



OFICINA DO CES

ces

Centro de Estudos Sociais
Laboratório Associado
Faculdade de Economia
Universidade de Coimbra

**CECÍLIA MACDOWELL SANTOS
ANA CRISTINA SANTOS
MADALENA DUARTE
TERESA MANECA LIMA**

**O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS
E PORTUGAL: UMA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA**

**Abril de 2008
Oficina nº 303**

Cecília MacDowell Santos

Ana Cristina Santos

Madalena Duarte

Teresa Maneca Lima

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e Portugal:

Uma revisão bibliográfica

Oficina do CES n.º 303

Abril de 2008

OFICINA DO CES
Publicação seriada do
Centro de Estudos Sociais
Praça D. Dinis
Colégio de S. Jerónimo, Coimbra

Correspondência:
Apartado 3087
3001-401 COIMBRA

Cecília MacDowell Santos

Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra
Universidade de São Francisco (Califórnia, EUA)

Ana Cristina Santos

Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra

Madalena Duarte

Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra

Teresa Maneca Lima

Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos¹ e Portugal: Uma revisão bibliográfica

Resumo: Este artigo apresenta uma revisão crítica dos dados bibliográficos sobre o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) e Portugal, recolhidos no âmbito do projecto de investigação “Reconstruindo Direitos Humanos pelo Uso Transnacional do Direito? Portugal e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos”, iniciado pelo Centro de Estudos Sociais em Outubro de 2007. Constatámos que há muitos estudos jurídicos e análises doutrinárias do TEDH, alguns deles abordando casos contra Portugal apresentados ao TEDH. Mas não existem estudos empíricos e sócio-jurídicos amplos e sistematizados sobre o uso do TEDH e do sistema regional de direitos humanos no contexto português.

Introdução

Temos vindo a assistir, desde o início dos anos 1990, à crescente globalização das instituições jurídicas, com a reforma dos tribunais em diversos países e com a criação e o fortalecimento de tribunais internacionais (Jenson e Santos, 2000). Ao mesmo tempo, assistimos a uma maior mobilização judicial do direito internacional dos direitos humanos por parte de indivíduos e organizações, um fenómeno que alguns juristas denominam de “litigância transnacional” (Slaughter, 2003). Em determinados contextos e em alguns casos, esta prática tem integrado estratégias de construção de uma “legalidade cosmopolita contra-hegemónica” (Santos e

¹ Apesar da designação oficial ser Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, optámos pela designação de Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, uma vez que esta é a designação utilizada em muita da literatura que aborda a temática dos direitos humanos, e sendo esta instituição que zela pela defesa dos direitos de homens e mulheres, entendemos que a designação põe em causa questões de igualdade de género.

Rodriguez-Garavito, 2005) ou reflecte um “activismo jurídico transnacional” (Santos, 2007). Apesar de manifesto em países do Norte e do Sul global, o fenómeno da mobilização judicial do direito internacional dos direitos humanos não tem sido acompanhado no mesmo ritmo por estudos empíricos sócio-jurídicos. No caso da sociedade portuguesa, há alguns estudos doutrinários e análises jurídicas sobre casos contra Portugal apresentados ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). Mas não existem estudos empíricos e sócio-jurídicos amplos e sistematizados sobre o uso do TEDH e do sistema regional de direitos humanos nos contextos português e europeu.

A constatação desta lacuna foi uma das razões que nos motivou a elaborar o projecto de investigação “Reconstruindo Direitos Humanos pelo Uso Transnacional do Direito? Portugal e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos”, iniciado em Outubro de 2007.² O principal objectivo deste projecto é o de investigar o tipo de mobilização judicial e o significado sócio-jurídico dos casos apresentados contra Portugal no TEDH. Uma vez que apenas às vítimas é concedida legitimidade processual activa, interessa-nos desvendar as motivações dos indivíduos que iniciam esses casos. Importa saber se estes indivíduos usam o TEDH simplesmente para resolver os litígios individuais ou se estão vinculados a alguma organização não-governamental e procuram promover mudanças sociais e políticas em Portugal. Procuramos, assim, saber se este tipo de mobilização do direito internacional dos direitos humanos faz parte de alguma estratégia de luta colectiva ou se se trata do uso do direito a partir de uma perspectiva individual de resolução de conflitos.

