

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • nº 127

julho/setembro – 1995

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos

JETE JANE FIORATI

SUMÁRIO

1. Os sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos. 2. A jurisprudência dos sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos. 3. Considerações finais.

1. Os sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos

A expressão “direitos humanos” sempre foi utilizada em diversos contextos. Boa parte da doutrina jurídica originária dos Estados que se regem pelo Direito Continental prefere a denominação “direitos fundamentais da pessoa humana” enquanto nos Estados que se filiam ao sistema do Direito Consuetudinário é usual a expressão “direitos humanos”. Apesar das diferenças relativas à sua designação, inexistem dúvidas quanto ao significado da expressão “direitos humanos”: são direitos essenciais da pessoa humana e seu reconhecimento configura um imperativo para o desenvolvimento da civilização.

Se não restam dúvidas quanto ao seu significado, tal não ocorre com o conteúdo da expressão “direitos humanos”. Historicamente os primeiros doutrinadores a prefigurar um conteúdo mínimo de tais direitos foram os iluministas e contratualistas durante o século XVIII, cujas idéias terminaram por influenciar as Declarações americana e francesa de Direitos. Vislumbra-se nestas Declarações que os direitos à vida, à propriedade e à igualdade, também conhecidos por Direitos Cívicos ou Direitos Humanos de Primeira Geração, eram aclamados como direitos essenciais à pessoa humana.

Posteriormente, no final do século XIX e início deste século, foram acrescentados ao rol

dos direitos humanos os direitos ao trabalho, à educação gratuita, à previdência e assistência social e à proteção do Estado, dentre outros. Tais direitos, conhecidos como Direitos Econômicos e Sociais ou Direitos Humanos de Segunda Geração, tornaram-se objeto de disciplina jurídica constitucional, seguindo o caminho trilhado pelos Direitos Civis e Políticos.

Na segunda metade deste século, novos direitos fundamentais se fizeram presentes com as profundas modificações tecnológicas, demográficas e democráticas advindas: os direitos à informação, à privacidade, ao ambiente sadio, do consumidor, enfim, os direitos que dizem respeito a uma sadia qualidade de vida, também conhecidos por direitos difusos ou Direitos Humanos de Terceira Geração, igualmente objeto de proteção jurídica constitucional nos sistemas ocidentais.

A partir do término da Segunda Guerra Mundial, os Direitos Humanos e sua proteção tornam-se objeto de preocupação internacional, uma vez que os Estados, esgotados com a guerra e com o genocídio, dispuseram-se a criar uma organização internacional que congregasse todos os povos em torno dos ideais de paz e justiça e de respeito aos direitos humanos. Surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 e já em 1948 foi aprovada no seu âmbito a "Declaração Universal dos Direitos Humanos". É aceitação geral que a Declaração Universal não possui natureza obrigatória, por não se tratar de uma Convenção ou Tratado embora seja imensa a sua influência nos ordenamentos jurídicos nacionais e sua jurisprudência e em Convenções Internacionais. Hersch Lauterpach, em interessante estudo, enfatizou o posicionamento dos representantes dos Estados à época da Declaração, demonstrado o consenso geral em não se aprová-la com cunho de obrigatoriedade¹. No Brasil, Francisco Rezek² e Cançado Trindade³ enfatizam a natureza de compromisso moral conferido à Declaração pelos Estados à época de seu nascimento e hodiernamente.

Em 1966 foram adotados dois Pactos complementares à Declaração de 1948: o Pacto das

Nações Unidas para os Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos e Sociais. Ambos os Pactos criaram um sistema próprio para a implementação dos direitos humanos neles contidos.

Relativamente ao Pacto das Nações Unidas para os Direitos Civis e Políticos nota-se que a existência da previsão de um sistema de relatórios e reclamações interestatais dotando-se o Comitê de Direitos Humanos (órgão vinculado à ONU) de competência facultativa para o exame das reclamações e, por último, de um sistema de petições individuais ao mesmo órgão. Este sistema terminou por criar obrigações aos Estados-Partes na Declaração no que tange à promoção de medidas completas para a implementação dos Direitos Civis e Políticos.

No que tange aos Direitos Econômicos e Sociais, que também se consubstanciam em objeto de um Pacto da ONU, este somente possui um sistema de relatórios, uma vez que sua implementação somente poderá ser apreciada se forem observados o grau de desenvolvimento específico de cada Estado e a atuação da ONU através de suas agências especializadas. Embora o Pacto dos Direitos Econômicos e Sociais tenha influenciado algumas Convenções Internacionais como a Carta Social Européia, este ainda se apresenta com alto grau de dificuldade para a sua implementação, uma vez que suas prescrições são tomadas como *standards* não obrigatórios ficando sob a égide das autoridades nacionais o poder de transformá-las em deveres coercitivos a serem respeitados pelo próprio Estado pela sociedade ou pelos indivíduos em relação a outros indivíduos.

Destarte observa-se que a proteção global dos direitos humanos sofre uma série de revezes, principalmente devido às diferenças de todo o gênero existentes entre os Estados, o que dificulta a formulação de um *minimum standard* necessário à aplicação e interpretação das normas consubstanciadas nos Pactos, que possam servir como parâmetros inderrogáveis pelos Estados. Por outro lado, inexistente um Tribunal Especializado em Direitos Humanos no âmbito da ONU e a Corte Internacional de Justiça não possui jurisdição obrigatória, apenas jurisdição subsidiária no que se refere à aplicação e interpretação das normas imperativas (dentre elas as normas de proteção aos direitos humanos), uma vez que o art. 66, alínea *a* da Convenção de Viena sobre Tratados de 1969 estabelece que apenas o Estado-Parte na controversia referente à norma imperativa poderá submetê-

¹ LAUTERPACH, H. *The Universal Declaration of the Human Rights*, in 25 *BYIL*, pp. 354 a 381.

² REZEK, J. F. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro. Forense. 1984. pp. 76 a 77.

³ CANÇADO TRINDADE, A.A. A Evolução Doutrinária e Jurisprudencial dos Direitos Humanos nos Planos Global e Regional: As Primeiras Quatro Décadas, in *Revista de Informação Legislativa* n. 90, p. 236.

la à Corte, não sendo necessária a aceitação da outra parte para julgamento do litígio, desde que tenham sido tentadas outras formas de solução pacífica. Indivíduos e grupos sociais não têm acesso à Corte Internacional de Justiça.

No entanto, a proteção regional dos direitos humanos, iniciada no imediato pós-guerra na Europa vem obtendo sucesso, quer pelas experiências comuns de violações contra os direitos humanos acarretadas pelas práticas do nazi-fascismo, quer pela relativa semelhança de valores e condições econômicas existentes no plano interno dos Estados-Partes. Da Europa a sistematização regional de proteção aos direitos humanos se espalhou para a América.

O Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos surgiu em 4 de novembro de 1950 quando representantes de treze Estados europeus reunidos em Roma firmaram a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais. Esta Convenção entrou em vigor em 3 de setembro de 1953 com o depósito do décimo instrumento de ratificação pelo Grão-Ducado de Luxemburgo. Sofrendo modificações em 1952, 1963, 1966, 1983, 1984, 1987 e 1992 por nove Protocolos, esta Convenção possui efeito vinculante sobre os seguintes Estados: Áustria, Alemanha, Bélgica, França, Chipre, Dinamarca, Espanha, Grécia, Irlanda, Islândia, Itália, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suíça, Suécia, Malta, Finlândia, Turquia, República Tcheca, Eslováquia, Hungria, Polónia e Bulgária.

A Convenção Européia de Direitos Humanos contém no seu bojo sessenta e seis artigos sendo que os primeiros dezoito prescrevem direitos substanciais, de Primeira e Terceira Geração, enquanto que os restantes estabelecem um sistema jurisdicional de proteção aos direitos enunciados na Convenção, através da formação de uma Comissão e de uma Corte Europeias de Direitos Humanos, bem assim a sua organização e funcionamento. Esta Convenção foi complementada por nove Protocolos e pela Carta Social Européia de 1961, que tem por modelo o Pacto dos Direitos Econômicos e Sociais da ONU, disciplinando os Direitos de Segunda Geração.

