

# OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA CONVENÇÃO EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS

Patricia Micheli Folador<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem por fim estudar os princípios orientadores da Convenção Europeia de Direitos humanos, a forma como a jurisprudência, nomeadamente nas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, interpreta os dispositivos legais e como enfrenta as situações no caso concreto. Para isso será abordado brevemente o contexto da criação da CEDH, bem como os objetivos do Conselho da Europa ao criá-la, em seguida serão abordados os princípios convencionais (da solidariedade e da soberania) assim como os princípios jurisprudenciais (da efetividade, da igualdade e da subsidiariedade) adotados pela doutrina e pela jurisprudência internacionais como forma de garantir os direitos e liberdades fundamentais.

**Palavras-Chave:** Direito internacional, direitos humanos, Convenção Europeia de Direitos Humanos, princípios convencionais, princípios jurisprudenciais.

*Abstract: This article aims to study the guiding principles of the European Convention on Human Rights, how the jurisprudence, specially the trial from*

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra (Portugal), pós-graduada em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, pós-graduada em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná, pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Advogada.

*the European Court of Human Rights, interpreting the legal provisions and how the situations is facing in the case. To this will be covered briefly the context of the creation of the ECHR and the objectives of the Council of Europe to create it, then we discuss the formal principles (solidarity and sovereignty) as well as jurisprudential principles (the effectiveness, equality and subsidiarity) adopted by the international doctrine and jurisprudence in order to guarantee the rights and freedoms.*

*Keywords: International law, human rights, European Convention on Human Rights, conventional principles, jurisprudential principles.*

**SUMÁRIO:** 1. A Convenção Européia dos Direitos do Homem – 2. Os princípios convencionais – 2.1. Princípio da solidariedade – 2.1.1. As queixas interestaduais – 2.1.2. Petições individuais – 2.2. Princípio da soberania – 3. Princípios jurisprudenciais – 3.1. Princípio da efetividade – 3.2. Princípio da Igualdade – 3.3. Princípio da subsidiariedade – 4. Bibliografia

## 1. A CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM

A Convenção Européia dos Direitos do Homem (CEDH), foi redigida com inspiração na Declaração Universal dos Direitos do Homem, foi assinada em Roma em 04 de novembro de 1950 e entrou em vigor apenas em 03 de setembro de 1953<sup>2</sup>. É considerada pela doutrina internacional como um dos mais avançados modelos de garantia efetiva dos direitos do homem no plano internacional<sup>3</sup>, como um conjunto de regras conhecidas como fundamentais pela sociedade européia e imposta à seus membros.

---

<sup>2</sup> Entrou em vigor apenas quando 10 países europeus a ratificaram, consoante o exigido no artigo 59,§3º da própria CEDH.

<sup>3</sup> Frédéric Sudre assevera que "(...) la CEDH fournit aujourd'hui le modèle de plus perfectionné de garantie effective des droits de l'homme proclamés sur le plan international : elle offre aux individus le bénéfice d'un contrôle juridictionnel du respect de leurs droits". In SUDRE, Frédéric. *La convention européenne des droit de l'homme*. 8ª Ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2010, p. 3.

A CEDH foi o primeiro tratado multilateral concluído no quadro do Conselho da Europa, o qual tem por objetivo a salvaguarda e o desenvolvimento dos direitos do homem, a manutenção da justiça e da paz e do Estado Democrático de Direito. Este diploma legal visa estabelecer um standar mínimo de proteção dos direitos humanos no continente europeu e institucionalizar um compromisso dentre os Estado contratantes de respeitar as normas nela estabelecidas, de forma a não adotar internamente normas que sejam contrárias à Convenção. Originalmente, a Convenção Européia dos Direitos do Homem foi pensada mais como um instrumento pedagógico de aprendizagem da democracia através dos direitos humanos. De acordo com essa visão, ela era (e ainda o é) destinada aos Estados Unidos, sobretudo, como ferramenta para reparar as violações dos direitos e liberdades consagrados na Convenção. Por esta razão, a Convenção é de aplicabilidade direta, o que implica que um indivíduo pode invocá-la diretamente perante o juiz nacional os dispositivos da CEDH, e não apenas a lei de transposição.

É vista como um instrumento constitucional da ordem pública européia, vez que faz papel de constituição do Conselho da Europa<sup>4</sup>. Na medida em que os países foram aderindo ao Conselho da Europa, passaram a, também, ratificar a CEDH, pois na prática, os Estados que buscavam a adesão ao Conselho da Europa estavam compelidos a, outrossim, ratificarem a CEDH<sup>5</sup>. Mas essa situação tornou-se mais evidente a partir de 1989, quando os países pós-comunistas buscaram tornar-se

---

<sup>4</sup> O Conselho da Europa foi criado em 05 de maio de 1949, em Londres, por representantes da Bélgica, Dinamarca, França Holanda, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Noruega, Reino Unido e Suécia, e fundaram o Conselho da Europa, com sede em Estrasburgo, com o compromisso de formar uma organização européia, para o fim de construir um sistema de cooperação intergovernamental. Hoje conta com 47 Estados-membros.

<sup>5</sup> Tradução livre, *In SUDRE, Frédéric Op cit...* p. 5.

membros do Conselho da Europa. Antes disso era possível que um país fosse parte do Conselho da Europa sem, contudo, ser compelido a ratificar a CEDH, pois nos ensinamentos de Frédéric Sudre “A França, membro originário do Conselho, esperou um quarto de século antes de ratificar a Convenção, em 3 de maio de 1974”. Da mesma forma, na hipótese de um Estado perder a qualidade de membro do Conselho da Europa, estará desobrigado, perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, a cumprir o disposto na CEDH<sup>6</sup>. Entretanto, respeitar os ideais democráticos, os direitos do homem e o Estado de Direito são requisitos essenciais para que qualquer país que queira fazer parte do Conselho da Europa deve observar.

A CEDH possui duas dimensões, a saber, normativa e institucional. A dimensão normativa está ligada à situação de que a CEDH, além de declarar dos direitos humanos, preocupa-se em dar força jurídica vinculativa a tais normas, conferindo-lhes um sistema de proteção jurídica, aos quais os Estados membros estão vinculados. A dimensão institucional está ligada ao fato de que há um mecanismo institucional de proteção imposto às Altas Partes Contratantes. Os direitos expressos na CEDH foram por ela introduzidos no sistema jurídico europeu e estão sujeitos ao Controle da Corte Europeia de Direitos Humanos.

O preâmbulo da CEDH deixa explícita a idéia dos Governos em assegurar os direitos e garantias entabulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>7</sup> e reafirmar “seu profundo apego a estas liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça

---

<sup>6</sup> Como foi o caso da Grécia, que denunciou a CEDH no mesmo momento em que retirou-se do Conselho da Europa, em 12 de dezembro de 1969, quando teve sua democracia abalada. Anos mais tarde, porém, tornou a ser membro do Conselho da Europa, quando teve sua democracia restabelecida. Conforme elucidado em SUDRE, Frédéric. *Op cit...*p. 5.

<sup>7</sup> A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi publicada pela Assembléia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948.

e da paz no mundo”<sup>8</sup>, assim como lutar pela preservação do Estado Democrático de Direito e o respeito, em todos os Estados membros, pelos direitos humanos. A CEDH inovou no sentido de que tornou os direitos humanos um objeto de proteção internacional e rompeu com a clássica noção do direito internacional no tocante à distinção e separação entre ordem jurídica interna e ordem jurídica internacional. Os direitos humanos passam a ser concebidos a partir de uma idéia de ordem comum, na qual tais direitos são valores comuns e superiores aos Estados e em caso de violação de tais direitos o Estado será internacionalmente responsabilizado<sup>9</sup>.