O presente artigo tem por objectivo apresentar uma revisão crítica dos dados bibliográficos sobre Portugal e o TEDH, recolhidos no âmbito deste projecto. Para a realização desta revisão, efectuámos uma selecção de textos, artigos e livros recolhidos nas bibliotecas da Universidade de Coimbra e em bases bibliográficas virtuais. Há, de facto, uma imensa produção bibliográfica sobre o tema dos direitos humanos. Estes têm sido abordados pelas mais variadas correntes políticas, perspectivas disciplinares e orientações intelectuais. Não iremos analisar detalhadamente a bibliografia sobre direitos humanos, mas sim aquela respeitante aos regimes de protecção destes direitos, mais concretamente ao regime europeu assente na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH) e no TEDH. Por outro lado, procuramos, também, identificar reflexões realizadas sobre a evolução do TEDH, ou seja, de cariz mais histórico, e sobre a relação que Portugal

² Projecto de investigação financiado pela Fundação para a Ciência e Tecnologia, com referência n.º PTDC/SDE/65652/2006, coordenado por Cecília MacDowell Santos.

vem estabelecendo com este tribunal. Por fim, de referir que demos ainda atenção a estudos que apontassem a forma como os direitos humanos são aplicados e salvaguardados e quais as motivações que se escondem por detrás do uso do direito internacional dos direitos humanos. Podemos, pois, dizer que este trabalho pretende ser uma primeira abordagem ao tema, onde se conta a história da relação do TEDH com Portugal e o contributo do TEDH para a construção de uma política de direitos humanos em Portugal.

1. A protecção dos direitos humanos no sistema europeu

Antes de passarmos à análise dos trabalhos e reflexões existentes sobre a relação que Portugal mantém com o TEDH, achamos necessário dar conta das abordagens que têm sido realizadas em torno dos sistemas de protecção dos direitos humanos. Alguns autores mostram que a regulação e a protecção dos direitos humanos, que anterior e historicamente eram monopólio dos Estados, foram, actualmente, tomados por actores trans-estatais (Goldstein e Ban, 2003). Neste tipo de análise procura-se mostrar a influência dos regimes trans-estatais no direito nacional e o papel do próprio direito na evolução da protecção e concepção dos direitos humanos. Há autores, no entanto, que destacam a continuidade da centralidade dos Estados no direito internacional e nos regimes de direitos humanos (Falk, 2000). Os Estados é que assinam as convenções e tratados internacionais, submetendo-se aos mecanismos transnacionais ou trans-estatais de protecção dos direitos humanos.

A consagração dos direitos humanos em normas internacionais e a incorporação destas em constituições nacionais são passos importantes para definir o âmbito de incidência do direito internacional dos direitos humanos. Mas não são suficientes para que estes direitos tenham um significado preciso e uma aplicação efectiva. É exactamente esta preocupação com a efectividade dos direitos humanos que encontramos em textos como o de António José Fernandes. Segundo o autor,

O respeito dos direitos humanos constitucional e convencionalmente consagrados e proclamados implica a existência de instâncias, instrumentos e mecanismos de protecção e de salvaguarda desses direitos. Por isso, e para o efeito, foram criadas instâncias e estabelecidos instrumentos e mecanismos de protecção dos direitos humanos, uns de dimensão mais universal, outros de âmbito regional. (Fernandes, 2004: 63)

Fernandes apresenta uma análise bastante detalhada da concepção de direitos humanos no Conselho da Europa. Por exemplo, no capítulo dedicado à evolução dos direitos humanos, é-nos apresentada uma perspectiva histórica que assenta na análise dos Estatutos do Conselho

da Europa e nas obrigações dos Estados membros. O destaque é dado à CEDH, que entrou em vigor em 1953.

A CEDH tem sido objecto de inúmeros estudos, na medida em que instituiu um sistema de protecção internacional dos direitos humanos totalmente inovador no domínio das relações internacionais. Nas palavras de Fernandes,

Pela primeira vez a razão do Estado pode ser posta em causa e curvar-se perante os direitos do indivíduo formalmente reconhecidos; e as arbitrariedades cometidas pelos Estados, por acção ou por omissão, podem ser apreciadas e sancionadas por órgãos internacionais instituídos para proteger os direitos dos indivíduos, desde que esses Estados hajam ratificado a Convenção, sem ressalvas atinentes aos artigos 25.º e 46.º, que tratam respectivamente do direito de recurso individual e do reconhecimento do carácter obrigatório da jurisdição do TEDH. (Fernandes, 2004: 72-73)

Apesar de ter um carácter mais prático, já que não se limita apenas à descrição da evolução histórica da CEDH, a abordagem de Fernandes peca, no entanto, pela falta de exemplos e dados empíricos. Ou seja, aquando da evolução da concepção de direitos humanos no seio da CEDH, não são apresentados e caracterizados os casos que espoletaram essa mesma evolução, nem tão pouco as transformações políticas e sociais a ela associada.