A diversidade na implementação dos direitos civis e políticos, sociais, econômicos e difusos é estabelecida pelo art. 11, inc. II da Convenção Européia: enquanto os direitos civis e políticos são inderrogáveis, os direitos sociais, econômicos e difusos não gozam do mesmo

caráter. Segundo Rosalyn Higgins os direitos civis e políticos possuem caráter de *Jus Cogens*, enquanto os direitos econômicos, sociais e difusos somente podem ser implementados gradativamente⁴.

Já o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos teve seu embrião na Quinta Reunião de Ministros das Relações Exteriores da OEA, realizada em Santiago do Chile, onde foi constituída a Comissão Jurídica Interamericana, que conforme o art. 105 da Carta da OEA tinha funções consultivas para questões jurídicas e também a incumbência de elaborar uma Convenção sobre defesa e garantia das liberdades, bem assim a de definir uma estrutura jurídica especializada nas controvérsias decorrentes dos direitos humanos. Nessa reunião acertou-se também a criação de uma Comissão de Direitos Humanos semelhantes à existente no âmbito do Conselho da Europa.

Em 1960 foi aprovado o Estatuto da Comissão de Direitos Humanos e eleitos os seus integrantes, sendo que em 1969 aprovou-se a Convenção Americana de Direitos Humanos que entrou em vigor em 1978, instituindo-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1969. São Estados participantes da Convenção: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Granada, Jamaica, México, Nicarágua, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela.

A Convenção Americana de Direitos Humanos não difere muito de sua congênere européia⁵. De forma semelhante à Convenção Européia, a Convenção Americana não disciplinou direitos sociais, econômicos e culturais, recomendando aos Estados-Partes no seu art. 26 a progressiva realização dos direitos econômicos e sociais contidos na Carta da OEA. Em 1988 foi firmado o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mais conhecido por Protocolo de El Salvador que traz no seu art. 1 a obrigação de adotar medidas previstas na medida de suas reais condições econômicas, adotando disposições de di-

⁴ HIGGHINS, R.. Derogation under Human Rights Treaties, in 48 *BYIL*, p. 283. Vide também: ROZAKIS, C. *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*. Amsterdam, 1976, p. 42.

⁵ RODAS, J.G. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, in *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 10, p. 174.

reito interno que permitam a sua real implementação.

No entanto, a grande inovação trazida pelos Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos foi a criação de órgãos com jurisdição para decidir acerca da aplicação e interpretação das Convenções. No entender de Robertson, as Convenções Européia e Americana criaram uma Ordem Jurídica Comum em ambos os Continentes no que se refere aos Direitos Humanos. Diz Robertson: "As the Law of Convention, not only creates obligations for States, but also rights which are enforceable by individuals, it is established in the field of civil liberties, a new legal order designed to substitute for the particular systems of individual States a common European order. The jurisdiction and operation of the Commission and Court are subject to rules in which the common public interests is overriding"⁶.

Ambas as Cortes, Européia e Interamericana, exercem funções de interpretação e aplicação das respectivas Convenções aos casos concretos, independentemente da autorização *in casu* dada pelos Estados envolvidos para que referidos tribunais conheçam das lides. A autorização é concedida pelo Estado por determinado período e renovada automaticamente, desde que não haja objeções do mesmo. Se houver qualquer objeção, a autorização anterior se estenderá até o término dos processos em curso. Hodiernamente no Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos apenas a Turquia, a Eslováquia, a Bulgária, a Polónia e a Hungria não conferiram a jurisdição obrigatória ou o reconhecimento de competência à Corte. No Sistema Interamericano a Argentina, a Costa Rica, o Equador, Honduras, o Uruguai, o Suriname e a Venezuela concederam a autorização para o julgamento de litígios em que sejam Parte Demandada à Corte Interamericana.

Em ambos os Sistemas Regionais as denúncias de violações às Convenções perante as Cortes somente poderão ser feitas pelas Comissões Européia e Interamericana de Direitos Humanos, conforme prescrições contidas no arts. 47 da Convenção Européia e 48 da Convenção Americana. No que tange ao Sistema Europeu, em 1992, com a assinatura do Protocolo nº 9 à Convenção Européia, torna-se possível às vítimas o acesso direto à Corte Européia. Este Protocolo ainda não se encontra em

vigor devido ao fato de não ter sido ratificado pela metade dos Estados-Membros da Convenção, número necessário para a sua vigência.

A Comissão Européia de Direitos Humanos possui funções jurisdicionais, que se consubstanciam na conciliação, e administrativas visando à averiguação, informação e interposição de demandas perante a Corte Européia. No *Caso Lawless*, a primeira sentença prolatada pela Corte Européia de Direitos Humanos a Comissão é caracterizada como *amica curie*, "um auxiliar do Tribunal a quem deve ajudar e ilustrar"⁷.

Diversamente de sua congênera européia, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos possui, além das funções administrativas ligadas à averiguação e interposição de demandas perante a Corte Interamericana e funções jurisdicionais consubstanciadas na conciliação, também funções políticas presentes no art. 41 da Convenção que estabelece que a principal função da Comissão é o estímulo da conscientização das realidades envolvendo o respeito aos direitos humanos entre os povos da América, formulando Recomendações aos governos dos Estados Membros da OEA no sentido de adotarem medidas progressivas em prol dos direitos humanos. Destarte a Comissão Interamericana faz relatórios e visitas *ad hoc* para avaliar a real importância e as possíveis violações aos direitos humanos.

Em ambos os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos, dois são os atos que contêm as decisões das Cortes acerca das questões que lhes são submetidas: as sentenças e os pareceres. As sentenças decidem dos litígios envolvendo violações às Convenções, enquanto os pareceres são opiniões emitidas pelo Plenário das Cortes, quando consultadas pelos Estados Signatários da Convenção (no sistema europeu) ou da OEA (no sistema interamericano).

As sentenças possuem caráter meramente declaratório, não tendo o poder de desconstituir um ato interno como a anulação de um ato administrativo, a revogação de uma lei ou a cassação de uma sentença judicial. A única exceção prevista ocorre quando a decisão da autoridade da Parte Contratante é oposta às obrigações derivadas da Convenção e o direito da Parte Contratante não puder remediar as con-

⁶ ROBERTSON, D. *Human Rights in Europe*. Manchester University Press. 1977, pp. 231 a 232.

⁷ ANNUAIRE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, IV. *Caso Lawless*. Sentença de 14.11.60, § 20. Tradução da autora.

seqüências desta disposição, caso em que as Cortes deverão conceder ao lesado uma reparação razoável, conforme se deflui dos arts. 50 da Convenção Européia e 63 da Convenção Americana. Quanto aos Pareceres, é digno de menção o fato de serem mais comuns no âmbito americano, haja vista de que poucos Estados-Partes autorizaram a jurisdição da Corte em casos em que estivessem em situação de Parte Demandada.

2. *A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos*

2.1. *Jurisprudência dominante na Corte Européia de Direitos Humanos*

Sendo função do Tribunal de Estrasburgo a interpretação da Convenção Européia de Direitos Humanos e sua aplicação aos casos concretos, é possível, após uma análise perfunctória, observar que nestes mais de trinta anos de labor jurisprudencial foram cristalizadas algumas regras de interpretação no seio da Corte Européia e houve uma delimitação do alcance de algumas expressões jurídicas inseridas na Convenção Européia.