A CEDH é composta por três partes. No título I, a primeira parte, estão dispostos os direitos e liberdades fundamentais, os quais são considerados como o mínimo de proteção que devem ser garantidos pelas Altas Partes Contratantes. O título II configura a segunda parte da CEDH e dispõe sobre a estrutura e funcionamento da Corte Europeia dos Direitos Humanos. Por fim, no título III encontram-se as disposições diversas (os quais versam sobre os inquéritos do Secretário-Geral, forma de interpretação dos dispositivos, a fim de salvaguardar os direitos humanos, os poderes do Comitê de Ministros, renúncias e formas de resolução de litígios, a forma de aplicação da CEDH em território nacional, as reservas à CEDH ou seus protocolos, vias de desvinculação da CEDH, bem como a sua ratificação). Ainda complementam o rol de direitos e liberdades

---

<sup>8</sup> Texto extraído do preâmbulo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

<sup>9</sup> Irineu Cabral Barreto elucida que “Um Estado Contratante deve velar para que os seus órgãos, toda a sua jurisdição, respeitem a Convenção; toda violação da Convenção que provenha do poder legislativo, do executivo, do judiciário, ou dos órgãos regionais ou administrativos implica a responsabilidade do Estado; o que está em causa é a responsabilidade internacional do Estado qualquer que seja a autoridade nacional a quem é imputável a violação da Convenção”. In BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 3.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 59-60.

protegidos no âmbito do Conselho da Europa os protocolos<sup>10</sup> adicionais à CEDH, os quais são partes integrantes desta e desempenham papel de evitar que o direito protegido reste defasado, de forma a sempre criar-se normas atuais, que acompanhem o desenvolvimento social e jurídico.

Por se tratar de um tratado normativo, com objetivo e fim específicos, qual sejam a preservação e o desenvolvimento dos direitos humanos, tanto a Corte Europeia de Direitos Humanos quanto a Comissão Europeia de Direitos Humanos visam dar um efeito útil aos dispositivos da CEDH, de forma a interpretá-la de forma teleológica e sempre observando a evolução da sociedade e do direito.

A vida em sociedade está em constante evolução e o direito deve acompanhar tais circunstâncias e este conceito não é diferente para a CEDH. Sendo assim, a CEDH deve ser concebida como um instrumento dinâmico e em constante evolução e deve ser interpretada à luz das condições contemporâneas à sua aplicação. A doutrina e a jurisprudência trabalham no sentido de adaptar os direitos expressos na CEDH à evolução dos usos e costumes da sociedade, de forma a permitir a aplicação de situações que não haviam sido previstas à época da adoção da Convenção. A aplicação, pela jurisprudência, da CEDH ao caso concreto observa os princípios convencionais da solidariedade e da soberania, bem como busca o equilíbrio entre os princípios da efetividade e da subsidiariedade, estes tidos como princípios jurisdicionais.

---

<sup>10</sup> Os protocolos são os textos que adicionam ao texto original da CEDH um ou mais direitos, ou que a modificam em certos dispositivos.

## 2. OS PRINCÍPIOS CONVENCIONAIS

### 2.1 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Os direitos humanos estão revestidos de um caráter objetivo e são atribuídos a todos os homens pelo simples fato de pertencerem à condição de pessoa humana. Tais direitos transcendem os interesses estatais e determinam um interesse solidário comum, através do qual se busca o bem-estar do homem, acima de qualquer interesse político de um Estado, a fim de que se possa gozar plenamente do exercício de tais direitos<sup>11</sup>. A CEDH deve sempre ser respeitada pelos Estados, ainda que uma das Altas Partes Contratantes venha a desprezitar alguma de suas regras, isso porque diversamente do que ocorre nos tratados internacionais comuns, nos quais há mútua obrigação entre os Estados, no caso da CEDH a obrigação está em um plano horizontal, ou seja, do Estado para com o indivíduo.

As regras da CEDH são auto-executáveis e diretamente integradas ao ordenamento jurídico interno dos Estados contratantes, isto porque se entende que a regra ali disposta é suficientemente precisa, tanto no tocante ao seu objeto quanto no tocante à sua forma, o que lhe confere a possibilidade de ser aplicável ao ordenamento jurídico interno dos Estados sem a necessidade de se estabelecer medidas complementares para sua execução.

---

<sup>11</sup> SUDRE, Frédéric. *Op cit...* p. 12.

### 2.1.1 AS QUEIXAS INTERESTADUAIS

O artigo 33 da CEDH prevê a possibilidade de que qualquer das Altas Partes Contratantes podem submeter ao Tribunal uma queixa contra outra Parte Contratante, com o fim de se fazer cumprir todo o disposto na CEDH. Vale lembrar que os dispositivos da CEDH são matéria de ordem pública, logo qualquer Estado que constatar uma irregularidade de outro Estado poderá acioná-lo perante a Corte Europeia de Direitos Humanos. Nas queixas interestaduais não se faz necessário que o Estado demandante demonstre a existência de uma violação a um direito individual. Todavia, faz-se necessária a demonstração de uma violação ao disposto na CEDH ou um de seus Protocolos explicitamente<sup>12</sup>.

Os direitos dispostos na CEDH não estão sujeitos ao princípio da reciprocidade entre os Estados, é dizer, se um Estado (A) atenta contra o direito de um cidadão de outro Estado (B), a este Estado (B) não é lícito deixar de observar o disposto na CEDH no tocante aos cidadãos daquele Estado (A)<sup>13</sup>. O que se busca é a proteção da pessoa e “realizar os objetivos e ideais do Conselho da Europa, tais como os expressos no estatuto, e instaurar uma ordem pública comunitária das democracias livres da Europa a fim de salvaguardar seus patrimônio comum de

---

<sup>12</sup> Valério de Oliveira Mazzuoli cita como exemplo a própria edição de uma lei ou ato administrativo contrário à CEDH, *In MAZZUOLI*, Valério de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. *Revista de direito constitucional e internacional*. Ano 18. N. 71. Abri-jun/2010. P. 357. E Irineu Cabral Barreto cita o caso do acórdão Irlanda/Reino Unido, de 18 de janeiro de 1978, A 25, pags. 92-93, §§ 241 e 243, *In BARRETO*, Irineu Cabral. *Op cit.*... p. 326.

<sup>13</sup> A esse respeito, Frédéric Sudre ensina que “la CEDH fait naître à la charge des États contractants des obligations dont l'exécution n'est pas soumise au principe de réciprocité : l'État partie n'est pas seulement tenu de garantir les droits protégés à ses propres nationaux, mais il doit aussi se conformer à cette obligation à l'égard de tous les individus relevant de sa juridiction, quelle que soit leur nationalité”. *In SUDRE*, Frédéric. *Op cit.*... p. 16-17.

tradições políticas, de ideais, de liberdade e de Estado de Direito”<sup>14</sup>. Os direitos salvaguardados pela CEDH devem ser assegurados pelos Estados contratantes de forma solidária e coletiva, visto se tratar de um patrimônio comum, a fim de se garantir a todos os indivíduos o exercício efetivo dos direitos ali representados. O único instrumento jurídico de direito internacional em que mitiga-se a regra de não ingerência dentre os Estados é a CEDH, visto que o Estado contratante pode intervir em nome da proteção dos direitos humanos em um plano geral, em benefício de todos os indivíduos.

### 2.1.2 PETIÇÕES INDIVIDUAIS

Os indivíduos são também sujeitos de direitos e obrigações e de tal forma estão legitimados<sup>15</sup> a opor queixa contra qualquer das Altas Partes Contratantes, quando se sentirem vítima de violação dos direitos humanos, consoante disposto no artigo 34º da CEDH.

