Européia 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 art.s 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 EUROPÉIA 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 fenômeno 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, pelo que podem ser examinados, 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 art. apresentado no *Internacional 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 qual 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 deste 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 estrutural e conceitual, com repercussões no sistema administrativo, religioso, educacional, de comunicações e industrial.¹

1 WEERAMANTY, C. G. *The teaching of human rights* (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. Sri Lanka Journal of International Law. Publicação da Faculty of Law and the Department of International Relations of the University of Colombo, Sri Lanka, V. I, junho, 1989, p. 79 et. seq.

A Academia de Direito Internacional, através 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 Européia dos Direitos do homem, de 4 de novembro de 1950; a Convenção concernente a luta contra a discriminação no domínio do ensino, de 14 de dezembro de 1960; a Convenção sobre 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 1969.²

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 apontados quatro variáveis, indispensáveis para definir determinado sistema 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 métodos de proteção*.³

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

3 J. A. SALMON, Jean. *Essai de typologie des systemes de protection des droits de l'homme*. In: *La protection internationale des droits de l'homme*. Obra Coletiva. Centre de Droit International de l'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles (Centre Henri Rolin), Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1977, p. 174.

A determinação do órgão protetor encontra-se, primeiramente, nos termos da soberania nacional, efetivada no Estado no qual a pessoa 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 liberdades fundamentais. Os vários textos, relativos aos direitos do homem, estabelecem para os Estados que os subscreve, 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, § 1.

Em certos momentos, o objeto da regra é resolver um conflito de jurisdição, entre a ordem interna e a ordem internacional. Pode ocorrer a dupla proteção, através 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 Homem,⁴ 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 (art. 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 art. 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 vítimas de violação, por uma das Altas Partes Contratantes dos direitos reconhecidos pela Convenção, têm direito de agir. Esta fórmula faz abstração das noções de nacionalidade, residência e capaci-

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*. Op. cit., p. 31 et seq. GOMIEN, Donna. *Vade-mecum de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Conseil de l'Europe. Les éditions du Conseil de l'Europe. Collection Documents européens. Strasbourg, 1996.

dade de estar em juízo, pelo que estes 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 art. 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, desde que eles 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, desde que 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 art. 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 derrogou 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. Este 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 efeti-

vo. A Convenção europeia, em seu art. 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, deram origem a inúmeros de processos.

A soberania passou por profundas transformações, tendo em vista ser a Convenção europeia 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, § 2). Estas disposições sobre o respeito das soberanias nacionais justificam o controle do respeito da Convenção ao consentimento dos Estados.

A Convenção europeia dos direitos do homem e Convenção americana 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 europeia e a Convenção americana dos 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 constituem 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 pretoriano.⁵

As reflexões sobre a Comunidade europeia e a Convenção europeia dos direitos do homem, como organizações de integração, revelam que elas foram beneficiadas pela transferência de competências de seus Estados-Membros. À proporção que certos Estados passaram a aceitar a Convenção Europeia dos direitos do homem, com a utilização de suas competências, submetiam-se às obrigações decorrentes dela.

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 europeia 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 europeia de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Esta 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-

5 SUDRE, Frédéric. *La Convention Européenne des Droits de L'Homme*. 2.ed. Coleção "Que sais-je?", n. 2.513, Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

Membros, na Convenção da salvaguarda dos direitos fundamentais e na carta social europeia, 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, na medida que fossem garantidos pela Convenção europeia, de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. 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 europeia 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 europeia, as manifestações das jurisprudências nacionais dos Estados-Membros, referentes à Convenção europeia, têm acarretado a necessidade de estudos científicos por seus membros, pelos universitários e por seus praticantes, sobre o desenvolvimento dos trabalhos da Convenção, no interior de cada disposição do tratado, devido à jurisprudência evolutiva e dinâmica dos órgãos de Strasburg. 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, nestes 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 as aspirações dos povos europeus.⁶

O sistema de controle de Strasburg propiciou rica jurisprudência, transformando a Convenção europeia em documento fundamental para a salvaguarda e o

6 PETTITI, Louis-Edmond (direction). DECAUX, Emmanuel. IMBERT, Pierre-Henri. *La Convention Européenne des Droits de L'Homme. Commentaire article par article*. Préface de Pierre-Henri Teitgen, Secrétariat de rédaction: le Centre de Droit International de l'Université de Paris X Nanterre, CEDIN, Paris: Económica, 1995.

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 juizes da Corte europeia de direitos do homem e membros da Comissão europeia de direitos do homem, magistrados e funcionários europeus, *experts*, diplomatas e universitários, com destaque para a doutrina francesa da Convenção europeia dos direitos do homem, que ultrapassou as fronteiras nacionais, com numerosas contribuições francofonas, bem como das de língua inglesa e alemã.