Embora tenha elaborado nestes trinta anos alguns paradigmas interpretativos, inexistente a vinculação de interpretação para a solução de controvérsias a eles submetidas, nos moldes do direito consuetudinário (*stare decisis*). Em sua atividade jurisdicional, a Corte Européia de Direitos Humanos (também conhecido por Tribunal de Estrasburgo) se assemelha a uma Corte ou Tribunal Supremo segundo o modelo jurídico vigente na Europa Continental. No entanto, enquanto um Tribunal Continental interpreta a Constituição e as leis infraconstitucionais à luz de um sistema jurídico que evoluiu durante mais de dois milênios (não se pode esquecer que o direito continental deriva do direito romano) e hodiernamente se apresenta consolidado, o Tribunal de Estrasburgo tem como paradigma legislativo, de caráter genérico, apenas a Convenção e Nove Protocolos que se consubstanciam em palavras vagas e ambíguas a serem interpretadas à luz de princípios gerais de direito internacional. Este fato motivou a Corte a estabelecer parâmetros e princípios gerais em suas decisões.

A primeira tendência dominante na Jurisprudência da Corte Européia diz respeito ao acesso à Comissão e, indiretamente, à própria Corte. O art. 25 da Convenção Européia estabelece: "A Comissão pode conhecer de qualquer

petição dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa por qualquer pessoa física, organização não-governamental ou grupo de particulares, que se considere vítima de uma violação...". Portanto, somente as vítimas da violação poderão peticionar à Comissão.

No seu labor inicial, a Corte entendeu que vítima era aquela que sofresse diretamente a violação dos direitos previstos na Convenção, conforme se deflui da leitura do *Caso Linguístico Belga*⁸. Posteriormente no *Caso X contra República Federal da Alemanha* cuja conciliação foi viabilizada perante a Comissão Européia, visível o entendimento de que a vítima não era somente aquela que sofresse diretamente a violação, mas também aquelas indiretamente afetadas por esta violação. No caso em lide, X fora internado em um hospício e sua mulher peticionou à Comissão denunciando as violações aos direitos do marido e a Comissão compreendeu que a peticionária era considerada vítima nos termos do art. 25 da Convenção⁹.

Em 1976, no *Caso Kdjelsen contra a Dinamarca*, a Corte permitiu que Busk Madsen e Pedersen, peticionários conjuntamente com Kdjelsen à Comissão, questionassem também a violação ao art. 2 do Protocolo nº 1 à Convenção, relativamente ao fato de se aferir se a obrigatoriedade de educação sexual nas escolas ofendia a obrigatoriedade do sistema educacional de respeitar as convicções morais e familiares das crianças embora ambos, que eram pais, não possuísem filhos em idade escolar, por considerá-los "vítimas futuras de futuros abusos"¹⁰.

Por outro lado, no *Caso Kass contra a República Federal da Alemanha*, relativo à *surveillance*, a Corte considerou que uma lei poderia violar os direitos de um indivíduo que potencialmente pudesse ser afetado por ela, em virtude da ausência de meios específicos para a sua implementação. A Corte decidiu que um indivíduo poderia considerar-se vítima de uma

⁸ European Court of Human Rights. Case Relating to Certain Aspects on the Use of Language in Belgium: K. Verlag Ed. Köhn. Series A, n. 6. Judgement of 23.5.68.

⁹ Application n.º 4.185/69. Collection Texts of European Commission on Human Rights in CANÇADO TRINDADE, A.A. Coexistence and Co-ordination of Mechanisms of Human Rights in 202 HAGUE RECUEIL, p. 266.

¹⁰ European Court of Human Rights. Case Kdjelsen, Busk Madsen e Pedersen. K. Verlag. Ed. Köhn. Series A. n. 23. Sentença de 7.12.76. § 9. Tradução da autora.

violação "ocasionada pela mera existência de medidas secretas ou de uma legislação permitindo medidas secretas, sem ter que alegar que tais medidas foram de fato aplicadas"¹¹, o que significa dizer que é possível a existência de uma vítima de violação, mesmo que esta não pudesse comprovar o dano causado.

Esta decisão foi posteriormente repetida nos *Casos Marckx contra Bélgica e Dudgeon contra Reino Unido*. No *Caso Marckx* a Corte considerou que "a existência de uma lei (o Código Civil Belga) que violasse de *per se* o direito do indivíduo devido à ausência de uma medida de implementação, daria a este o direito de reivindicar sua condição de vítima"¹². Já no *Caso Dudgeon* a Corte enfatizou que a "mera existência de uma legislação - *The 1885 Act* - que interferia contínua e diretamente sobre a vida privada" permitia ao peticionário sustentar a violação a seus direitos¹³.

Já no *Caso Campbell e Cosans contra Reino Unido* a Corte considerou os pais dos menores Campbell e Cosans "vítimas indiretas" e os autorizou a demandar o Reino Unido devido à existência, na escola em que estudavam os filhos, de castigos corporais como punição, o que no caso de Campbell, já punido representara segundo a Corte, violação ao art. 3 da Convenção (tratamento desumano e degradante) e no caso de Cosans "risco iminente de violação"¹⁴. A noção de risco iminente teve sua configuração em outro caso posterior, o *Caso Soering contra Reino Unido*: a possibilidade de extradição de Jean Soering para a Virgínia, onde havia cometido duplo homicídio, acarretava-lhe sério risco de condenação à morte, o que lhe dava a possibilidade de reivindicar ser vítima de "iminente risco de violação futura". Por outro lado, ao decidir, a Corte avaliou o risco iminente, ao analisar a possibilidade de aplicação da pena de morte, sustentando que se a extradição fosse implementada haveria a violação do art. 3, mesmo que na Virgínia, Soering não fosse condenado à morte¹⁵. Subentendeu a Corte que

¹¹ ANNUAIRE, XXI. Caso Klass. Sentença de 6.9.78. § 30. Tradução da autora.

¹² ANNUAIRE, XXII. Caso Marckx. Sentença de 13.6.79. § 27. Tradução da autora.

¹³ ANNUAIRE, XXIV. Caso Dudgeon. Sentença de 21.10.81, § 41. Tradução da autora.

¹⁴ ANNUAIRE, XXV. Caso Campbell e Cosans. Sentença de 25.2.82, *in fine*. Tradução da autora.

¹⁵ European Court of Human Rights. Caso Soering. Sentença de 7.7.89. §§ 90 a 110. Tradução da autora.

o Estado teria violado o seu dever de diligência em relação à sua função básica de proteção aos direitos humanos.

Outra tendência dominante da Jurisprudência da Corte refere-se à interpretação autônoma própria das expressões que em Direito são denominadas de conceitos indeterminados, sem observância específica da interpretação destes conceitos usuais nos Estados-Membros do Conselho da Europa.

Um dos primeiros casos de interpretação autônoma, visando a determinar o alcance das expressões obscuras contidas na Convenção foi o da norma contida no art. 3: "Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes", quando a Comissão Européia delimitou o conceito de tortura, no chamado *Caso Grego*.

No *Caso Grego*, ocorrido em meados dos anos setenta, oriundo da reclamação dirigida à Comissão Européia pela Dinamarca, Suécia, Noruega e Holanda contra a Grécia, contendo denúncias de que os dirigentes gregos, militares que tomaram o poder em golpe de Estado, estavam, sistematicamente, detendo e torturando seus opositores, numa contínua violação dos direitos mínimos de uma parcela da população grega. Ao elaborar um relatório sobre a reclamação a Comissão definiu os elementos que consubstanciavam a prática de tortura para os efeitos do art. 3 da Convenção Européia: "a tortura implica em sofrimento severo e injustificado, intencionalmente infligido, para obter informações ou confissões, com o consentimento ou aquiescência das autoridades ou funcionários agindo em capacidade oficial"¹⁶. Após alguns anos, estes elementos foram incorporados pelo art. 1 da Convenção das Nações Unidas para a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.