Após a revisão da CEDH, pelo Protocolo n.º II, abriu-se de pleno direito o direito de recurso individual, em um verdadeiro processo contencioso, sem a necessidade de submeter sua queixa à Comissão e a ela estar vinculado. Tal fato permite ao indivíduo receber uma decisão com fins a reparar o dano sofrido em decorrência da violação alegada. Entretanto, cabe à parte escolher apenas uma instância internacional para opor demanda contra o Estado supostamente violador dos direitos e/ou liberdades, pois “o Tribunal não se ocupa de uma queixa idêntica a

---

<sup>14</sup> Tradução livre da decisão da Comissão, no caso *Áustria contra Itália*, 11 de janeiro de 1961, disponível em SUDRE, Frédéric. *Op.cit.*, p. 13.

<sup>15</sup> É necessária, aqui, a capacidade de agir, como critério da personalidade jurídica do indivíduo.

uma já apresentada a outra instância internacional”<sup>16</sup>. A decisão que virá em decorrência da petição individual é revestida de autoridade de coisa julgada.

## 2.2 PRINCÍPIO DA SOBERANIA

Modernamente o conceito jurídico-político de soberania está diretamente relacionado à idéia de *soberania como responsabilidade*, é dizer, os Estados passam a ser concebidos como “recursos institucionais ao serviço dos cidadãos”<sup>17</sup>.

A soberania é compreendida em duas dimensões, a saber: interna e externa. A dimensão interna consiste na capacidade e competência para administrar um dado território geograficamente delimitado, administrar a vida em sociedade dentro de suas fronteiras e o exercício da autoridade no plano interno sem quaisquer ingerências de outros Estados. Esta dimensão abrange o direito de auto-organização interna, exercido fundamentalmente pelo poder constituinte, a autonomia para legislar e regulamentar as atividades internas, assim como exercer sua autoridade jurisdicional. O Poder de jurisdição estadual engloba o exercício da atividade legislativa, a fim de tipificar condutas e disciplinar os aspectos da vida em sociedade<sup>18</sup>; o exercício do poder de polícia, como forma de exigir o cumprimento das normas<sup>19</sup>; assim como a competência de processar e julgar o indivíduo que viola o ordenamento jurídico<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> BARRETO, Irineu Cabral. *Op cit...* p. 338.

<sup>17</sup> MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional*. 3.<sup>ª</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 214.

<sup>18</sup> A isso Jónatas Machado denomina *jurisdição prescritiva ou normativa*. In MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional*. 3.<sup>ª</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 217.

<sup>19</sup> A isso Jónatas Machado denomina *jurisdição compulsória ou administrativa*. *Idem*.

<sup>20</sup> A isso Jónatas Machado denomina *jurisdição adjudicativa ou jurisdicional*. *Idem*.

A dimensão externa compreende a aceitação da soberania pelos demais Estados, a capacidade de com eles travar relações diplomáticas em igualdade de tratamento, a escolha da forma de governo e o sistema político. Há que se destacar o direito de um Estado exercer sua jurisdição externamente ao seu território, na hipótese de sofrer atos contra a segurança interna e de seus cidadãos.

A soberania estatal está limitada no plano do direito internacional, haja vista que a atual preocupação é para com o bem estar dos indivíduos (estes entendidos como sujeitos por excelência de direito internacional), a plena observância dos direitos fundamentais e o respeito à dignidade da pessoa humana. A limitação das atividades estatais se dá pelos princípios fundamentais do direito e na plena observância dos direitos humanos. Nas hipóteses de crimes contra a humanidade, genocídio, tortura, crimes de guerra e terrorismo a soberania do Estado pode ser mitigada e conferir a outros Estados uma jurisdição extraterritorial, em atenção ao princípio da universalidade. Todavia, conforme elucida Jónatas Machado, “a relativização da soberania não significa, de forma alguma, o fim do Estado, enquanto organização jurídica de uma comunidade política. Pelo contrário, a função de *«state building»* é nalguns casos uma das mais altas prioridades do direito internacional. A visão do Estado como instrumento ao serviço do indivíduo e da protecção dos seus direitos, longe de conduzir à subalternatização da problemática do Estado, torna-a ainda mais premente, não pode haver uma eficaz protecção dos direitos humanos sem um Estado forte. E, curiosamente, a história parece demonstrar que a colocação do Estado ao serviço dos direitos, contribui para o seu fortalecimento efectivo. Em todo caso, é evidente que esta

compreensão do Estado exige uma reconceptualização da soberania, limitando algumas das suas dimensões e fortalecendo outras”<sup>21</sup>.

A CEDH pode ser ratificada por qualquer dos Estados membros do Conselho da Europa<sup>22</sup> e, a partir do momento de sua ratificação, é revestida de caráter obrigatório, o qual entra em vigor apenas na data do depósito do instrumento de ratificação<sup>23</sup>. Dadas às dificuldades de se atender as necessidades locais de cada Estado membro e com vistas a obter-se o maior número possível de ratificações (visto que a promoção e proteção dos direitos humanos têm caráter primordial), foram criados mecanismos que autorizam graduar o comprometimento estatal e a preservação dos interesses internos do Estado.

A graduação do comprometimento estatal é necessária em decorrência de fato de que nem todos os Estados têm o desejo de restar comprometidos de forma igualitária. Então, tendo em vista que o principal objetivo do Conselho da Europa é a promoção e proteção dos direitos humanos, o que é efetivado pela vinculação e subordinação ao disposto na CEDH e seus protocolos, foi necessário criar um mecanismo de limitação aos dispositivos que certos Estados não aceitariam submeterem-se. Tal fato tem lugar através das reservas<sup>24</sup> e das disposições facultativas.

O mecanismo das reservas é conceituado como sendo “uma declaração formal unilateral simultânea e dependente relativamente ao acordo a que se refere, com o fim de obter a exclusão ou modificação

---

<sup>21</sup> MACHADO, Jónatas. *Op cit...* p. 220.

<sup>22</sup> Artigo 59º da CEDH.

<sup>23</sup> Em homenagem ao princípio da não-aplicação retroativa, os Estados tornam-se passíveis de serem demandados por ato de violação aos direitos humanos tão-somente em razão de fatos cometidos após a ratificação da CEDH.

<sup>24</sup> Vide artigo 57º da CEDH.

de efeitos jurídicos. Mais concretamente, pode dizer-se que a reserva a uma convenção internacional consiste numa declaração unilateral, independente do conteúdo ou da forma, feita por um Estado no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, tendo em vista modificar ou excluir os efeitos jurídicos de determinadas disposições convencionais na sua aplicação a esse Estado”<sup>25</sup>. São admitidas reservas à CEDH e seus protocolos, a fim de que o Estado contratante possa limitar a extensão de suas obrigações<sup>26</sup>. Tais reservas têm por fim que um maior número de Estados membros possa aderir à CEDH e seus protocolos, de forma a adequá-los a seus interesses e ao ordenamento jurídico interno, a menos que expressamente vedadas no texto do tratado internacional. Todavia, a rigor do disposto no artigo 57º da CEDH, há certas limitações ao mecanismo de reserva, quais sejam, deve ser efetuada no momento da ratificação do instrumento em causa, não pode ser revestida de caráter geral, deve ter relação com uma lei em vigor no território nacional e ser acompanhada de uma breve descrição da lei em causa. São inaceitáveis reservas atinentes ao procedimento de controle internacional assim como as reservas redigidas em termos vagos ou amplos<sup>27</sup>.