A Convenção europeia de direitos do homem, que passou a vigorar em 1953, é considerada “patrimônio comum” das liberdades democráticas da grande Europa, reunindo 30 Estados-Partes, que vão desde a Islândia à Bulgária e de Portugal à Finlândia. A jurisprudência da Corte e da Comissão europeias dos direitos do homem é permanente instrumento de enriquecimento da concepção das liberdades fundamentais. Em cada ordem interna, criando uma verdadeira “ordem pública europeia”, consolida-se por meio da jurisprudência estrasburgueana, um sistema de controle, que se verifica em seus aspectos políticos, jurídicos e técnicos. O Protocolo n. 11, da Convenção, assinado pelos Estados-Membros do Conselho da Europa, em maio de 1994, tornou possível a reforma radical do sistema, no que se denomina “Europa do direito”.

Os Estados-Membros do Conselho da Europa ou os Estados-Partes aceitaram as disposições da Convenção europeia dos direitos do homem, como indissociáveis à plena participação da “família europeia”, 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 Polônia, 6 de novembro de 1991; a Bulgária, em 7 de maio de 1992; a Estônia, a Lituânia e Eslovênia, em 14 de maio de 1993; a Romênia, 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 Polônia (9 de janeiro de 1993); a Romênia (20 de junho de 1994) e a Eslovênia (24 de junho de 1994). Estes marcos constituem a “história legislativa” da Convenção, após 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. Estas 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 internacional, com o encorajamento pelo respeito aos direitos dos homens e as liberdades fundamentais para todos (art. 1º). A preocupação com o princípio do “respeito universal e efetivo dos direitos do homem e as liberdades fundamentais” é repetida no art. 55, com intenção programatória. Após 1947, quando foi colocada em vigor, em virtude do art. 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.

7 MARIE, J. B. e QUESTIAN N. 2. ed., *La Charte des Nations Unies*, de J.-P. Cot e 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*, Coleção “Que sais-je?”, n. 2.661, PUF, 1992; DECAUX, Emmanuel. *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, E. *La mise en vigueur du pacte international relatif aux droits civils et politiques*, RGDIP, n. 2, 1980.

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. Estas 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 Paul Ramadier, que provocaria a reunião da “Constituinte européia”. De conformidade com o art. 5 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”, firmando, 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 neutra-

lidade. 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, e a origem dos princípios da liberdade individual, da liberdade política e da preeminência do direito, sobre os quais está assentada toda a verdadeira democracia. Os Estados-Membros os consagram, em seu art 1º, que tem 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: um Conselho de Ministros (reunindo os Ministros dos Negócios Estrangeiros ou seus representantes), caracterizado pela tradição de conferência intergovernamental e uma Assembléia Consultiva, representada pelos Parlamentos 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, desde que as Nações Unidas já se haviam ocupado do problema. Entendeu-se que não era necessário fazer nova declaração, mas criar uma Corte de Justiça, desde que as declarações, puramente verbais, estavam 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 europeia 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 arts 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 europeia.

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 europeia. Além de responder aos pressupostos da justiça internacional, entendia-se que a Corte europeia aplicaria as convenções aceitas pelos membros do Conselho da Europa, para garantir, reciprocamente, as liberdades e direitos fundamentais, que fariam parte do patrimônio comum. Debateram-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 europeia 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 21 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 como essencial. As noções de soberania, reforçada 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 art. assegurando a proteção dessas instituições, pois tal determinação fugiria ao quadro da mesma. Dever-se-ia apoiar, no art. 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, 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, da Suíça e o retorno da Grécia (28 de novembro de 1974). Novas ratificações vêm em 1978 (Portugal), Espanha (1979), Filândia (1990).

A Convenção inovou quando ocorreu a aceitação específica, por parte dos Estados, com o compromisso elaborado no seio do Comitê de Ministros, inclusive no que se refere às declarações facultativas. Os *protocolos d'amendement*, modificando as disposições da Convenção, utilizam, também, os *Protocolos adicionais*, acrescentando disposições facultativas, consubstanciados nos Protocolos n. 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 n. 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 homem,⁸ 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. Neste período surge a oposição entre a teoria marxista-leninista dos direitos do homem e a doutrina humanista européia, até 1989. A desagregação do Império soviético e o abandono da doutrina marxista dos direitos do homem reforçam o sistema da Convenção européia, 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 Con-

venção passou, no pós-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 ou 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 européia 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, mais tarde, adotou-se uma Carta social européia, 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 reconhecido 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 Art. 1, salienta a primasia que ele deve ter sobre os acordos bilaterais ou multilaterais, quando se trata do respeito aos direitos fundamentais. O art. 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.