Nos termos da CEDH, os governos dos Estados-parte devem garantir a protecção dos direitos e das liberdades de todos os nacionais, e ao TEDH, instituído em 1959, compete velar pelo respeito efectivo dos direitos convencionalmente protegidos.³ Esta questão e o facto de qualquer cidadão nacional de um dos Estados-parte na CEDH ter a faculdade de reclamar junto do TEDH protecção jurídica em defesa dos seus direitos que considere terem sido violados são referidos em diversos estudos de carácter mais histórico e normativo (Black-Branch, 1996; Steiner e Alston, 1996). A exemplo de Fernandes, os autores destes estudos também deixam de examinar casos concretos e as motivações dos actores sociais que utilizam o TEDH.

Por outro lado, deparamo-nos com análises que apresentam a evolução dos diferentes mecanismos de protecção dos direitos humanos – europeu, africano e interamericano.⁴ Por

³ Direito à vida; direito à liberdade e à segurança; ao respeito da vida privada e familiar; à inviolabilidade do domicílio e da correspondência; à administração equitativa da justiça; à liberdade de pensamento, consciência e de religião; liberdade de expressão e de opinião; liberdade de reunião e de associação; liberdade de circulação e de escolha de residência; direito ao respeito pelos bens; direito de casar e de constituir família; direito de abandonar o país, incluindo o de que se é natural e nacional; direito de viver no Estado de que se é natural e nacional; direito de ser-se educado de acordo com políticas e religiosas de cada um.

⁴ A propósito do sistema interamericano ver Santos (2007). Aqui a autora analisa casos apresentados pelas Organizações Não-Governamentais (ONG) contra o Estado brasileiro, reflectindo sobre as estratégias das ONG e as respostas que o Estado tem dado às reivindicações em termos de direitos humanos.

exemplo, o trabalho desenvolvido por Steiner e Alston (1996), de cariz histórico e doutrinal, é considerado um verdadeiro manual sobre os direitos humanos e os diferentes sistemas de protecção. Outros estudos (cf. Goldstein e Ban, 2003) apresentam comparações entre os diferentes sistemas e consideram o sistema europeu como o mais bem sucedido, enumerando os factores de tal sucesso. Em primeiro lugar, a aceitação da CEDH é condição obrigatória para que os Estados façam parte da Comunidade Europeia e esta aceitação aparece como factor primordial do sucesso do sistema europeu. Em segundo lugar, as decisões da Comissão Europeia de Direitos Humanos, extinta em 1998 pelo Protocolo n.º 11, e do TEDH são incluídas na agenda do Conselho de Ministros até que o Estado afectado as cumpra, e o caso de incumprimento de uma decisão poderá trazer consigo a suspensão da Comunidade. Porém, estas análises alertam para o facto de que, na maioria dos casos, são objecto da atenção dos órgãos aspectos técnicos da lei e não violações de facto.

No caso do sistema europeu fica claro que a função inicial do TEDH era a de interpretar a CEDH, que inicialmente contemplava apenas os direitos civis e políticos e que se foi desenvolvendo de forma gradual. Por outro lado, estas reflexões apontam também a inexistência de uma protecção jurisdicional mais ampla e abrangente, já que o TEDH funciona apenas para fiscalizar as acções dos Estados que não respeitam os preceitos da CEDH.

Relativamente ao sistema europeu de protecção dos direitos humanos, encontramos na literatura também algumas críticas. Em primeiro lugar, a consagração dos direitos humanos em normas internacionais e nacionais não é suficiente para a aplicação efectiva destas normas (Fernandes, 2004: 63). Em segundo lugar, os Estados apenas se vinculam à apresentação periódica de relatórios sobre os progressos efectuados nas áreas sociais, embora esteja previsto um direito de queixa colectiva, a ser exercido pelas associações sindicais e patronais (Canor, 2000). Por outro lado, o sistema europeu é de natureza quase que exclusivamente judicial, onde os procedimentos, quer da ora extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos, quer do TEDH, se assemelham aos aspectos de julgamentos de facto. A literatura aponta que este sistema tem permitido às vítimas uma posição autónoma e os Estados têm respondido sempre e cooperado com estes dois órgãos, e quando confrontados com decisões adversas raramente têm ousado desobedecer.