As disposições facultativas referem-se aos protocolos adicionais que ampliam o campo de proteção de certos direitos instituídos na CEDH. Só estará vinculado o Estado que ratificar o instrumento que elastece o direito<sup>28</sup>. Em certas circunstâncias, como é caso de protocolos que

---

<sup>25</sup> MACHADO, Jónatas. *Op cit....* p. 318.

<sup>26</sup> Os Protocolos n.º 6 e 13, relativos à abolição da pena de morte, proibem reservas.

<sup>27</sup> Conforme BARRETO, Irineu Cabral. *Op cit....* p. 341.

<sup>28</sup> Frédéric Sudre cita, como exemplo, que “le Protocole 1 lie 45 États (Monaco et Suisse ne l’ont pas ratifié); le protocole 6, sur l’abolition de la peine de mort, 46 États (la Russie fait exception) ; et le Protocole 7, seulement 42 États”. In SUDRE, Frédéric *Op cit....* p 24.

alteram as disposições relativas ao sistema de controle, há a necessidade de unanimidade das ratificações e tal fato pode levar a longo tempo para entrada em vigor do protocolo<sup>29</sup>. A preservação dos interesses estatais está ligada ao fato de que é reconhecido que os direitos previstos na CEDH podem sofrer certas limitações, restrições ou derrogações em caso de necessidade, ou seja, “em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação”<sup>30</sup>. Em tais hipóteses o Estado pode deixar de observar as obrigações previstas na CEDH e suspender os direitos e liberdades dos indivíduos que se encontrem em seu território. Entretanto, mesmo enfrentando situações de perigo público, o Estado deve garantir um mínimo de proteção<sup>31</sup>. São os chamados direitos intangíveis, os quais devem ser garantidos a todas as pessoas, em todos os lugares e em quaisquer circunstâncias, quais sejam, o direito à vida (artigo 2º), a proibição da tortura e à penas e tratamentos desumanos e degradantes (artigo 3º), proibição da escravatura e a ser submetido a trabalho forçado (artigo 4º), direito à não-retroatividade da lei penal (artigo 7º), proibição da pena de morte nos moldes do previsto nos Protocolos 6 e 13 e, por fim, o respeito à regra do *non bis in idem* (artigo 4º do Protocolo 7). Mas ao Estado que derroga os direitos dos indivíduos de seu território só é lícito fazê-lo sob a justificativa de salvaguardar a vida ou a existência da nação, bem como desde que as medidas de derrogação sejam absolutamente necessárias e que sejam “na estrita medida em que o exigir a situação”<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Exemplo disso é o Protocolo n.º 14, aberto para assinaturas em 13 de maio de 2004, mas entrou em vigor apenas em 01 de junho de 2010.

<sup>30</sup> Artigo 15º da CEDH.

<sup>31</sup> É o que Frédéric Sudre denomina de “mínimo humanitário”, a fim de garantir os direitos relativos à integridade física e moral da pessoa, a formar um “standard minimum” do direito europeu dos direitos humanos. In SUDRE, Frédéric. *Op cit...* p. 25.

<sup>32</sup> Artigo 15º/1 da CEDH.

### 3. PRINCÍPIOS JURISPRUDENCIAIS

Por se tratar de um “tratado normativo”, a CEDH possibilita a abertura de um leque de interpretações diversas. Sendo assim, compete à jurisprudência dar a interpretação adequada a cada situação, observados o tempo e momento histórico do caso concreto. Isto porque por se tratar de norma dinâmica, que deve acompanhar a evolução dos sujeitos do direito internacional em matéria de direitos humanos, à Corte Européia de Direitos Humanos incumbe interpretar as normas à luz das atuais condições<sup>33</sup> e observar as mudanças sociais existentes.

#### 3.1 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

A efetividade é um dos pontos primordiais para a promoção da pacificação social. Tal princípio, considerado um princípio processual/jurisprudencial, tem alto grau de normatividade e, por cuidar da tutela jurisprudencial efetiva, em Portugal é compreendido, outrossim, como um direito fundamental constitucionalmente previsto. O princípio da efetividade, para muitos autores, está intrinsecamente relacionado ao acesso à justiça, à razoável duração do processo, direito a um tribunal independente e imparcial, bem como um processo equitativo<sup>34</sup>.

Foi a partir da edição do artigo 6º da CEDH que o direito ao processo sem dilações indevidas passou a ser concebido como um direito subjetivo, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade, à prestação jurisprudencial dentro de um prazo razoável, decorrente da

---

<sup>33</sup> Conforme case “Marckz, 13 de junho de 1979, GACEDH n.º 49”, In SUDRE, Frédéric. *Op cit...* p. 30.

<sup>34</sup> Artigo 6º da CEDH.

proibição do *non liquet*, vale dizer, do dever que têm os agentes do Poder Judiciário de julgar as causas. A fim de que a justiça seja eficaz e goze de credibilidade, a CEDH exige que os Estados respeitem a razoável duração do processo. Isso porque por mais que todos os demais princípios processuais sejam observados, se a decisão for tardia, se demandar excessivo tempo para a finalização do processo, este não será efetivo. A CEDH dispõe expressamente sobre o direito das pessoas de terem suas causas julgadas em um prazo razoável, o que inclui todas as instâncias de jurisdição e a fase de execução da decisão (em caso de processo civil) ou “quando o tribunal se pronuncia definitivamente sobre o bem fundado da acusação”<sup>35</sup> (na hipótese de processo penal).

Para se concretizar o princípio da efetividade faz-se necessário o direito ao acesso a um tribunal independente<sup>36</sup> e imparcial<sup>37</sup>, estabelecido pela lei<sup>38</sup>. Cumpre aos Estados contratantes oportunizar a todos esse direito, sem impor limitações excessiva, de forma a inviabilizar o exercício do direito. Todos devem ter direito de acesso a um tribunal e ter examinada sua causa com livre acesso e disponibilidade material e humana necessárias ao exercício do direito. Irineu Cabral Barreto informa que “é necessário ainda a efetividade do direito de acesso, o

---

<sup>35</sup> BARRETO, Irineu Cabral. *Op cit...* p. 146.

<sup>36</sup> Independência no sentido de que os magistrados não sofram pressões exteriores (seja do Poder Executivo, seja do Poder Legislativo, seja de Pessoas privadas com poder econômico e social) no exercício de suas funções e tampouco recebam quaisquer tipos de instruções sobre o modo que devem ou não devem fazer a interpretação da lei e das provas.

<sup>37</sup> O juiz deve ter absoluta liberdade para julgamento, não pode ter agido na causa como representante do Ministério Público, advogado ou agente de polícia, nem ter uma opinião preconcebida da demanda.

<sup>38</sup> A competência material e territorial do tribunal deve ser definida por lei e deve-se evitar a criação de tribunais *Ad hoc*.

que pressupõe que o indivíduo goza da possibilidade clara e concreta de «contestar» um acto que constitui uma ingerência nos seus direitos”<sup>39</sup>.

Cumprido ao Estado uma postura positiva frente aos direitos e garantias instituídos pela CEDH (nomeadamente os direitos dispostos no *título I* deste diploma legal), seja no âmbito económico, seja no social. Diversas foram as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos em condenar os Estados contratantes em situações em que estes deixaram de adotar posturas positivas que fornecer aos indivíduos domiciliados em seu território os meios para efetiva observância dos direitos humanos. Frédéric Sudre cita exemplificativamente que “o direito efetivo a uma processo equitativo supõe que seja organizado um sistema de assistência judiciária gratuita (Artico, 13 de maio de 1980) ou ainda um sistema de tradução para os estrangeiros (Ozturk, 21 de fevereiro de 1984). O direito ao respeito efetivo pela vida familiar faz pesar sobre o Estado a obrigação de adotar medidas para assegurar os recursos naturais de uma criança para «levar uma vida familiar normal», em matéria, notadamente, de estabelecimento da filiação, mas também no domínio das sucessões e liberdades (Marckx préc.; Johnston, 18 de dezembro de 1986, GACEDH, Nº 48). O direito efetivo à educação implica que o Estado garanta a todos um direito de acesso aos estabelecimentos escolares e assegure o reconhecimento oficial dos estudos realizados, a fim de permitir a utilização das qualificações profissionais (Affaire linguistique belge, 23 de julho de 1968, GACEDH, nº 13)”<sup>40</sup>.