8 PETTITI, Louis-Edmond. *Juge à la Cour Européenne des Droits de l'Homme... Op. cit.*

No caso *Austria 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, com relação aos 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, diante da Convenção, em decisões da Corte, frente a 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 esta 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 a coerência das decisões da Corte, particularmente no domínio penal, asseguram 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 intraestatais 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 apresentam, também, problemas, como os das relações entre os “Trinta e dois” do Conselho da Europa e os doze da Comunidade, mas são membros-partes da Convenção européia. O *corpus de diretivas e regulamentos comunitários* impõe-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 nas 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,

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*. Op. cit., p. 41 et. seq.

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, desde que se situa 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 art. 45 da Convenção, isto é, uma competência contenciosa que se estende a todas as questões concernentes à interpretação e aplicação desse documento. A Corte de Strasburg não se esgota apenas nesse esforço interpretativo,¹⁰ 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 art. 31 da Convenção de Viena, com assento no texto, no contexto, objeto e finalidade do tratado, em relação aos arts. 32 e 33 do mencionado instrumento);

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

– finalmente, 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 art. 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

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

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 de considerar que o art. 14 da Convenção, interdição de discriminação, combinado com o art. 2º, do Protocolo 1, direito a 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, podem-se mencionar o Estatuto do Conselho da Europa, de 1949 e 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 Strasburg. 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 arts. 32 e 33 da Convenção de Viena. Os intérpretes têm levado em conta que, além do contexto, é necessário examinar o preâmbulo e 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 pluralismo político, 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 européia dos direitos do homem. A Corte de Strasburg, 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 objetivam assegurar, de maneira efetiva os direitos garantidos pela Convenção. A jurisprudência relativa ao art. 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 art. 5º, da Convenção: detenção, privação da liberdade, tribunal, condenação, alienado e vagabundo. Ao mesmo tempo, o art. 6º trata de conceitos sobre tribunal, contestação, direitos e obrigações de caráter civil e acusação em matéria penal. O art. 7º trata dos conceitos de condenação; os arts. 8, § 2º, 9; § 2º; 10, § 2º; e 11, § 2º, tratam do conceito de lei; o art. 25 menciona vítima; e o art. 50 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 grande 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 art. 8º 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 europeia 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, às decisões das autoridades nacionais, bem como as 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 às exigências do art. 6º. A obrigação de resultado é um tema clássico na jurisprudência da Corte. No art. 11 da Convenção, liberdade de reunião pacífica, 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 a 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 à distinção entre “atos” e omissões.

Dentre 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 art. 8º 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 art. 3º do Protocolo 1;
5. obrigação dos Estados assegurar uma proteção às doenças mentais, por disposições, não apenas civis, mas penais;
6. obrigação de informar à Corte a situação do acusado, de conformidade com o arts. 6, §§ 5º e 6º, 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 art. 8º, 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 art. 31, § 2º, da Convenção de Viena.

Várias são as exigências ligadas à idéia de uma sociedade democrática, princípio que domina toda a convenção. Neste sentido convém ressaltar, em 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 a um processo equitativo e público, nos termos do art. 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 art. 6, § 1º, 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 art. 6º, § 1º 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. A procura dos princípios gerais do direito comuns aos Estados-Membros do Conselho da Europa, são examinados diante dos 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 à 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 invoque 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 art. 8º da Convenção 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 a instrução na Bélgica, Estado plurilingüístico, composto de várias regiões lingüísticas; apreciação sobre a liberdade de expressão, em decorrência de uma controvérsia política pós-eleitoral na Áustria;

– apreciação de aspectos do art. 3º da Convenção, quanto à situação de vida da Irlanda do Norte;

– exigências da proteção da moral, em decorrência do art. 8º 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 as “aparências”, quando a Corte é solicitada a pronunciar sobre a existência de um atenta-

do aos direitos protegidos pela Convenção, quando depara com este fenômeno que está desvinculado, muitas vezes, do vocabulário empregado.

A Convenção é interpretada a 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 desta noção. A proporcionalidade transporta-se para o quadro da democracia liberal, inserindo-se na filosofia política do sistema. A vida social impõe a tomada 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 o compõem: o princípio da pertinência, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade estrita. Este 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 este princípio. Também a Corte Européia 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 européia dos direitos do homem, em sua jurisprudência, precisa o campo de aplicação do conteúdo do princípio da proporcionalidade. São importantes as re-

percussões 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 ao 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 diversos concepções: Latournerie, Braibant, M. Costa, Kahn, Eisenmann, Dubouis, Bockel, Guibal, Bienvenu, Lamasurier, Laubadere, Vedel, Delvolve, Chapus e outros.¹¹