Relativamente ao "tratamento desumano ou degradante", a Corte clarificou o conceito ao decidir que penas de açoitamento em presídios militares ou não¹⁷, penas de castigos corporais para infrações de regulamentos escolares¹⁸, e as "cinco técnicas de interrogatório"¹⁹, analisa-

¹⁶ Relatório da Comissão Européia de Direitos Humanos do Caso Grego in CANÇADO TRINDADE. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo, Saraiva. 1991, p. 51.

¹⁷ ANNUAIRE, XXI. Caso Tyrer contra Reino Unido. Sentença de 25.4.78

¹⁸ Caso Campbell e Cosans. Vide nota 14.

¹⁹ Durante os graves choques ocorridos entre ca-

das no *Caso Irlanda contra Reino Unido*²⁰ constituem tratamento desumano e degradante.

Em grande número de processos a Corte foi chamada a julgar a expressão "prazo razoável" presente no art. 5, § 3: "Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no § 1, alínea c, do presente artigo, deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada em prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure o comparecimento do interessado em juízo".

Através de uma leitura atenta dos *Casos Rigeinsein*²¹, *Weimhoff*²², *Foti, Lentini e Cerini*²³, é possível estabelecer alguns critérios para a determinação da "razoabilidade" do prazo de duração da prisão preventiva: a duração da detenção; a duração da detenção e suas relações com a ofensa imputada ao detento; a pessoa do detido e as circunstâncias em que se deram os fatos; o comportamento do acusado no decorrer do processo; as dificuldades e complexidades de cada caso relativamente à persecução penal; a conduta das autoridades judiciais frente ao processo.

Em outros julgamentos a Corte foi chamada a interpretar duas expressões contidas no art. 6, § 1 "direitos e obrigações em matéria civil" e "acusação em matéria penal".

Segundo a Corte "direitos e obrigações em matéria civil serão aqueles reconhecidos como tal no plano interno de cada Estado como direito civil, e aqueles que, embora não tendo natureza civil ou pertencendo ao domínio do direito público ou administrativo, influíssem diretamente sobre a situação jurídica do requerente"²⁴. Esta decisão foi confirmada nos *Casos Golder*

tólicos e protestantes na Irlanda do Norte em 1972, as autoridades instituíram procedimentos violentos para interrogatório dos suspeitos: privação do sono, comida e água, simulação de fuzilamento do acusado com os olhos vendados, colocação do acusado com os olhos vendados em salas com barulho ensurdecedor e simulação de enforcamento do acusado.

²⁰ ANNUAIRE, XXI. *Caso Irlanda contra Reino Unido*. Sentença de 18.1.78. Tradução da autora.

²¹ ANNUAIRE, XV. *Caso Rigeinsein contra Áustria*. Sentença de 22.2.72

²² ANNUAIRE, XI. *Caso Weimhoff contra R.F.A.* Sentença de 27.6.68

²³ ANNUAIRE, XXV. *Caso Foti e outros contra Itália*. Sentença de 10.2.82

²⁴ ANNUAIRE, XV. *Caso Rigeinsein contra Áustria*. Sentença de 22.6.72, *in fine*. (Tradução da autora)

*contra Reino Unido*²⁵, *Sporrong e Lonnroth contra Suécia* que versava sobre decisão administrativa relativa ao uso da propriedade²⁶, e *Konig contra República Federal da Alemanha*²⁷.

Quanto à "acusação em matéria penal", a interpretação é semelhante: "é acusação em matéria penal não somente aquela que se liga à prática de conduta típica descrita em lei penal, mas todas as acusações, inclusive perante tribunais administrativos que restrinjam a liberdade dos acusados ou quaisquer direitos como o de exercer uma profissão"²⁸. Semelhante decisão se encontra no *Caso Konig*, onde um médico teve contra si a proibição de exercer a medicina exarada por um tribunal administrativo responsável por litígios nas áreas relativas à competência de organismos privados com relevante função pública²⁹.

Desde a resolução do *Caso Linguístico Belga* uma das grandes conquistas interpretativas do Tribunal versa sobre a questão da dicotomia entre as obrigações positivas e negativas. Inicialmente concebida pelos membros do Conselho da Europa como uma Carta de Direitos Individuais, a Convenção Europeia sempre foi interpretada por muitos governantes dos Estados como fonte de obrigações negativas, como a obrigação de não intervir no livre acesso à educação (art. 2. do Protocolo nº 1), obrigação de não intervir no direito de associação sindical (art. 11) ou de não perturbar a vida privada e familiar (art. 8). Tal concepção foi erodida a partir da Sentença do *Caso Linguístico Belga*, quando a Corte afirmou que "a mera abstenção de intervenção do Estado era insuficiente para garantir os direitos previstos na Convenção, sendo necessárias muitas vezes, atividades do Estado para a real implementação de um direito previsto na Convenção, mesmo que sua formulação pudesse ser, inicialmente, negativa. Esta atividade *in casu*, diz respeito à obrigatoriedade do Estado de reconhecimento da validade dos estudos efetuados em escolas particulares que ensinavam em língua minoritária nas diversas regiões da Bélgica"³⁰.

²⁵ ANNUAIRE, XVIII. *Caso Golder*. Sentença de 1.2.75, §§ 23 a 33.

²⁶ ANNUAIRE, XXV. *Caso Sporrong e Lonnroth*. Sentença de 23.9.82, § 79.

²⁷ ANNUAIRE, XXI. *Caso Konig*. Sentença de 28.6.78, §§ 88 a 90.

²⁸ ANNUAIRE, XXIV. *Caso Le Compte, Van Leuven e De Meyere contra Bélgica*. Sentença de 23.6.81, § 42. (Tradução da autora).

²⁹ *Caso Konig*, § 98. Vide nota 27.

³⁰ *Caso Linguístico Belga*. Judgment of 23.7.68, § 34 (Tradução da autora). Vide nota 8.

No *Caso Golder*, a Corte enfatiza que o Estado "tem a obrigação de facilitar a qualquer cidadão o direito e o acesso a um tribunal, uma vez que o direito a um processo justo é primordial condição para a existência de uma sociedade democrática"³¹. Outro dever do Estado se consubstancia na garantia a qualquer cidadão desprovido de meios econômicos, do direito à assistência jurídica gratuita³². No *Caso Marcckx*, a Corte compreendeu que o respeito à vida privada inclui a obrigatoriedade para o Estado "de oferecer a uma criança nascida fora do matrimônio e à sua mãe os meios jurídicos adequados para levar uma vida familiar normal"³³. Em 1988, no julgamento do *Caso da Plattform Arzte fur Das Leben* envolvendo a Áustria, a Corte sentenciou que o "direito à liberdade de reunião pacífica (art. 11) não pode se reduzir a um mero dever por parte do Estado de não interferir, e uma concepção puramente negativa não seria compatível com o objeto e propósito do art. 11. Como o art. 8, o art. 11 por vezes requer medidas positivas a serem tomadas, mesmo na esfera das relações entre indivíduos, se necessário"³⁴.

Típica preocupação dos anos noventa, a proteção ambiental foi objeto de consideração da Comissão e da Corte Européias de Direitos Humanos. Nos anos oitenta a Comissão chegou a examinar algumas denúncias que versavam sobre questões ambientais, notadamente a poluição sonora nas proximidades de aeroportos, à luz do art. 8 da Convenção, que prescreve o direito à privacidade, e do art. 1 do Protocolo nº 1, relativo ao gozo de bens e posses, como os *Casos Zimmermam contra Suíça e Powell e Rayner contra Reino Unido*³⁵. Em 1990 foi tema de uma denúncia à Comissão a construção de uma usina nuclear na França (*Petição X contra França*). Embora o caso não tivesse prosseguimento devido ao não esgotamento dos recursos internos, a Comissão situou a questão como violação potencial ao art.