A questão da efetividade processual tem sido uma das preocupações da Corte Europeia dos Direitos Humanos, que busca constantemente a

---

<sup>39</sup> BARRETO, Irineu Cabral. *Op cit...* p. 151

<sup>40</sup> Tradução livre da autora. In SUDRE, Frédéric. *Op cit...* p. 32.

melhor forma de garantir a todos, de forma dinâmica, a salvaguarda dos direitos humanos e o desenvolvimento dos direitos garantidos. Busca-se o pleno exercício do direito de acesso ao tribunal e assegurar um processo equitativo, assim como uma forma de fornecer aos indivíduos as condições materiais necessárias ao exercício de suas liberdades. O Estado parte tem o dever de oferecer a todos o direito a um processo equitativo, é dizer oportunizar igualdade de armas e igualdade de tratamento entre as partes, sem deixar que uma das partes fique em substancial desvantagem frente à contra-parte, assim como proceder um exame de provas e dos elementos apresentados nos autos de forma equânime. No deslinde processual, compete ao Juiz-Estado oportunizar igualmente às partes o acesso às provas, sua manifestação e impugnação, além de possibilitar isonomicamente o interrogatório de testemunhas e peritos.

O processo efetivo deve observar, ainda, os princípios do *non bis in idem*<sup>41</sup> e da publicidade<sup>42</sup>, como forma de proteger os indivíduos que são partes em um processo judicial, seja ele na esfera civil, seja na penal<sup>43</sup>.

O Estado, quando na posição de titular da Jurisdição, assume

---

<sup>41</sup> Este princípio não está expressamente consagrado no artigo 6º da CEDH, mas está literalmente previsto no artigo 4º do Protocolo n.º 7, relativamente ao processo penal, em seu duplo sentido: proibição de uma pessoa ser julgada duas vezes pelo mesmo ato penal e proibição de uma pessoa ser punida mais de uma vez pela mesma infração penal.

<sup>42</sup> O princípio da publicidade está expressamente mencionado no artigo 6º da CEDH e deve ser observado em todas as esferas judiciais e/ou administrativas e em todos os graus de jurisdição, abrindo-se a possibilidade de a parte expressar-se pessoalmente, bem como oportunizando às partes e a qualquer do povo tomar conhecimento de todos os fatos, atos judiciais, provas produzidas e conteúdo da decisão, salvo nas hipóteses em que “o interesse das partes no processo (nomeadamente menores) e da justiça poderiam exigir que mesmo a decisão não fosse tornada pública” além de abrir-se a possibilidade de a parte expressar-se pessoalmente”. Conforme acórdãos Campbell e Fell, A 80, págs. 42-43, §§ 89.90, e B. e P./Reino Unido, de 24 de abril de 2001, R01-III, págs. 421-422, §§ 47 e 48. In BARRETO, Irineu Cabral. *Op cit....* p. 143.

<sup>43</sup> Conforme comentários ao artigo 6º da CEDH, por Irineu Cabral Barreto, in BARRETO, Irineu Cabral. *Op cit....* p. 140-144.

importante papel, na medida em que deve assegurar a todos os cidadãos a efetivação dos seus direitos mediante o instrumento do processo. A atual doutrina considera a efetividade como um dos maiores desígnios do processo moderno, e em razão disso tem-se que o processo deve ser tido como “um instrumento de realização efetiva dos direitos subjetivos violados ou ameaçados. E de realização pronta, célere e pouco onerosa. Enfim, um processo a serviço de metas não apenas legais, mas, também, sociais e políticas. Um processo que, além de legal, seja, sobretudo um instrumento de justiça”<sup>44</sup>.

Compete, ainda, ao Estado garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais mesmo nas relações entre particulares ou no *efeito horizontal*<sup>45</sup>, isto porque se entende que o Estado pode violar os direitos humanos não só através de uma conduta ativa, como também por um postura passiva, ao deixar de constituir mecanismos que garantam os direitos e liberdades fundamentais. Observa-se hoje a necessidade de soluções diferenciadas no tocante à proteção dos direitos, liberdades e garantias nas relações jurídicas entre particulares. Trata-se de questões por vezes complexas, haja vista que cada qual, por um lado os direitos fundamentais e por outro o direito privado, está calcado em premissas diversas e, por vezes, aparentemente inconciliáveis. Virgílio Afonso da Silva cita como exemplo a situação e que “seja mencionada a autonomia privada de um lado e a inalienabilidade e a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, de outro”<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Execução. Rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional*. Genesis - Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, nº 8, abr-jun/98.

<sup>45</sup> Inicialmente essa questão era conhecida como eficácia externa (Drittwirkung). Hoje, a doutrina mais moderna fala em efeitos horizontais ou em eficácia dos direitos, liberdade e garantias na ordem jurídica privada.

<sup>46</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 50.

A matéria causa polêmica, pois se por um lado é assegurada aos particulares a autonomia em suas relações, sendo-lhes lícito tomar atitudes que julguem convenientes para sua vida privada, em especial no que toca às relações comerciais, por outro lado compete ao Estado proteger todo cidadão, titular do direito fundamental, garantindo-lhe o devido gozo de seus direitos (fundamentais), salvaguardar o bem-estar coletivo e a paz social. Razões pelas quais, segundo magistério de Vieira de Andrade, “é necessário que o Estado regule os mecanismos econômicos, proteja os fracos e desfavorecidos e promova as medidas necessárias à transformação da sociedade numa perspectiva comunitariamente assumida de progresso, de justiça e de bem estar”<sup>47</sup>.

Neste diapasão a Corte Europeia de Direitos Humanos vem entendendo que há de se aplicar o direito fundamental às relações entre particulares, mormente quando o objetivo é um bem maior, qual seja, garantir a plena observância e o cumprimento do disposto na CEDH.

Não se concebe mais a idéia de que o cumprimento e observância dos direitos fundamentais sejam exigíveis apenas do Estado. A eficácia horizontal dos direitos hoje está ainda mais abrangente e é invocada, outrossim, em questões de proteção dos direitos do homem quando haja violação por entidades privadas. Gomes Canotilho informa que são as chamadas “Drittwirkung da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”<sup>48</sup>.

Robert Alexy entende que as normas de direitos fundamentais têm

---

<sup>47</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 248.

<sup>48</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.<sup>a</sup> ed. 6. reimpressão Coimbra: Almedina, 2009, p. 1290.

“conteúdo constitucionalmente necessários e impossíveis”<sup>49</sup> para o sistema jurídico, fato que as constituem como núcleo da fundamentalidade formal desses direitos. Alexy afirma que pela tese da fundamentalidade formal e substancial as normas de direitos fundamentais cumprem um papel central no ordenamento jurídico e faz a análise sobre seu real significado para a estrutura do ordenamento jurídico. É concebido que não haveria grande problemática se a influência dos direitos fundamentais recaíssem apenas em razão da *eficácia vertical*, isto é, relação Estado/cidadão. Entretanto, os indivíduos não têm direitos apenas em face do Estado, mas também seus direitos merecem ser tutelados na relação com outros cidadãos.