O princípio de proporcionalidade deve ser visto com mais intensidade na jurisprudência da Corte européia de direitos do homem. Entretanto, na Convenção européia 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 Strasbourg. A proporcionalidade aparece na jurisprudência, relativa aos arts. 8º a 11 da Convenção, que garantem o direito ao respeito à vida privada e familiar, domicílio, correspondência, liberdade de pensamento, de consciência e de religião, liberdade de associação, compreendida a liberdade sindical. Várias decisões da Corte contatam 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 permitem a detenção regular de um alienado ou a detenção provisória, permitida pelo art. 5, § I. Assuntos referentes ao casamento (art. 12 da Convenção) e as direito de propriedade ocupam espaço nos estudos desses temas. As limitações implícitas, no que se refere a outros direitos garantidos, tratam do direito a 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 contra-

¹¹ PHILIPPE, Xavier. *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative français*, Collection Science et Droit Administratifs, Préface de Charles Debbasch. Economica. Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1990. Paris: 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.

tantes, no que toca à proibição de penas e tratamentos desumanos ou degradantes (art. 3º 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. 4º da Convenção) surge no caso *Van der Musselle contra a Bélgica*, onde configurou-se certa forma de trabalho forçado ou obrigatório, onde a Corte partiu da definição adotada pelo art. 2, § 1, da Convenção n. 29, da Organização Internacional do Trabalho.

As obrigações positivas, decorrentes do art. 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 art. 14 da Convenção, destaca-se que será 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 CONVENÇÃO EUROPÉIA 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 sobre direitos civis e políticos,

adotados pelas Nações Unidas, em 1966, contém no art. 7º, 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, as quais a Convenção situou em um campo definido, possibilitando certa flexibilização (art. 2, alínea 2, letras a e c).

Os Estados que ratificaram o Protocolo n. 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 àqueles que se referem às obrigações do Estado.

O embrião e o *foetus* são considerados beneficiários do direito à vida. A Convenção americana, relativa aos direitos do homem, de 1969, protege como direito de toda pessoa o respeito à vida, a partir da concepção (art. 4, § 3). Mas a Convenção europeia é mais explícita, quando, no art. 2, § 1, fala em “direito de toda pessoa à vida”.

12 CORNAVIN, T. *Théorie des droits de l'homme et progrès de la biologie*, Paris: Droits, 1985, n. 2.

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 art. 2, § 1, da Resolução da Assembléia parlamentar ao art. 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. Esta 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 motivos que teriam as partes da Convenção entendido por uma ou 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, n. 246, § 66, no que toca à determinação se a Convenção, garantindo o direito ao aborto ou se o direito à vida, reconhecido pelo art. 2, valeria igualmente para o *foetus*.

Nos termos do art. 2º, dois requerimentos foram declarados inadmitidos pela Comissão, como 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 art. 8º da Convenção, acerca de saber se a proibição de interrupção da gravidez, após duodécimo semana, poderia constituir um “atentado à vida privada”, que 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 conside-

rada portadora de uma “vida”, nos termos do art. 2º 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 daqueles da mãe.

A Comissão entendeu que o termo “toda pessoa” é utilizado pela Convenção (art.s 4º, 6º, 8º 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 art. 6, § 1. Quanto ao art. 2, a Comissão ressalta, igualmente, que as limitações do direito à vida mencionados contêm, todos eles, por sua natureza, referências às pessoas já nascidas, não sendo aplicáveis aos *foetus*. Para a Comissão, o termo “vida”, contido no art. 2º, § 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 art., tomado em seu conjunto.

Na ausência de limitação expressa, concernente ao *foetus*, a Comissão propôs examinar qual interpretação deve ser deduzida do art. 2º. 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 art. 2º, § 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, à questão de saber se o art. 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. 6.839/74), com decisão em 4 de outubro de 1976, a Comissão colocou o problema da obrigação para os poderes públicos, de intervir positivamente, fornecendo recursos médi-

cos. Compreendeu-se que a primeira frase do art. 2º, 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. Nesta hipótese, o Estado não somente deveria abster-se de realizar a morte intencionalmente, mas também de tomar as medidas necessárias para a proteção da vida. Associação que reagrupava parentes de crianças que tinham passado por experiências graves e duradouras, decididas a vacinar, alegou que as autoridades britânicas, organizando campanhas regulares de vacinação, sem informar os parentes, dos perigos potenciais, lhes tinha 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 n. 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 a pessoas determinadas, que o art. 2º 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 n. 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 n. 11.590/85, 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 a 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. Estas medidas demonstram a necessidade de se ressaltar o papel dos direitos do homem, em que a tradição pela proteção da pessoa é elemento essencial contra certos atentados à integridade física, susceptíveis de afetar a descendência do homem.