8, enfatizando que "virtualmente todos os efeitos ambientais, inclusive poluição sonora, poluição do ar, riscos nucleares, ou modificações no clima regional podem afetar a privacidade"³⁶. Cançado Trindade argumenta que, "o art. 8 pode também cobrir os efeitos ambientais potenciais, se as consequências para o meio ambiente forem previsíveis (isto é, constituírem um alto risco) se forem graves e irreparáveis e concernirem à privacidade dos indivíduos, e se efetivamente também constituírem uma ameaça de perda de vida ou afetarem a qualidade de vida"³⁷.

Como exemplo deste posicionamento pode ser citada a petição de alguns representantes da minoria Lapona da Noruega (*Petição Lapps contra Noruega*) perante a Comissão em que um pastor, um pescador e um caçador alegaram desrespeito potencial ao seu estilo de vida particular, ao seu direito à privacidade, por ato governamental, permitindo a construção de uma usina hidrelétrica cuja represa inundaria parcialmente o vale que constituía a sua morada. Sustentou a Comissão que, embora a petição fosse inadmissível pela ausência de esgotamento de recursos internos, esta modificação ambiental poderia constituir uma interferência na vida privada dos membros da minoria, uma vez que o respeito à vida privada inclui o respeito pelo estilo de vida³⁸.

Finalmente a Corte reconheceu no *Caso Fredin contra Suécia* em 1991 que na sociedade hodierna a proteção ambiental é essencial ao compatibilizar o interesse do indivíduo relativo ao gozo de seus bens com o interesse geral ou propósito legítimo da proteção ambiental³⁹. Trata-se da limitação do direito de propriedade de um indivíduo como obrigação imposta ao Estado de garantir, através desta limitação, o ambiente saudável a todas as outras pessoas.

A compatibilização do interesse geral e dos direitos fundamentais do homem sempre constituiu fundamento para a interpretação da Convenção pela Corte de Estrasburgo. Enunciada no *Caso Lingüístico Belga* a frase: "A Con-

³¹ Caso Golder. Sentença de 1.2.75, § 33 (tradução da autora). Vide nota 25.

³² ANNUAIRE, XXIII. Caso Ártico contra Itália. Sentença de 13.5.80. § 36 (tradução da autora).

³³ Caso Marcckx. Sentença de 13.6.79, § 31 (tradução da autora). Vide nota 12.

³⁴ European Court of Human Rights. Caso da "Plattform Arzte fur Das Leben". Judgement of 21.6.88, § 32. (Tradução da autora).

³⁵ CANÇADO TRINDADE, A.A. *Direitos Humanos e Meio Ambiente*. Porto Alegre. S. Fabris Ed. 1993. p. 152.

³⁶ WEBER, S. Environmental Information and European Convention on Human Rights, in *12 HRLJ*. p. 180 (tradução da autora).

³⁷ CANÇADO TRINDADE, A.A., *opus cit.*, p. 153. Vide nota 35.

³⁸ Applications n. 9278/81. European Commission of Human Rights, *Decisions in Reports*, v. 35 1984 in CANÇADO TRINDADE, A.A., *opus cit.*, p. 153. Vide notas 35 e 36.

³⁹ Texto do Julgamento reproduzido em *12 HRLJ*. 1991, §§ 55 e 48.

venção tem como fundamento um justo equilíbrio entre a salvaguarda do interesse geral da comunidade e o respeito aos direitos fundamentais do homem, ainda que atribuindo um valor particular a estes últimos⁴⁰, foi novamente utilizada nos *Casos Klass e Sporong e Lonroth*⁴¹ além do *Caso Fredin*. Mister a ênfase de que ainda não se pode falar em “Jurisprudência da Corte” no que tange à proteção ambiental, mas já despontam, conforme observado, algumas tendências jurisprudenciais.

Por outro lado, a Corte utiliza-se de princípios para avaliar a interpretação elaborada internamente, pelas autoridades dos Estados-Membros acerca dos arts. 8, § 2⁴², e 10, § 2⁴³, que implica em restrições ao gozo dos direitos enunciados na Convenção tendo em vista uma série de argumentos, que vão desde a *raison d'État* até à proteção da saúde pública. Quaisquer restrições são aferidas segundo dois princípios: a “margem de apreciação” que o Estado utiliza para complementar as disposições vagas e ambíguas das normas convencionais, buscando sua real significação frente à situação concreta aos quais serão aplicados e a “interpretação restritiva das restrições ao exercício dos direitos encartados na Convenção ou limitação implícita”. Ambos os princípios não se excluem, mas são complementares: a Corte se abstém de examinar as motivações que levaram o tribunal interno a decidir, restringindo os direitos ga-

rantidos na Convenção, porém avalia a Corte se esta restrição é compatível, excessiva ou insuficiente.

Em diversos casos, o Tribunal de Estrasburgo teve que avaliar medidas tomadas pelos Estados-Membros que violavam os direitos consagrados na Convenção, em virtude da ocorrência de situações que colocavam em risco o Estado Democrático. Em todos estes casos, a Corte não contestou a apreciação que o Estado Demandado fez sobre a necessidade das medidas restritivas dos direitos consagrados na Convenção, avaliando apenas se estas medidas eram compatíveis com as previsões da Convenção que restringem os mencionados direitos. Como exemplo podem ser citados o *Caso Irlanda X Reino Unido*, onde a existência de perigo público que ameaçava a vida da nação motivou medidas restritivas aos direitos humanos para estirpá-lo: a Corte apenas examinou se estas medidas eram compatíveis com as restrições aos direitos consagrados, sem entrar no mérito da existência ou não do perigo, bem assim de sua gravidade ou intensidade⁴⁴.

Outro caso elucidativo foi o *Caso Dudgeon*, onde a Corte não discutiu se a proibição de determinadas práticas sexuais era contrária à moral vigente, mas sim se esta proibição para a preservação da moral não interferia excessivamente na vida privada, sem entrar no mérito da legalidade ou ilegalidade das proibições contidas no *1885 Act*⁴⁵.

No entanto, foi no *Caso Sunday Times contra Reino Unido*⁴⁶ que melhor ficou expresso o fato de que, as vezes, pode ser muito difícil efetuar a compatibilização destes dois princípios. A Corte admite no quinquagésimo nono parágrafo da sentença que a Câmara dos Lordes, Tribunal Interno, tem uma “margem de apreciação” para averiguar se a interferência das Autoridades (*Attorney General* e Tribunais Inferiores) no direito protegido e sua fruição pelo requerente era necessária para a manutenção do fundamento da sociedade democrática substanciada na garantia da imparcialidade do Poder Judiciário⁴⁷. No sexagésimo parágrafo da

⁴⁰ Caso Lingüístico Belga, § 32 (tradução da autora). Vide nota 8.

⁴¹ Caso Klass, § 59 e Caso Sporong e Lonroth, § 69. Vide notas 11 e 26.

⁴² Art. 8, § 2: “Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista em lei e constituir uma providência que, em uma sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, a integridade territorial, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção dos direitos e liberdades de terceiros”.

⁴³ Art. 10, § 2: “O exercício da liberdade de imprensa e outras liberdades, porquanto implica em deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas em lei, que constituam providências necessárias, em uma sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do Poder Judiciário”.

⁴⁴ Caso Irlanda X Reino Unido, §§ 21 e 219. Vide nota 20.

⁴⁵ Caso Dudgeon, §§ 43 a 65. Vide nota 13.

⁴⁶ ANNUAIRE, XXII. Caso Sunday Times. Sentença de 26.4.79.

⁴⁷ Versa a questão sobre artigo publicado pelo jornal inglês *Sunday Times* intitulado “Nossas Crianças da Talidomida: Uma Vergonha Nacional”, denunciando que *Distillers Co.*, fabricante do medica-

decisão, a Corte enfatiza que sua função é verificar se a limitação do direito à liberdade de expressão consubstanciada no *Contempt of Court*⁴⁸ foi necessária para a garantia da sociedade democrática através da preservação da imparcialidade do Poder Judiciário.