Em jeito de síntese, podemos referir que os sistemas de protecção criados por organizações regionais, como no caso da Comunidade Europeia, optaram por um enfoque que atribui grande importância à decisão judicial independente após uma análise factual das alegações do não cumprimento ou das violações de direitos humanos. Estes sistemas são

baseados em tratados, o que de certa forma elimina dúvidas sobre a natureza obrigatória das decisões – estas são obrigatórias apenas para os Estados que ratificaram os tratados.

2. Portugal e a relação com o TEDH: Breve histórico

Portugal tornou-se membro do Conselho da Europa em 1976 e ratificou em 1978 a CEDH através da Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro de 1978, tendo entrado em vigor em 9 de Novembro do mesmo ano. Reconheceu também a ora extinta Comissão Europeia dos Direitos Humanos e o TEDH para apreciarem queixas por violação dos direitos aí reconhecidos.

Apesar de Portugal em 1976 possuir uma das constituições mais avançadas da Europa em matéria de direitos fundamentais, foram levantadas algumas reservas em matérias consideradas politicamente mais sensíveis como: a incriminação e o julgamento dos agentes e responsáveis da PIDE; a prisão disciplinar dos militares; o monopólio estatal da televisão; a proibição do *lock-out*; o serviço cívico para objectores de consciência; a proibição de organizações fascistas; as expropriações; e o ensino público e particular. Somente em 7 de Abril de 1987 foi publicada a Lei n.º 12/87, que procedeu à eliminação da maioria das reservas feitas em 1978 à CEDH.

Desde então, Portugal começou a fazer parte do sistema europeu de protecção dos direitos humanos. Consagrando um conjunto de direitos de diversa natureza (civis, políticos, económicos e culturais), a CEDH instituiu um mecanismo de garantia da aplicação desses direitos, através da criação de um órgão internacional independente, o TEDH, que tem por missão apreciar as queixas relativas à violação, pelos Estados, dos direitos previstos na CEDH. Eis pois que uma nova porta se abre àqueles que, tendo esgotado todos os meios judiciais e outros previstos na lei interna para reparar uma situação de violação dos seus direitos, não conseguiram, ainda assim, obter reparação suficiente por parte das autoridades do seu país.

Alguns estudos de cariz mais jurídico e normativo sobre a história dos direitos humanos em Portugal fazem referência ao papel que a ratificação da CEDH teve para o aprofundamento da democracia em Portugal e para a garantia dos direitos e liberdades fundamentais (Pais, 1997; Barreto e Campos, 2004). Marta Pais (1997) refere que, através da ratificação daqueles instrumentos, reafirmou-se o quadro de defesa e protecção dos direitos humanos; instituiu-se o direito de queixa individual perante a extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos e o TEDH por violação dos direitos e liberdades fundamentais reconhecidos pela CEDH e os seus protocolos adicionais; garantiu-se a realização dos direitos económicos, sociais e culturais inscritos na Carta Social Europeia;

estabeleceu-se um sistema de visitas periódicas a locais de detenção para avaliar a forma como são tratadas as pessoas privadas de liberdade e prevenir a tortura, as penas ou os tratamentos desumanos através da Convenção Europeia contra a Tortura; e assegurou-se a protecção de grupos vulneráveis (crianças e migrantes) particularmente através da adopção do Estatuto Jurídico das Crianças nascidas fora do casamento, da Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Decisões sobre a Guarda de Crianças, bem como através da ratificação do Estatuto do Trabalhador Migrante.

A literatura jurídica produzida em Portugal destaca, assim, a entrada do país no Conselho da Europa, permitindo ratificar um conjunto significativo de convenções, ocupando uma posição semelhante à de outros países europeus com dimensão ou situação geográfica idênticas, designadamente Espanha, França, Itália ou Irlanda. Todavia, esta literatura não contempla a análise dos impactos destas ratificações na realidade social e política do país, tal como acontece no trabalho desenvolvido por Goldstein e Ban (2003), onde os autores examinam a extensão das normas e leis que derivam da CEDH e que se transformam em direito nacional.