As práticas sobre os direitos do homem levantam problemas sobre sua legitimidade e a questão do consentimento. Quanto à legitimidade, o Pacto internacional relativo aos direitos civis e políticos, em seu art. 7º, 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 art. 2º, § 1, da Convenção reconhece o direito de toda pessoa à vida, proibindo, implicitamente, os ensaios ou experimentações que tenham conseqüências mortais sobre o homem. O art. 3º da Convenção proíbe a submissão do homem às formas de tortura e às penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

O tratamento médico, de caráter experimental, sem o consentimento do sujeito, em certas condições, é proibido pelo art. 3º 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 art. 8º 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 art. 7º do Pacto internacional, relativo aos 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 art. 3º.

Tratando dos detidos, o princípio 7 da *Recomendação* n. R (90), do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, acerca da pesquisa médica sobre ser humano, determina que as pessoas privadas da liberdade não podem ser objeto dessas experiências, se não atendem significativo benefício à saúde dos mesmos.

As pessoas incapazes, no que toca aos órgãos, nos termos da Resolução n. (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 susceptíveis ou não de regeneração.

As experiências biomédicas, nos menores, nos termos da Recomendação n. R (90) do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, colocam como princípio o entendimento de que se as experimentações beneficiam, terapeuticamente, são possíveis, a título excepcional. Os incapazes maiores são objeto da Recomendação n. R (83) 2, concernente à proteção jurídica das pessoas dotadas de perturbações mentais ou pacientes involuntários. Interceptam-se os ensaios clínicos com produ-

tos 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, suscitam questionamentos sobre:

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

O direito à procriação ou de criar uma família é reconhecido pelo art. 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 n. 934, relativa à *engenharia genética*. Os direitos à vida e à dignidade humana são garantidos pelos arts. 2º e 3º da Convenção europeia 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 art. 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 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 respeitar 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 de como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem vem protegendo o indivíduo, diante da 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 é parte integrante dela, sendo que este estatuto não difere dos preâmbulos de outros tratados internacionais. O art. 31 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados destaca certas regras gerais de interpretação dos mesmos, reconhecendo a indivisibilidade 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 § 2º, estabelece-se que os fins da interpretação de um tratado, em seu contexto, compreendem 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 no mesmo pé de igualdade.¹³

Os preâmbulos, como instrumentos internacionais, são portadores de significado especial, desde que reflitam as motivações que conduzem a elaboração dos mencionados instrumentos. A Corte Europeia dos direitos humanos, no caso *Golder*, entendeu que o art. 31, § 2º, da Convenção de Viena, faz parte integrante do seu contexto, apresentando grande utilidade para a determinação do objeto e dos fins do instrumento de interpretação. A elaboração dos instrumentos internacionais,

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

sob a forma de 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 art.s 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 art. 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 formariam a Carta internacional dos direitos do homem, que compreende, em seu conjunto, quatro textos: a Declaração universal dos direitos do homem (1948); o Pacto internacional relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais (1966); o Pacto internacional relativo aos 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 fim 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, de liberdade polí-

tica e de 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 o respeito os 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 a 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 par a uma interpretação evolutiva.

6 O CONTEÚDO DOS ART.S DA CONVENÇÃO

O art. 1º estabelece que as Altas Partes Contratantes reconhecem a todas as pessoas a jurisdição dos direitos e liberdades definidos, no Título 1º 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 art. 1º 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*, aparece em outros instrumentos jurídicos internacionais, pertinentes à natureza universal dos direitos e liberdades reconhecidos pelo sistema da Convenção.

O art. 2º 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, em caso de o delito ser punido por pena estabelecida em lei. Assegura-se a defesa de toda pessoa contra a violência ilegal. As disposições do art. 2 foram completadas em 28 de abril de 1983, pelo Protocolo n. 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. Este direito estabelecido no art. 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 art. 3º estabelece que ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos inumanos ou degradantes. A interdição à tortura, às penas ou tratamentos inumanos ou degradantes, consagra, como tem decidido a Corte Européia dos direitos do homem (*Soering du 7 juillet 1989 - A n. 161, § 88*), um dos valores fundamentais da sociedade democrática que formam o Conselho da Europa. Com este art., ressalta-se a importância da dignidade, inerente à pessoa humana, que passa a ser considerado como um direito intangível. Outros instrumentos convencionais têm ressaltado esta forma de proteção, alguns de natureza universal, como o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, art. 7º ou mecanismo regional como a Convenção Americana, de 22 de novembro de 1969, art. 5, §§ 1º e 2º. 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 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 art. 3º, 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 art. 4º trata da escravidão, da servidão, do trabalho forçado e obrigatório, dando destaque para o tema da escravidão e da servidão (Convenção da OIT, concernente ao trabalho forçado ou obrigatório, n. 29, de 28 de junho de 1930; Convenção de Genebra, relativa à escravidão, de 25 de setembro de 1926, emendada pelo protocolo de New York, de 7 de dezembro de 1953; Convenção suplementar relativa à abolição da escravidão, bem como o tratamento dos escravos, em instituições e as práticas análogas à escravidão, de 7 de setembro de 1956; a Convenção de New York para a supressão do tratamento dos seres humanos e a exploração da prostituição, de 21 de março de 1950; a Convenção da OIT, n. 50, relativa à regulação de certos sistemas particulares de recrutamento de trabalhadores indígenas, de 21 de junho de 1936).