Onze juízes consideraram que o Reino Unido violara a Convenção por excessiva a restrição ao direito de liberdade, fundamentando sua decisão em uma série de argumentos. Segundo estes juízes, injustificada a alegação de que a publicação dos artigos sobre a talidomida pelo referido jornal feria a imparcialidade do Poder Judiciário nas circunstâncias em que se encontrava o processo, suspensão para que as partes negociassem uma indenização, suspensão esta que já completara cinco anos à época da publicação do artigo e que, sendo assim, a obrigatoriedade de não publicar feria não somente o direito da imprensa de informar como o do público de ser corretamente informado (§§ 65-66). Continuando, estes juízes afirmam que é injustificada a proibição porque os processos contra a *Distillers Co.*, estavam suspensos a vários anos e como as negociações pareciam infundáveis, seria de interesse do povo do Reino Unido receber a correta informação sobre o efetivo funcionamento do Poder Judiciário, uma vez que somente o bom funcionamento deste Poder pode efetivamente preservar uma socie-

mento *talidomida*, utilizado contra enjões durante a gravidez e que resultava sérias deformações nos fetos e recém-nascidos, ofertara ao público o produto sem realizar os testes necessários. Somente no Reino Unido mais de mil crianças foram afetadas e seus pais iniciaram processos contra a empresa nos anos de 1963-1965. A partir de 1967 os processos foram suspensos e a empresa, sob supervisão do Poder Judiciário, entrou em negociações com as famílias, negociações estas que perduraram até 1972. Além de denunciar a negligência, o jornal deixava subentendido a omissão do Judiciário ante a demoradas negociações. Com fundamento no *Contempt of Court* a empresa pediu aos tribunais que proibissem o jornal de elaborar novos artigos, o que foi concedido até a última instância, a Câmara dos Lordes (tradução da autora).

⁴⁸ O *Contempt of Court* é um instituto consuetudinário do direito inglês, originado no século passado, e que tem por finalidade a proibição de divulgação pela imprensa de qualquer informação, questão ou opinião que verse sobre matéria objeto de processo judicial. Seu fundamento é a manutenção da imparcialidade do Judiciário, livrando-o de pressões da imprensa e da opinião pública que poderiam influenciá-lo a decidir contrariamente ao direito.

dade democrática (§§ 66-67 da Sentença). Segundo estes onze juízes, o periódico se encontrava em legítimo exercício de seu direito de publicar o artigo e informar aos cidadãos do Reino Unido sobre o efetivo estado do processo, considerando que este processo versava sobre questão de interesse público, consubstanciada na oferta ao público de medicamentos que poderiam causar danos irreversíveis à saúde.

Nove juízes consideraram apropriada a aplicação do art. 10, § 2 da Convenção pela Câmara dos Lordes, argumentando que no sistema jurídico consuetudinário inglês raras são as leis escritas, o que torna o Poder Judiciário muito mais vulnerável às pressões da opinião pública que afetam a sua imparcialidade, especialmente em casos tão delicados e que, devido às suas proporções, podem levar o público a prejudicar a questão (§§ 57-58 da Sentença).

Em outros casos, a compatibilização entre os princípios da "margem de apreciação" e da "limitação implícita" é resolvida em favor deste último. Em algumas matérias, a limitação implícita é aplicada com intransigência como nos casos que digam respeito ao "acesso a um Tribunal Imparcial"⁴⁹, "Direito a um Julgamento Imparcial"⁵⁰ e o "Direito à Assistência Jurídica Gratuita"⁵¹.

A combinação dos princípios da "margem de apreciação" e da "limitação implícita" resulta em algumas regras que o Tribunal de Estrasburgo adota para julgar os casos litigiosos. Uma delas diz respeito ao respeito, pela Corte, de particularidades jurídicas próprias de um Estado ou uma região ao confrontá-las com a Convenção. Como exemplo pode ser citado o *Caso Lingüístico Belga* onde a Corte enfatizou a diversidade de línguas na Bélgica como necessária e sob perspectiva particular desta necessidade do plurilingüismo a questão foi julgada⁵². Outro exemplo diz respeito a institutos típicos do *Common Law*: o *1885 Act*, originariamente um Decreto Parlamentar Provincial, presente no *Caso Dudgeon* e o *Contempt of Court*, instituto jurisprudencial foram considerados "Lei" (no sentido de regulamentação de caráter genérico com obrigatoriedade de cumprimento por todos) para efeitos dos arts. 8, § 2 e 10, § 2⁵³. No

⁴⁹ Caso Golder, § 44. Vide nota 25.

⁵⁰ Caso Klass, § 43 e Caso Le Compte, Van Leuven e De Meyere, § 59. Vide notas 11 e 28.

⁵¹ ANNUAIRE, XXIII. Caso Ártico contra Itália. Sentença de 13.5.80, § 33 (Tradução da autora).

⁵² Caso Lingüístico Belga. § 62. Vide nota 8.

⁵³ Caso Dudgeon, § 44 e Caso Sunday Times,

Caso Le Compte, Van Leuven e De Meyere e no *Caso Konig* uma particularidade de muitos Estados foi levada em consideração, ou seja, a "existência de jurisdição", no sentido de interpretação e aplicação de normas e penalidades pelos Colégios Profissionais de muitos Estados como Bélgica e Alemanha⁵⁴.

Deflui-se da leitura das diversas decisões que o Tribunal procura abordar a Convenção à luz de concepções prevaescentes em nossos dias nos Estados Democráticos⁵⁵. Não se interessa muito por indagar intenção dos governos, utilizando como critério interpretativo o método teleológico, enfocando ainda noções de razoabilidade⁵⁶.

Para finalizar, é importante observar que o próprio Tribunal tem uma perspectiva de seu trabalho e enunciou esta perspectiva durante o julgamento do *Caso Marckx*; "O Tribunal não tem por função um exame abstrato dos textos questionados: verifica apenas se sua aplicação aos demandantes se adequa à Convenção. Sem dúvida sua decisão produzirá fatalmente efeitos que desbordem dos limites do caso em questão: assim o Tribunal declara a violação, deixando ao Estado-Membro a escolha dos meios a utilizar conforme o seu ordenamento jurídico interno para cumprir a decisão. O interesse do governo para conhecer o alcance da presente sentença no tempo não é menos importante. Destarte cabe ao Tribunal fundamentar-se nos princípios gerais de direito... sopesando as consequências práticas de qualquer decisão jurisprudencial com cuidado mas sem chegar no ponto de influir na objetividade do Direito e de comprometer a sua aplicação futura, em razão das repercussões que uma decisão da Justiça pode acarretar sobre o passado... O Tribunal Europeu de Direitos Humanos interpreta a Convenção à luz das condições hodiernas, mas não ignora que diferenças de tratamento entre filhos naturais e filhos ilegítimos na esfera patrimonial, foram consideradas por séculos como lícitas e normais em muitos Estados Contratantes... A evolução para a igualdade de tratamento se processa lenta e gradativamente e, em atenção a estas circunstâncias, o Tribunal, em nome da segurança jurídica, dispensa o Estado Belga de se responsabilizar juridicamente por atos ou

situações jurídicas semelhantes e anteriores à leitura pública desta sentença"⁵⁷.

Portanto, segundo esta perspectiva, a Corte, em seus julgamentos, deve atuar moderadamente, sopesando as consequências práticas de suas decisões, mas deve, ao mesmo tempo, atuar procurando uma maior implementação dos direitos humanos, declarando o direito em vigor, mas criando condições para que algumas idéias e preceitos, tão pouco democráticos, em vigor cedam seu lugar à verdadeira proteção aos direitos humanos. A Corte não somente averigua as tendências atuais da proteção aos direitos humanos, mas também cria fundamentos para que no futuro esta projeção possa ser ampliada. Esta perspectiva assemelha-se muito à *Prospect Jurisprudence* comum no Direito Costumeyro Norte Americano.