Cita-se, exemplificativamente, o caso *X e Y contra os Países Baixos*, de 26 de março de 1985, em que a Corte Européia de Direitos Humanos afirmou que as obrigações positivas inerentes ao artigo 8º “podem implicar na adoção de medidas que visem o respeito da vida privada até nas relações dos indivíduos entre eles”<sup>50</sup>.

A Corte Européia de Direitos Humanos mantém constante preocupação em dar um efeito útil aos dispositivos da CEDH, isto é, não basta que os Estados façam uma interpretação apenas segundo o

---

<sup>49</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. (trad. Virgílio Afonso da Silva) São Paulo: Malheiros, 2008, p. 523.

<sup>50</sup> Em SUDRE, Frédéric. La convention européenne des droit de l'homme. 8ª Ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2010, p. 34. O autor cita, ainda, que “La Cour européenne fait notamment application de cette jurisprudence, visant à protéger le droit garanti contre les ingérences des simples particulières, en matière de liberté syndicale (Young, James et Webster c/Royaume-Uni, 13 août 1981), de droit à la vie (Osmar c/Royaume-Uni, 28 octobre 1998), d'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (A c/ Royaume-Uni, 23 septembre 1998). De même, en matière de droit à l'instruction (art. 2, Protocole 1), l'État doit également veiller à ce que les actes, en matière de discipline scolaire, du directeur d'une école privée ne portent pas atteinte au droit à l'intégrité physique et morale (art. 3) et au droit au respect de la vie privée (art.8) dese élèves (Costello-Roberts, 25 mars 1993).

ordenamento interno, mas sim há que se visualizar o interesse europeu como um todo, de forma a uniformizar o compromisso existente entre os Estados contratantes.

Outro critério da efetividade, segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos, é a rigorosa observância e cumprimento do princípio da igualdade, nomeadamente no critério da não-discriminação. O tratamento igual dentre todos os indivíduos que estejam na jurisdição europeia é requisito para o bom cumprimento das normas da CEDH. O direito à não-discriminação há que ser aplicado de forma complementar aos demais direitos disposto no CEDH.

### 3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O artigo 14 da CEDH dispõe acerca da proibição de quaisquer formas de tratamento distinto arbitrário aos indivíduos que pretendem o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na CEDH e, segundo entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>51</sup>, este princípio está necessariamente relacionado com cada uma das disposições da CEDH e de seus Protocolos<sup>52</sup>, que garantam direitos e liberdades<sup>53</sup>. Todavia, é possível que o princípio da igualdade seja violado sem que, contudo, haja violação do direito ou liberdade propriamente ditos se estes estiverem

---

<sup>51</sup> Vide "acórdão Stubbings e outros, de 22 de outubro de 1996, R96-IV, pág. 1507,§ 72, e Prince Hans-Adam II de Liechtenstein, §91, de decisão do Tribunal, de 10 de abril de 2001, Queixa n.º 52 449/99, R01-V, pág 533, e Decisões de 19 de Mario de 1992, Queixa n.º 17 004/92, Déc. Rap. 73, pág. 155, de 14 de abril de 1994, Queixa n.º 22 564/93, Déc. Rap. 77-A, pág. 190 de 5 de julho de 1994, Queixa n.º 19 819/92, Déc. Rap. 78-A, pág. 88, e de 29 de junho de 1994, Queixa n.º 20 769/92, Déc. Rap. 78-A, pág. 111." Conf. BARRETO, Irineu Cabral. *Op cit...* p. 231.

<sup>52</sup> Com a entrada em vigo do Protocolo n. 12, a corrigiu-se essa "falha", vez que a redação do artigo 1º faz menção a "todo e qualquer direito previsto em lei".

<sup>53</sup> Conforme SUDRE, Frédéric. *Op cit...* p. 38.

revestidos de um caráter discriminatório. Exemplo dessa situação ocorre na seguinte hipótese: “O artigo 6º não impõe aos Estados a instituição do duplo grau de jurisdição. O Estado que estabelece tribunais de recurso vai para além das obrigações derivadas do artigo 6º. Mas o Estado violaria este artigo, combinado com o artigo 14.º, se ele recusasse a utilização do recurso a certas pessoas sem razão legítima, enquanto permitia a outras no mesmo tipo de processo”<sup>54</sup>.

Vale destacar que não é qualquer forma de discriminação que é proibida, mas sim a discriminação arbitrária, ou seja, as formas de discriminação que não tenham uma justificativa razoável. Todos aqueles que estão em situação de igualdade devem ser tratados de maneira igual e em situações análogas merecem o mesmo tratamento. Ocorre, porém, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência mantêm entendimento no sentido de que, em situações manifesta desigualdade, compete ao legislador e ao aplicador da lei fazer diferenciação de tratamento dos indivíduos. Ana Maria Guerra Martins observa que a Corte Europeia de Direitos Humanos “aceita, e até estimula, as discriminações positivas, ao considerar que o direito à não discriminação também é violado quando, sem justificação objectiva e razoável, os Estados não aplicam um tratamento diferente a pessoas cuja situação são sensivelmente diferentes”<sup>55</sup>. É o que se convencionou denominar de *discriminação positiva*. Este critério do princípio da igualdade tem conteúdo teleológico “igualador” das pessoas, nomeadamente em questões de políticas públicas afirmativas. Tal fato se explica tendo em vista que os seres humanos (como é ululante) são diferentes uns dos outros e que, portanto, assim devem ser considerados

---

<sup>54</sup> BARRETO, Irineu Cabral. *Op. cit.*, p. 232.

<sup>55</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito internacional dos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 201.

pelo Direito, tudo com o objetivo de se alcançar um fim legítimo, qual seja, fornecer igualdade de tratamento e oportunidades a quem quer que seja. Assim, igualdade, por se tratar de um fundamento do Direito, deve ser buscada substancialmente e não reconhecida apenas formalmente e é por tal razão que a CEDH visa patrocinar e regulamentar este princípio, a fim de que nos Estados membros do Conselho da Europa haja maior proteção contra qualquer forma de tratamento discriminatório.

O princípio da igualdade está diretamente relacionado ao conceito de Estado democrático de direito e abrange suas dimensões liberais, democráticas e sociais<sup>56</sup>. Os Estados contratantes devem dar tratamento igualitário a todos os indivíduos perante a lei, coibir qualquer forma de discriminação, seja ela proveniente de entes diretamente ligados à administração pública<sup>57</sup>, seja de particulares na sua atividade privada. Tal fato é observado nomeadamente na dimensão democrática, onde se sobressai a destacada atuação do Conselho da Europa no apoio à democratização dos países do centro e leste do continente, estimulando o desenvolvimento de democracias pautadas em eleições livres, notadamente através de uma autêntica competitividade entre as opções

---

<sup>56</sup> Segundo preceito de J.J. Gomes Canotilho, “na sua dimensão liberal, o princípio da igualdade consubstancia a idéia de igual posição de todas as pessoas independentemente do seu nascimento e do seu status, perante a lei, geral e abstracta, considerada subjectivamente universal em virtude da impessoalidade e da indefinida repetibilidade na aplicação. A dimensão democrática exige a explícita proibição de discriminações (positivas e negativas) na participação no exercício do poder político, seja no acesso a ele (sufrágio censitário, etc.), seja na relevância dele (desigualdade de voto), bem como no acesso a cargos públicos (cfr. Arts. 10º-I, 48º e 50º). A dimensão social acentua a função social do princípio da igualdade, impondo a eliminação das desigualdades fácticas (econômicas, sociais e culturais), de forma a atingir-se a «igualdade real entre os portugueses» (art. 9º/J)”. in CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 337.