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

O art. 5, § 1, 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. Este art. da Convenção garante a toda pessoa o direito a liberdade e à segurança, estabelecendo os casos em que as pessoas podem ser privadas de sua liberdade. O art. 5, § 2, 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 art. 5º, § 3º, estabelece que as pessoas detidas, nas condições previstas no § 1, c, têm direito a assistência perante o juiz ou outro magistrado habilitado pela lei, a exercer as funções judiciárias e o direito de ser julgado de maneira razoável, com a liberdade processual.

O art. 5º, § 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 art. 5, § 5, estabelece que todas as pessoas vítimas de uma detenção, em condições contrárias as disposições do mencionado art., têm direito a uma reparação.

O art. 6º, estabelece que toda pessoa tem o direito que sua causa seja entendida 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. Este art. tem como finalidade a proteção dos direitos humanos e as liberdades fundamentais.

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

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

O art. 7º determina que ninguém pode ser condenado por ação ou 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 art. 7º, exige que a ação ou a omissão constituam infração do direito nacional ou internacional, e ao mesmo tempo reconhece-se o princípio da não-retroatividade das leis penais.

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

O art. 9º, § 1º reconhece a toda pessoa o direito à liberdade de pensamento, de consciência e religião. Já o art. 9º, § 2º, ressalta que a liberdade de manifestação da religião ou de convicções não podem 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 arts. 10, 10 § 2, 11, 11 § 2, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 § 1-a, 28 § 1-b e § 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 associação; exercício desses direitos, com apenas as restrições previstas em lei; o homem e a mulher têm direito a casar e constituir família; os direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção, quando violados, podem ser demandados, através de 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 ameaça a vida da nação, as Altas Partes Contratantes podem tomar medidas que derroguem as obrigações previstas na Convenção; qualquer das disposições dos arts. 10, 11 e 14 não podem ser considerados impeditivas das Altas Partes Contratantes, de impor restrições a 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 à destruição dos direitos e liberdades; as restrições da presente Convenção só poderão ser aplicadas nos casos previstos; a fim de assegurar o respeito aos preceitos, por parte das Altas Partes Contratantes, a Convenção instituiu uma Comissão Européia 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, por um mandato de seis anos; os membros da Comissão têm título individual, onde, durante todo o exercício de seu mandato, eles 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 sinta vítima 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 art. 25, quando é usado o anonimato ou tenha-se submetido a instância internacional; nos casos de recurso, a Comissão aprecia os fatos, procedendo o exame contraditório do requerimento das partes; na aplicação do art. 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 arts. 28, § 2, 29 ou 30, onde 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, torna necessária, 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 o exigem, 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 Assembléia Consultiva, pela maioria das vozes que expressam, de conformidade com as pessoas apresentadas pelos Membros do Conselho da Europa, onde cada um pode apontar três candidatos; os membros da Corte são eleitos por um mandato de nove anos, sendo reeleitos; a Corte elege seu Presidente e Vice-Presidente por um mandato de três anos, sendo reelegíveis; os membros da Corte recebem pelo exercício de suas funções, fixadas pelo Comitê de Ministros; para exame de cada caso, a Corte é constituída por Câmara composta de nove juizes; 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 aplicação da Convenção, a que as Altas Partes Contratantes ou a Comissão se submetem, nos termos das condições previstas no art. 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 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 art. 32; a condição que a Alta Parte contratante assume, nos termos do art. 48, foi modificada pelo Protocolo n. 9, art. 5º; 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 juizes, 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 art. 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 art. 40 do Estatuto do Conselho da Europa; nenhuma das disposições da Convenção será interpretada como limitação ou atentado aos direitos do homem e as 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 não pode denunciar a Convenção, senão após o prazo de cinco anos, após a 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 art.s, estabelece que toda pessoa física ou moral tem o direito de ver respeitados seus bens, não podendo ser privada 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 art. 2º 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 as convicções religiosas e filosóficas. As Altas Partes Contratantes

(art. 3º) 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 (art. 4º) pode, no momento da assinatura, ou da ratificação, do Protocolo 1, em qualquer momento, 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 art. 6 do Protocolo foi aberto à assinatura dos membros do Conselho da Europa, signatários da Convenção.