2.2. A jurisprudência dominante na corte interamericana de direitos humanos

O art. 33 da Convenção Americana de Direitos Humanos prescreve como órgão para conhecer e julgar dos assuntos nela versados, bem assim dos compromissos pelas partes assumidos, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos. Embora a Convenção Americana tenha sido aprovada em 1969, a Corte somente iniciou o seu funcionamento em 1978, tendo julgado o primeiro litígio em meados de 1983, o *Caso Viviana Gallardo contra Costa Rica*. Posteriormente outros litígios foram julgados pela Corte, embora a sua atividade destacada tenha sido a elaboração de pareceres respondendo a consultas dos Estados-Membros da OEA (não necessariamente membros da Convenção) que terminam por fornecer alguns critérios interpretativos a serem utilizados em futuras decisões. Opiniões Consultivas não obrigam aos Estados. Se, em decorrência do não-cumprimento do Parecer da Corte pelo Estado Consulente, for lesado algum direito garantido na Convenção, o interessado terá que fazer denúncia à Comissão e esta denúncia seguirá os trâmites normais, caso o Estado tenha ratificado a Convenção e autorizado a jurisdição obrigatória da Corte. Devido a este fato não se elaborou uma análise investigatória sobre as questões discutidas nas Opiniões Consultivas.

Em virtude da existência de poucos julgamentos até o presente, torna-se complexo fazer uma menção a uma "Jurisprudência Dominante da Corte Interamericana" tendo em vista que

§ 47. Vide notas 13 e 49.

⁵⁴ Caso *Le Compte, Van Leuven e De Meyere*, § 55 e Caso *Konig*, § 92. Vide notas 27 e 28.

⁵⁵ Caso *Marckx*, § 41. Vide nota 12.

⁵⁶ Caso *Dudgeon*, § 63. Vide nota 13.

⁵⁷ Caso *Marckx*, § 58 (tradução da autora). Vide nota 12.

ainda não ocorreu a cristalização de decisões pontuais, com a repetição de determinadas tendências de interpretação e aplicação da Convenção aos casos concretos de violações aos Direitos Humanos. Tem-se, ainda, alguns pontos comuns entre as decisões que poderão tornar-se a futura Jurisprudência do Tribunal. Atualmente é possível a ênfase apenas a algumas tendências jurisprudenciais.

Relativamente ao acesso dos interessados à Corte, este se dá por via de petição à Comissão conforme o art. 44 da Convenção. Não há exigências para que sejam as vítimas a apresentar as denúncias. Podem apresentá-las pessoas, grupos de pessoas e Estados. Diversamente do Sistema Europeu que exige o prévio esgotamento dos recursos de jurisdição interna para que o interessado possa peticionar à Comissão⁵⁸, o Sistema Interamericano estabelece algumas exceções contidas no art. 46, §§ 1 e 2 à exigência do prévio esgotamento dos recursos de jurisdição interna: a impossibilidade de acesso a um tribunal imparcial, as demoras injustificadas nos julgamentos dos processos pelos tribunais internos e a inexistência de normas que possibilitem a reparação do dano aos direitos fundamentais. Mister a ênfase de que desde o início, a regra do prévio esgotamento dos recursos de jurisdição interna sempre teve maior utilização no Sistema Europeu, uma vez que a Comissão Interamericana, em virtude de suas funções políticas sempre recebeu denúncias de violações que sequer tiveram qualquer indício de apuração pelo Judiciário interno, através do devido processo legal.

Cumprir mencionar que na grande maioria dos litígios julgados, a Corte considerou não haver necessidade do prévio esgotamento dos recursos de jurisdição interna porque presumiu que os governos dos Estados Demandados

(Suriname, Honduras) não permitiram aos interessados o acesso aos recursos de jurisdição interna⁵⁹.

Nota-se que nos *Casos Hondurenhos* a Corte procurou compatibilizar o dever de diligência dos Estados na proteção dos direitos humanos com o princípio das obrigações positivas conferidas aos Estados. Enfatizou a Corte que é dever dos Estados prevenir, investigar e punir as violações dos direitos consagrados na Convenção⁶⁰. O Estado tem obrigações positivas que compreendem a "manutenção dos meios de natureza jurídica, política, cultural e administrativa para a promoção e proteção dos direitos humanos e as garantias de que as violações contra estes serão consideradas atos ilícitos"⁶¹. Este é um dever legal que "implica em atos concretos do Estado de prevenção, investigação e punição das violações e não mera questão ligada à gestão de conflitos particulares que fiquem na dependência da atividade da vítima ou de seus familiares de iniciarem o processo"⁶².

A grande maioria dos julgados e pareceres versa sobre o direito à vida. Em Parecer de 8.3.83, atendendo a uma consulta da Colômbia, a Corte delimitou o direito à vida: "corresponde a um princípio substantivo em virtude do qual todos os seres humanos tem um direito inalienável à que sua vida seja respeitada e a um princípio processual segundo o qual nenhum ser humano será arbitrariamente privado de sua vida"⁶³. A pena de morte consubstancia-se numa limitação implícita ao direito à vida e deveria ser gradualmente suprimida sob pena de ofensa ao art. 4 da Convenção Americana.

Neste sentido, outro Parecer da Corte intitulado "Interpretação da Expressão Leis no art. 30 da Convenção Americana" de 1986 estabelece que "as limitações aos direitos humanos

⁵⁸ Hodiernamente a Corte Européia, embora considere primordial o requisito do prévio esgotamento dos recursos de jurisdição interna, vem interpretando flexivelmente esta exigência. No *Caso Van Oosterwijck contra Bélgica* a Comissão Européia peticionou a Corte sem levar em consideração o fato da vítima não ter esgotado os recursos internos. Na data do julgamento da Corte, a questão se encontrava pendente de exame na Corte de Cassação Belga. A Corte Européia não se pronunciou sobre o mérito alegando que no momento do julgamento, todos os recursos internos de jurisdição deverão estar esgotados. Não se exigindo, entretanto este esgotamento dos recursos no momento em que o peticionário se queixa à Comissão (ANNUAIRE, XXIII. Sentença de 6.11.80 *in fine* (Tradução da autora).

⁵⁹ OEA. *Caso Velasquez Rodriguez*. Sentenças de 28.8.88 e de 21.7.89 e *Caso Godinez Cruz*. Sentenças de 20.2.89 e 21.7.89. Secretaria da Corte de San Jose. *Caso Aloboetoe* e outros contra Suriname. Sentenças de 4.12.91 e 10.9.93. Secretaria de la Corte de San Jose. OEA.

⁶⁰ *Casos Velasquez Rodriguez*. Sentença de 29.8.88, § 165 e *Caso Godinez Cruz*. Sentença de 20.2.89, § 175. Vide nota 59.

⁶¹ *Caso Velasquez Rodriguez*. § 175 e *Caso Godinez Cruz*. § 185. Vide nota 59.

⁶² *Idem*, *ibidem*. §§ 46 e 58, respectivamente. Vide nota 59.

⁶³ Parecer "Restrições à Pena de Morte". OEA. §§ 53-54.

garantidos na Convenção somente poderão provir de leis adotadas por órgãos legislativos eleitos democraticamente e restritivamente interpretadas à luz de justas exigências de uma sociedade democrática⁶⁴. Em outro Parecer intitulado "Garantias Judiciais em Estados de Emergência," de 1987, a Corte enfatizou que mesmo numa situação de urgência as medidas pelo governo deveriam estar abrangidas pelas garantias judiciais e pelo controle da legalidade para a prevenção do Estado de Direito⁶⁵. Assim a Corte deixou claro que todas as garantias judiciais destinadas à prevenção dos direitos humanos não poderão ser surrupiadas pela decretação de "estados de emergência".