<sup>57</sup> J.J. Gomes Canotilho informa que “ele é hoje um princípio disciplinador de toda actividade pública nas suas relações com os cidadãos”. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Op cit.*... p. 338.

políticas em disputa. A fim de uma plena aplicação da CEDH torna-se essencial a garantia da atuação estatal enquadrado em um sistema político democrático<sup>58</sup>, o qual, no entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>59</sup>, está pautado em princípios afirmadores da liberdade e da igualdade, livres de quaisquer formas de discriminação contra os indivíduos. Busca-se, outrossim, a igualdade econômico-cultural das pessoas, por meio de ações afirmativas dos Estados, como forma de “atenuar ou corrigir desigualdades reais no exercício de certos direitos ou na fruição de certos bens públicos”<sup>60</sup>.

Por tal fato, a existência de tratamento desigual deve estar pautada em uma razão material para essa desigualdade, e sempre como fim de observarem-se critérios de justiça. Esse tratamento desigual busca a compensação das desigualdades existentes no plano social, o equilíbrio jurídico-material, bem como a proteção dos menos favorecidos socialmente, estabelecendo-se, assim, a *função social* do princípio da igualdade.

O campo de proteção a que se refere o artigo 14 da CEDH é extremamente extenso, alberga tanto os direitos econômicos e sociais quanto as relações inter-individuais e, com o advento do protocolo n.º

---

<sup>58</sup> Os fundamentos da democracia são apontados por Dalmo de Abreu Dallari como sendo: a supremacia da vontade popular (representatividade, direito de sufrágio, sistemas eleitorais e partidários); a preservação da liberdade; bem como, a *igualdade de direitos*. In DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 19ª ed. - São Paulo: Saraiva, 1995. p. 128.

<sup>59</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello entende o sistema político democrático, por ser fundado em princípios afirmadores da liberdade e da igualdade, é garantidor da soberania popular, visto que as decisões quando tomadas pelo conjunto dos membros da sociedade, diretamente ou por meio de representantes eleitos livremente pelos cidadãos, são tomadas pelos titulares da soberania. In MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. Jus navegandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290> Acesso em: 17-nov-09.

<sup>60</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Op cit.*... p. 337.

12 (em vigor a partir de 01 de abril de 2005), proíbe qualquer forma de discriminação por parte de uma autoridade pública no âmbito do direito interno, seja qual for o motivo. O protocolo n.º 12 corrigiu uma falha existente na redação do artigo 14 da CEDH, pois este previa apenas proteção contra quaisquer tipos de discriminação no tocante aos direitos e garantias previstos na própria Convenção; entretanto com o advento do Protocolo n.º 12 o Conselho da Europa pôs em prática “novas medidas para promover a igualdade de todas as pessoas através da implementação colectiva de uma interdição geral de discriminação”<sup>61</sup>. Com isso elevou-se o grau de proteção das pessoas contra atos discriminatórios, “consagrando-se uma igualdade geral perante a lei”<sup>62</sup> e não apenas aos direitos e liberdades definidos na CEDH.

A CEDH consagra, ainda, o direito a um recurso efetivo<sup>63</sup>. Este artigo não se confunde com um direito a um duplo grau de jurisdição, mas significa que, na hipótese de violação de seus direitos, os Estados devem oportunizar a qualquer pessoa intentar ação perante um tribunal interno, a fim de ver tal violação suplantada, “mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuaram no exercício das suas funções oficiais”<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Texto da exposição de motivos do Protocolo n.º 14.

<sup>62</sup> BARRETO, Irineu Cabral. *Op cit....* p. 394.

<sup>63</sup> Artigo 13º da CEDH.

<sup>64</sup> Parte final do artigo 13º da CEDH.

### 3.3 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A CEDH fixa os critérios internacionais a serem observados pelos Estados no quesito de direitos e liberdades fundamentais, todavia isso não substitui o direito interno, mas sim o auxilia, completa, a fim de superar eventuais lacunas existentes. Isso porque uma das preocupações do Conselho da Europa é assegurar a autonomia nacional. Esse princípio consagra a idéia de construção de uma “União Européia” a convergir para um mesmo ideal e para os mesmos critérios de atuação no tocante à aplicação e interpretação das normas dispostas na CEDH. O princípio da subsidiariedade informa o papel subjacente de todas as medidas adotadas para fortalecer a eficácia do sistema de controle instituído pela Convenção, vez que é responsabilidade das Altas Partes Contratantes garantir o respeito dos direitos e liberdades.

J.J. Gomes Canotilho explica que o princípio da subsidiariedade possui relevos *jurídico-constitucional* e *jurídico-convencional*. No tocante ao relevo *jurídico-constitucional* este princípio é concebido como “um *princípio de ordenação política* interna dos Estados-Membros da Comunidade Europeia”<sup>65</sup>, haja vista orientar a conduta compatível pelos Estados contratantes, por meio de suas representações, em questões relacionadas à política da União Européia. Ainda sob essa vertente, os Estados devem fazer valer, nos termos do respectivo ordenamento constitucional, a aplicação do direito comunitário no plano administrativo<sup>66</sup>. Na qualidade de princípio com relevo *jurídico-convencional*, o princípio em comento tem importância, pois alberga a idéia de “exercício comum dos poderes”, o qual, consoante pretório de J.J. Gomes Canotilho, há “dois pressupostos

---

<sup>65</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Op cit....* p. 245.

<sup>66</sup> Consoante redação da Declaração 43, anexa do Tratado de Amsterdão.

mínimos: (1) requisito negativo – as medidas destinadas à prossecução da União Europeia devem ser adoptadas a «nível comunitário» quando elas não possam ser satisfatoriamente adoptadas e concretizadas pelos Estados-membros; (2) requisito positivo - as medidas necessárias à construção da União Europeia podem ser tomadas a nível comunitário quando elas, em virtude da sua extensão e efeitos, têm aqui melhor possibilidade de concretização («regra da vantagem») “<sup>67</sup>.

A exposição de motivos ao Protocolo n.14 faz expressa menção à adoção do princípio da subsidiariedade, no tocante às medidas a serem tomadas no plano nacional, ao informar que “de acordo com o princípio da subsidiariedade, a protecção dos direitos e liberdades previstos na Convenção deve inicialmente e sobretudo ser assegurada no plano nacional. É, com efeito, o mais eficaz. A responsabilidade que deriva das autoridades nacionais a este respeito deve ser reafirmada e da capacidade dos sistemas jurídicos nacionais para prevenir a violação dos direitos da Convenção e a sua reparação deve ser reforçada. Os Estados têm o dever de fiscalizar a conformidade da sua legislação e práticas administrativas com as exigências decorrentes da Convenção e da jurisprudência da Corte. Para fazer isso, eles podem ser ajudados por instâncias externas. Caso estas medidas sejam plenamente implementadas, vão aliviar a pressão sobre a Corte e em vários níveis: não só deve ajudar a reduzir o número de recursos individuais com base em evitar a incompatibilidade da legislação nacional com da Convenção, com constatação das violações alegadas ou remediar no plano interno, mas também facilitar o trabalho da Corte nas medidas ou nos processos decisório da Corte é facilitado se a questão abordada tiver sido uma bem-fundamentada no plano interno.

---

<sup>67</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Op cit...* p. 245.

Desnecessário será dizer que os efeitos esperados será sentida não apenas no médio prazo”<sup>68</sup>.

A preocupação com um caráter supletivo, de assistência a uma dada realidade, um critério de distribuição vertical de competências ou repartição no exercício de atribuições a alguns órgãos, no que se refere à proteção dos indivíduos contra atuações estatais, não é, entretanto, recente. Gustavo Yung informa que “o princípio da subsidiariedade remota a Aristóteles (384-322 a.C.), São Tomas de Aquino (1226-1274), Dante e Althussius. Surgiu para proteger a autonomia individual ou coletiva contra toda intervenção pública injustificada. Tratava-se de tomar decisões em nível mais baixo possível as coletividades superiores auxiliavam as coletividades inferiores para que estas realizassem as suas funções”<sup>69</sup>.