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

O Protocolo n. 4, arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º, 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 coletiva 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, pode considerar os arts. 1º a 5º do Protocolo como adicionais à Convenção.

O Protocolo n. 6, com quatro art.s, estabelece a abolição da pena de morte, pelo que ninguém pode ser condenado a tal punição. O Protocolo, no art. 5º, estabelece que todo Estado, no momento de sua assinatura ou do depósito, do instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação, designar os territórios nos quais se aplica o Protocolo. Pelo art. 6º, os Estados-Partes consideram os arts. 1º a 5º 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 ao Estados-Membros do Conselho as respectivas assinaturas.

O Protocolo n. 7, nos arts. 1º 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 art. 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 art. 6º, do Protocolo em questão trata dos critérios de assinatura, depósito e ratificação. Os arts. 1º a 6º do Protocolo são considerados como adicionais à Convenção, sendo que outros Estados podem apor suas assinaturas. O art. 9º trata da entrada em vigor do Protocolo, ao passo que o de número 10 refere-se à assinatura, ratificação e aprovação.¹⁴

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, supranacionalidade, tratados comunitários e o Tratado de Maastricht sobre a União Europeia, com destaque para a institucionalização jurídica das Comunidades Eu-

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 n. 3, de 1971, pelo Protocolo n. 5, de 1990 e pelo Protocolo n. 8, Protocolo n. 2, de Strasbourg, 1963 (o texto do Protocolo n. 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 n. 4, Strasbourg, 1963, entrou em vigor em 1968; Protocolo n. 6, Strasbourg, 1983, em vigor depois de 1985; Protocolo n. 7, Strasbourg, 1984, em vigor depois de 1988; Protocolo n. 9, Strasbourg, 1990, em vigor depois de 1994; Protocolos em fase de ratificação (Protocolo n. 10, Strasbourg, 1992; Protocolo n. 11, Strasbourg, 1994). (Collection. Documentos européens. *Droits de l'homme en droit international. Les éditions du Conseil de l'Europe*, textes de base, 1992.

ropéias. Esses levantamentos, ultimamente, têm destacado a revisão do Tratado sobre a União Européia, suas perspectivas e realidades, com dados sobre a Conferência intergovernamental de revisão do Tratado sobre a União Européia, com questões referentes à hierarquia das normas.¹⁵

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 contemporânea.¹⁶

As novas perspectivas do direito das Organizações internacionais, com os detalhados exames dos grandes textos do Direito Comunitário e da União Européia, conduzem às mais amplas reflexões sobre as transformações da sociedade internacional contemporânea,¹⁷ com reflexões sobre a Comissão de Direitos Hu-

manos das Nações Unidas e a violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais, ao lado de estudos sobre os procedimentos públicos especiais.¹⁸

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 Latina,¹⁹ com diversas perspectivas para o futuro das modernas formas integrativas.²⁰

- 15 GANTRON, Jean-Claude. *Droit européen. Mémentos. Droit public. Science politique*. 7. ed., Paris: Dalloz, 1995; LOUIS, Jean-Victor. *L'ordre juridique communautaire*. 6. ed., Commission des Communautés Européennes. "Perspectives Européennes," Bruxelles, 1993; BOULONIS, Jéan. *Droit institutionnel de L'Union Européenne*. 5. ed., Paris: Montchrestien, 1995. CARREAU, Rominique. *Droit international. Études internationales*. 4. ed., Paris: Pedone, 1994; DINH, Nguyen Quoc. *Droit international public*. Atualização de Patrick Daillier e Alain Pellet. 5. ed., Paris: LGDJ, 1994; GARRIDO, Diego López. *Liberdades económicas y derechos fundamentales en el sistema Comunitario Europeu*. Madrid: Tecnos, 1986; GATHOT, Pierre Holleaux. *La Convención de Bruxelles de 27 de Septiembre de 1968*. Competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE. Prólogo de Bñernardo M. Gremades: La ley; CASSESE, Antônio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel, 1993; ACKERMAN, Bruce e GALOVE, David. *Is Nafta constitucional?* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1995; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- 16 ALMEIDA-DINIZ, Arthur J. *Novos paradigmas em direito interancional público*. Porto Alegre: Fabris, 1995; ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Direito internacional da integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997, v. I; ROCHA, José de Moura. *Dissabores do saber, I, Comunidade Européia, Mercosul, Jurisdição, II. Separata do Anuário do Mestrado em Direito* (n. 7, 1995, Recife-Pernambuco). Recife: Editora Universitária da Universidade Federal de Pernambuco, 1997; ANDOLINA, Italo (Coord.) *Recherche sul processo*. Cooperazione internazionale in materia giudiziaria. Ordinaria di diritto processuale civil dell'Università di Catania. Catania: Torre, 1996.
- 17 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*: Brasília: Escopo, 1990; SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997; DUBOVIS, Louise GUEYDAN, Claude. *Grandes textes de droit communautaire et de l'Union Erucopéene*. 4. ed., Paris.