A literatura sobre o regime europeu de direitos humanos aponta o facto de os princípios da CEDH possuírem uma margem nacional de apreciação, o que significa que os Estados têm sempre em atenção os interesses nacionais aquando da apropriação da doutrina do TEDH. Estes estudos são essencialmente normativos e doutrinários (cf. Delmas-Marty, 1992; Clements *et al.*, 1999; Yourow, 1996) e não procuram ver as relações do TEDH com outras organizações e actores, nem perceber o seu papel enquanto mecanismo de produção do direito na Europa.

Perante este cenário, as reflexões feitas em Portugal sobre o TEDH seguem as correntes internacionais, centrando-se muito mais nas análises jurídicas e histórico-legais do que sociológicas. Encontramos uma ausência de reflexões sobre o impacto do TEDH nas sociedades e na própria cultura de direitos humanos. Este facto pode ser compreendido na medida em que alguns autores como Goldstein e Ban (2003) defendem que a CEDH e o TEDH são antes de mais um regime transnacional do que internacional, uma vez que as suas regras, normas e procedimentos não se conferem apenas e somente a uma interacção estatal. Logo, também os seus impactos não seriam apenas nacionais. Há, porém, posições contrárias a este argumento. Segundo Bruyn *et al.* (1997), a CEDH é operacionalizada primeiramente pelo direito nacional e pelos tribunais nacionais e somente alguns dos aspectos nacionais relativos a direitos humanos são alvo da CEDH e dos seus protocolos.

3. Discussões normativas sobre o TEDH e Portugal

Em termos normativos várias discussões e reflexões, como referido no ponto anterior, dão conta da importância do TEDH. Estas discussões começam sempre por enaltecer a importância da CEDH e a ratificação por Portugal em 1978. Barreto e Campos (2004), por exemplo, afirmam que a CEDH vincula o Estado português na ordem jurídica interna e na ordem jurídica internacional. Na hierarquia das fontes de direito, a doutrina mais significativa defende para a CEDH uma posição intermédia entre a lei constitucional e as leis ordinárias: subordinada hierarquicamente à Constituição, a CEDH tem, no entanto, valor supra legal, que fica expresso no papel desempenhado pelo TEDH. No entanto, desconhecemos as implicações reais e sociais desta vinculação jurídica. Por outro lado, não encontramos referências sobre o impacto e as alterações introduzidas pela CEDH e/ou pelo TEDH no direito nacional.

Fora de Portugal, existem algumas reflexões internacionais sobre o impacto das decisões do TEDH nas legislações nacionais e na política de direito (Goldstein e Ban, 2003). Nestas reflexões procura-se mostrar a forma como alguns dos países, de molde a prevenir futuras violações da CEDH, adoptaram novas leis cujo objectivo é o de permitir o reforço e incentivo de práticas que espelhem os padrões da CEDH. Alguns dos casos citados referem-se à introdução da CEDH e da jurisprudência do TEDH nos *curricula* das licenciaturas em direito; outras, de carácter mais informativo, têm como objectivo dar a conhecer a CEDH e a acção do TEDH junto da população em geral.

A realidade portuguesa é, por diversas vezes, analisada. Não só porque Portugal, como indicado em diversos relatórios de organizações internacionais, é um dos países da União Europeia com uma das taxas mais elevadas de violação de direitos humanos e de impunidade (Duarte, 2004; Santos, 2005), mas também porque algumas das decisões do TEDH permitiram ou provocaram mudanças no sistema judiciário português. A este respeito, Goldstein e Ban (2003) referem os casos *Sílvia Pontes v. Portugal* (1994); *Gama Cidrais v. Portugal* (1994) e *Lobo Machado v. Portugal* (1996) como responsáveis pela redefinição de todo o sistema judiciário português. Embora a análise não vá além desta constatação, os autores consideram Portugal um caso curioso: apesar de, em termos jurídicos, ter sido durante décadas reticente relativamente às regras do TEDH, em outras situações Portugal procedeu a reformas das práticas executivas e legislativas mesmo antes de o TEDH se pronunciar sobre elas. Por outras palavras, estes autores defendem que o simples facto de uma queixa ter sido registada em Estrasburgo contra Portugal foi suficiente, em algumas situações, para que o país procedesse a

uma reforma sobre a questão em conflito. Esta situação poderá encontrar argumentação no que os autores defendem de forte liderança política e judicial na década de 1990.