Este princípio<sup>70</sup> evoca outro princípio, o da autonomia nacional, e toma por base a teoria da “margem de apreciação”. Através deste princípio afasta-se a idéia de monopólio do Estado e prestigia-se a de participação de todos os membros, porquanto pressupõe harmonia dentre os contratantes. A CEDH fixa normas que implicam concomitantemente

---

<sup>68</sup> Tradução livre da autora. Parágrafo 15 da exposição de motivos do Protocolo nº 14.

<sup>69</sup> MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. Direito internacional da integração. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. P. 26 apud YUNG, Gustavo. Amaral. O princípio de subsidiariedade no Direito Comunitário. *IN Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 12. n. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 24

<sup>70</sup> Segundo Gustavo Yung, o princípio da subsidiariedade “consagra o princípio da vedação dos excessos, proporcionalidade, razoabilidade, eficácia, eficiência, alternativa, substituição, flexibilidade ou até mesmo do bom senso das atuações”. Mais adiante o Autor conclui que há “uma certa quebra na hierarquia de valores que tradicionalmente presidiam a atuação comunitária: Agora, o valor integração está perdendo espaço para o valor autonomia, prestigiado pelo princípio da subsidiariedade. Unidade e diversidade são valores que devem guardar uma relação não hierárquica, mas horizontal entre si. Essa supletoriedade alternada de atuações obrigatória encontra seus limites na restrição derivada da proporcionalidade”. YUNG, Gustavo Amaral. *Op cit...* p. 25 e 38.

no *direito* de cada qual exercer suas responsabilidades e no *dever* dos poderes públicos proporcionarem a cada um os meios para o gozo dos direitos e liberdades por ela consagrados. Por vezes a CEDH possibilita aos Estados contratantes escolher o meio de consagração e efetivação dos direitos e liberdades no plano interno.

A legitimidade democrática está intimamente relacionada com a subsidiariedade, porquanto esta tem por característica a desconfiguração de um poder central excessivo e apático para com as necessidades dos cidadãos ao mesmo tempo em que significa a fiscalização da observância de normas, em um plano abstrato, e empreender ações e controle pelo órgão internacional. Entretanto, a Corte Europeia de Direitos Humanos não deixa de observar a diversidade europeia, nomeadamente no tocante às culturas jurídicas, às particularidades locais, assim como a evolução dos conceitos comportamentais no espaço e no tempo<sup>71</sup>. É dizer, admite-se muitas formas de se cumprir o disposto na CEDH no plano interno, sem que isso represente uma violação dos direitos e liberdades nela expressos<sup>72</sup>. Neste quesito a Corte Europeia de Direitos Humanos limita-se a observar se os dispositivos legais estão sendo observados pelos Estados, cada qual à sua maneira, a fim de evitar erigir-se no papel de legislador ou aplicador da lei no plano interno.

Desta forma, a Corte Europeia de Direitos Humanos confere aos Estados contratantes maior poder discricionário no tocante à execução ou

---

<sup>71</sup> Conforme SUDRE, Frédéric. *Op cit....* p. 42-43.

<sup>72</sup> Frédéric Sudre explica que “La Cour relève que le pluralisme interdit de concevoir «une notion européenne uniforme de la morale», les exigences de la moral variant dans temps et dans l'espace particulièrement en matière morale sexuelle (Handyside, préc. ; Müller, 24 mai 1988, CACEDH, n° 58: confiscation de tableaux obscènes). De même, la Cour juge impossible de «discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société» (Otto-Preminger-Institut, 20 septembre 1994) ou une «approche européenne uniforme» en matière de fécondation in vitro (Evans, 10 avril 2007”. In SUDRE, Frédéric. *Op cit....* p. 43.

cumprimento dos direitos de liberdades em termos de direitos humanos. Em outros termos há, para os Estados, uma “margem de apreciação” para a aplicação das normas da CEDH e seus protocolos adicionais, o que gera uma “auto-limitação judiciária” da Corte Européia de Direitos Humanos<sup>73</sup>. Nesse ponto a Corte evita imiscuir-se no mérito do ato, o que o faria substituir o administrador e praticar ato de acordo com uma apreciação meramente subjetiva. Tal fato é explicado em razão do entendimento segundo o qual a autoridade do país está mais apta a distinguir o que é melhor a seus cidadãos, haja vista estar diretamente ligada à realidade que se apresenta, em que pese a constante busca por uma jurisprudência uníssona em matéria de direitos humanos. A margem de apreciação não resulta da incerteza, da indeterminação do conceito do próprio direito, mas da relação com a Administração e de sua particular posição frente ao caso concreto.

Todavia, mesmo esta margem de apreciação permanece sob controle da Corte Européia de Direitos Humanos, a qual pode impor limites ao poder discricionário dos Estados, nomeadamente para o fim de limitar a intensidade do poder estatal na limitação dos direitos e liberdades. Isso porque não se retira a possibilidade da Corte Européia de Direitos Humanos perquirir acerca da correspondência do conteúdo do ato com o fim da norma disposta na CEDH. A margem de apreciação pode ser atenuada ou majorada em razão de circunstâncias de tempo e espaço, o objetivo da interferência do direito e a natureza desse direito em questão, haja vista haver constantes mutações sociais, tornando difícil a regulamentação de todos os fatos sociais. Assim, na medida em que os Estados possuem um entendimento que converge para um senso comum, diminui a margem de apreciação, por outro lado quanto maior a

---

<sup>73</sup> Conforme SUDRE, Frédéric. *Idem*.

divergência sobre conceitos específicos, maior é a margem de apreciação concedida ao Estado.

Não se trata, neste particular, de qualquer espécie de inobservância à soberania estatal, pois “a soberania não pode ser vista com um dogma, imune a limitações. O processo de integração internacional não suprime a soberania de nenhum Estado, pois ao Estado ainda pertence o comando de suas decisões. Pelo contrário, a integração fortalece a soberania dos Estados envolvidos”<sup>74</sup>. Tem-se a idéia de que o poder do Estado, na ordem internacional, não é mais absoluto e incontestável, nomeadamente quando se trata de questões de direitos e liberdades fundamentais, pois o que se busca é a proteção do indivíduo. E neste particular cada Estado contratante aceita os termos da CEDH, delegando (e não transferindo) poderes ao órgão supranacional para fiscalização e até mesmo para sancionar eventuais violações ao disposto na legislação que abrange os direitos humanos.

#### 4. BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. (trad. Virgílio Afonso da Silva) São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 3.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra editora, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da*

---

<sup>74</sup> YUNG, Gustavo Amaral. *Op cit...* p. 13.

- Constituição*. 7<sup>a</sup>. ed. 6. reimpressão Coimbra: Almedina, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19<sup>a</sup> ed. - São Paulo: Saraiva, 1995.
- MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional*. 3.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito internacional dos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2006. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. *Revista de direito constitucional e internacional*. Ano 18. N. 71. Abri-jun/2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. Jus navegandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290> Acesso em: 17-nov-09.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SUDRE, Frédéric. *La convention européenne des droit de l'homme*. 8<sup>a</sup> Ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Execução. Rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional*. Genesis - Revista de Direito Processual **Civil**, Curitiba, nº 8, abr-jun/98.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Vols. I e III. 2<sup>a</sup> Ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

YUNG, Gustavo Amaral. O princípio de subsidiariedade no Direito Comunitário. *IN Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 12, n. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.