- 18 ESCOBAR, HERNÁNDEZ. *Concepción. La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la violación de drechos humanos y libertades fundamentales*: estudio de los procedimiento públicos especiales. Madrid, 1988, 3. v.; BUERGENTHAL, Thomas e SHELTON, Dinah. *Protecting huamn rights in the Americas*. Cases and materials, 4. ed., A publication of the International Institute of Human Rights; Strasbourg, Arlington: N. P. Engel Publisper, Kehl, 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: Juriscentro, 1986.
- 19 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder municipal*. Paradgmas para o Estado constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1997; LA REÓRGANIZATION mondiale des échanges (Problémas juridiques). Societé Française pour le Droit International. Coloque de Nice. Paris: Pedone, 1996 (obra coletiva). DAUDET, Yves (Dir.). *Les Nations Unies et la restauration de l'Etat*. Rencontres internationales de l'Institut d'Études Politiques d'Aix en Provence. Coloque de 16 et 17 Décembre, 1994. Paris: Pedone, 1995 (obra coletiva); DAUDET, Yves (Dir.) *Les Nations Unies et le développement social international*. Coloque de 16 e 17 de fevereiro de 1996, Paris: Pedone, 1996 (obra coletiva); MIRANDA, Jorge. O Tratado de Maastricht e a Constituição portuguesa. *Revista do Tribunal Regional Federal*, 1º Região, Brasília, n. 3, v. 8, p. 17 et seq. jun./set. 1996; ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Soberania estatal e organização judiciária en zonas de integração econômica*. Curso de Pós-Graduação em Direito, Univesidade Gama Filho, 1994.
- 20 ALBURQUER MELLO, Celso D. *Direito internacional americano*. Estado sobre a contribuição de um direito regional para a integração econômica. Rio de Janeiro: Renovar, 1995; *idem*, *Direito constitucional internacioal* – Uma introdução (Constituição de 1988 revista em 1994). Rio de Janeiro: Renovar, 1994; VENTURA, Deísy de Freitas Lima. *A ordem jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996; ANDRADE, Maria Inês Chaves. *A plataforma continental brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995; CLELGERIE, Jean-Louis. *Le principe de subsidiarité*. Paris: Ellipses, 1997. Le droit en question; Direito e Mercosul. Cursos de Pós-Graduação em Direito-UFPR – *Revista Direito e Mercosul* (Curitiba, Ano 1, n. 1, 1996; QUADROS, Fausto. *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Européia*. Coimbra: Almedina, 1955; SILVA, Roberto Luiz. *O direito econômico internacional e o direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995; Uma carta scoial del Mercosul? Trabajos de LA JORNADA TÉCNICA SOBRE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN MATERIA LABORAL DEL MERCOSUL. Relasur, 1994.

As decisões das Cortes Constitucionais, em torno do Direito Interno e do Direito Comunitário, têm demonstrado o crescimento e enriquecimento da temática dos Direitos Humanos, da maior importância para a renovação da sociedade internacional contemporânea.²¹

Essas indagações levam aos questionamentos acerca da responsabilidade do Estado, por violação dos Direitos do Homem. Vários trabalhos dedicam-se a análise da Convenção Europeia de Direitos do Homem, com objetivo de análise do texto, do mecanismo estabelecido e da jurisprudência de seus órgãos. Alguns desses trabalhos, tem promovido comparações dos princípios que inspiraram a Comissão e a Corte Europeia dos Direitos do Homem, com a Corte Interamericana, no que se refere a 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 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 art. 5 do Projeto da Comissão de Direito Internacional sobre a responsabilidade dos Estados, dedicou-se a 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 a 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

21 CORTE COSTITUZIONALE. LA CORTE COSTITUZIONALE TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO COMUNITARIO (Seminário ocorrido em Roma em 15 e 16 de outubro de 1990); MANIN, Philippe (Dir.) *La révision du Traité sur l'Union Européenne – Perspectives et réalités*. Paris: Pedone, 1996.

atos de *jure gestionis* e *jure imperii*, para a configuração da responsabilidade do Estado.

Os atos dos particulares são tratados no art. 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, às imputações e atividades das organizações internacionais, bem como às 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 homem.²²

22 DIPLA, Haritini. *La Responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme – Problemes d'imputation – com Avant-propos de Nicolas Valticos e Préface de Luigi Condorelli*, Paris: A. Pedone, 1994.