Como é impossível o retorno ao *statu quo ante* relativamente a uma violação do direito à vida, a Corte terminou por definir critérios para determinar a fixação das indenizações. As indenizações são arbitradas calculando-se os valores percebidos pelas vítimas no momento de sua morte ou desaparecimento, levando-se em conta circunstâncias pessoais como a idade da vítima e a faixa etária dos herdeiros⁶⁶.

Uma questão importante analisada pela Corte no *Caso Aloeboetoe* diz respeito a aplicação das regras a serem utilizadas para a determinação dos beneficiários da indenização. Nos *Casos Hondurenhos* a Corte não teve maior dificuldade: compreendeu que eram herdeiros ou sucessores de ambos os seus familiares, conforme determinação do direito hondurenho sobre família e sucessões. No *Caso Aloeboetoe* a questão se colocou com maior complexidade porque a vítima Aloeboetoe e as outras vítimas eram saramacas (tribo de ex-escravos africanos que fugiram ao domínio dos holandeses no século XVIII possuindo língua, costumes e crenças diversas dos surinameses). Os saramacas ou *maroons* são polígamos, sua descendência se faz por linha materna e gozam de autonomia interna desde 1762, regendo-se por suas próprias leis.

⁶⁴ CANÇADO TRINDADE, A.A. Formación, Consolidación y Perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, in *XVII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. Washington. Secretaria General de la OEA. 1991, pp. 26 a 27.

⁶⁵ CANÇADO TRINDADE, A.A., *opus cit.*, p. 34. Vide nota 64.

⁶⁶ Casos Hondurenhos. Sentenças de 21.9.89. § 46. Vide nota 59.

Segundo a Corte não havia necessidade de averiguar se os saramacas gozavam de autonomia jurisdicional na área que ocupavam. "A questão que interessa é examinar se as leis do Suriname relativas aos direitos de família se aplicavam aos saramacas. Neste sentido as provas produzidas permitem deduzir que as leis do Suriname não tem eficácia sobre a tribo: seus integrantes a desconhecem e se regem por suas próprias leis e o Estado, por seu turno, não mantém a estrutura necessária para o registro de matrimônios, nascimentos e mortes, requisito indispensável para a aplicação da lei surinamesa. Além disso, os conflitos que ocorrem nestas matérias não são submetidos pelos saramacas aos tribunais do Estado e a intervenção destes em matérias mencionadas no que diz respeito aos saramacas é inexistente. Cabe assinalar que no processo o Suriname reconheceu a existência de um direito consuetudinário saramaca⁶⁷.

Acentuou a Corte que o Suriname não aprovou a Convenção nº 169 da OIT sobre os Povos Indígenas e Tribos em Estados Independentes e que no direito das gentes inexistente norma convencional ou costumeira que determine os sucessores de uma pessoa. Portanto somente os Princípios Gerais de Direito poderiam definir, no caso dos saramaca, quem eram os seus sucessores⁶⁸. Segundo o Tribunal é princípio aceito que os sucessores de uma pessoa são os seus filhos, em alguns casos os cônjuges. No caso em tela os sucessores seriam os filhos e as esposas (no caso dos polígamos as esposas seriam herdeiras sem distinção) e para efeitos de danos morais também os pais.

Se esta decisão for confirmada em outros casos, ela adquirirá foros de grande importância, justamente porque a grande maioria dos Estados Americanos contém no conjunto de sua população tribos indígenas que têm costumes muito diferentes dos costumes do restante da população. Destarte podemos inferir que a Corte, na dúvida sobre a situação jurídica qualificada segundo o direito interno, poderá deixar de utilizá-lo se houver dúvida sobre qual o conteúdo deste direito, aplicando princípios gerais de direito.

No Parecer relativo ao *Caso da Associação dos Jornalistas da Costa Rica* duas questões

⁶⁷ Caso Aloeboetoe e outros contra Suriname, § 58. Vide nota 59.

⁶⁸ Caso Aloeboetoe e outros. § 58. Vide nota 59 e 67.

foram realçadas: a primeira dizia respeito ao fato de que a eventual obrigatoriedade de inscrição como Membro do Colégio de Jornalistas para o efetivo exercício da profissão ofendia a liberdade de expressão encartada no art. 13 da Convenção Americana e a segunda que se consubstanciava na indagação de se esta mesma obrigatoriedade se encartava no art. 29, que estabelece as restrições aos direitos consagrados na Convenção, que se ligam à proteção da ordem pública e do bem-estar social⁶⁹.

Relativamente à segunda indagação a Corte se colocou perante a interpretação dos limites ao exercício dos direitos encartados na Convenção, o que perante a Corte Européia, é conhecido por "margem de apreciação". Para deslindar a questão a Corte Interamericana aborda a questão citando inicialmente (§ 46 do Parecer) o *Caso Sunday Times. Compreende a Corte que cabe ao governo da Costa Rica a averiguação da necessidade de fixar normas que restringindo direitos protejam a ordem pública e o bem-estar geral, não cabendo à Corte questionamento sobre a concordância que tais medidas manifestem em relação ao direito interno*⁷⁰. No entanto, cabe à Corte examinar se estas limitações não foram excessivas, perdendo seu objetivo protetivo, tornando-se ofensa pura e simples ao direito consagrado na Convenção.⁷¹

Na avaliação da Corte a obrigatoriedade de prévia inscrição no "Colégio dos Jornalistas" representava uma excessiva limitação aos direitos garantidos na Convenção porque impedia o acesso de pessoas e jornalistas não inscritos aos meios de comunicação para divulgar informações de interesse geral o que ofendia também o direito do leitor a obter estas informações. Para finalizar, importante a ênfase de que a Corte Americana no *Parecer Relativo ao Caso dos Jornalistas da Costa Rica* procurou compatibilizar o interesse geral à proteção dos direitos humanos, ao julgar excessiva a interferência no direito garantido na Convenção em nome da intenção governamental de disciplinar o exercício da profissão, demonstrando que esta

intervenção não se coadunava com o espírito do art. 13, que garante a liberdade de imprensa e o direito do público a uma correta informação.

3. Considerações Finais.

Cabe ressaltar que a proteção internacional aos direitos humanos vem configurando-se num imperativo à própria sobrevivência da humanidade. Hodiernamente a massificação social e o grande contingente populacional, geram, além de um imenso contingente de pessoas desprovidas dos meios de subsistência, a idéia de que muitos destes desprovidos são desnecessários ou supérfluos à própria humanidade. Se assim é, somente com a proteção legislativa e a real implementação dos direitos humanos é que se poderá preservar a dignidade humana eliminando o risco que implica o processo de coisificação do ser humano representado, quer pelo totalitarismo, quer pelo desenvolvimento econômico, que não leve em conta o fato de que é o homem o seu sujeito e não o seu objeto.

Como estes riscos são globais, é necessário que a proteção aos direitos humanos seja internacional, objeto não somente de leis internas, mas também de Convenções Internacionais e Cortes Especializadas com cogência sobre os Estados-Partes. Na órbita internacional a grande conquista no campo dos direitos humanos foi a passagem da fase "legiferante" de sua proteção para a fase de sua implementação jurisdicional, que termina por criar para os Estados uma obrigação real de cumprimento dos direitos consagrados nas Convenções Internacionais. A ampliação da proteção jurisdicional dos direitos humanos, a extensão da categoria dos direitos inderrogáveis também aos direitos sociais e difusos, o desenvolvimento e implementação de novos princípios como o da solidariedade internacional, obrigações *erga omnes* e proteção ambiental juntamente com o efetivo reconhecimento dos direitos humanos como *Jus Cogens* tendem a ser os grandes desafios para a proteção jurisdicional internacional dos direitos fundamentais da pessoa humana.

⁶⁹ Inter-American Court of Human Rights: Advisory Opinion Concerning Costa Rica Law For the Practice of Journalism. November 13.1985.

⁷⁰ Parecer sobre a Questão dos Jornalistas da Costa Rica. §§ 31 a 36. Vide nota 69.

⁷¹ Idem, ibidem, §§ 37 a 39.