O TEDH tem indubitavelmente um papel de controlo do direito da União Europeia, uma vez que a evolução do direito europeu dos direitos humanos permite, segundo Duarte:

[...] por um lado, o alargamento contínuo do âmbito substantivo dos direitos e liberdades proclamados e, por outro lado, uma modificação qualitativa no sistema judicial de protecção introduzida pelo Protocolo n.º 11 (1 de Novembro de 1998), que fez do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem uma instância judicial permanente, de competência obrigatória. (Duarte, 2006: 1749)

Fernandes (2004: 78) adverte para o facto de, “apesar do Protocolo Adicional n.º 11 ter reforçado o carácter judiciário do sistema de protecção dos direitos humanos, os mecanismos de protecção (...) continuam a ter uma eficácia relativa, ora porque os Estados se retraem em acusar os seus parceiros (outros Estados) perante o TEDH, ora porque a esmagadora maioria dos requerimentos-queixa apresentados são considerados inadmissíveis”.

Apesar de os estudos jurídicos destacarem a inadmissibilidade da maior parte dos requerimentos-queixas apresentados ao TEDH, não encontramos a mesma preocupação relativamente ao impacto do TEDH no direito nacional. De facto, enquanto a bibliografia sobre a CEDH e a relação com o direito comunitário é significativa, nomeadamente na área jurídica, as referências e estudos sobre a relação entre o TEDH e Portugal são escassas. Mesmo em estudos sobre a evolução dos direitos humanos em Portugal as alusões à relação com o TEDH e com a CEDH são quase nulas, ao passo que, como na obra de Fernandes (2004), por exemplo, há um grande enfoque na evolução da democracia em Portugal e na forma como os direitos foram evoluindo. Esta evolução centra-se na análise minuciosa da Constituição portuguesa.

Não que esta ausência signifique o desinteresse dos investigadores e teóricos sobre o tema. De facto, foram realizados alguns estudos sobre a importância do TEDH. Num artigo recente, Albuquerque (2007) apresenta e define o TEDH como o mais importante tribunal internacional de direitos humanos, demonstrando essa importância através da apresentação de alguns casos cuja violação de direitos “obrigou” o próprio TEDH a repensar algumas das suas posições. Também nesta linha, Irineu Cabral Barreto, juiz português em Estrasburgo, entende o TEDH como o guardião da ordem jurídica europeia, a última porta à qual podem bater todos aqueles que foram vítimas de violações dos direitos humanos e que não obtiveram no nível interno a reparação adequada (Barreto, 2004).

Estes estudos e reflexões dão conta da importância do TEDH, mas não incidem especificamente sobre a relação deste com Portugal. Uma das poucas referências encontradas aparece-nos como uma espécie de manual, procurando explicitar os principais critérios para que um indivíduo possa processar o Estado, quer junto dos tribunais nacionais, quer junto do TEDH (Alves, 2007). Nesta obra, Alves aponta ainda para a fraca divulgação em Portugal da CEDH e dos seus protocolos adicionais. O autor alerta para o facto de a CEDH raramente ser estudada, o que conduz a uma não aplicação no quadro jurídico nacional das normas de direitos humanos. Para além disso, a jurisprudência do TEDH é, genericamente, desconhecida ou ignorada. Barreto (2004: 30) aponta que “se os magistrados conhecessem a CEDH e sobretudo se eles fossem obrigados a aplicar a CEDH mesmo contra a legislação interna, um grande número de violações dos direitos humanos seria reparado ao nível interno”.

Neste sentido, poderíamos argumentar que este desconhecimento, quer da CEDH, quer do TEDH, é uma das explicações da escassez de estudos sobre o TEDH em Portugal. Acresce que algumas referências têm mostrado que Portugal não tem tido uma posição contenciosa pesada, nem em termos quantitativos nem qualitativos (Gaspar, 2004). Do ponto de vista quantitativo, Portugal conta com poucas queixas no TEDH em comparação com outros países da Europa (Miguel, 2004). Do ponto de vista qualitativo, as queixas não se referem, segundo a literatura, a violações graves de direitos humanos (Gaspar, 2004). Assim sendo, poderíamos, também, sugerir que a baixa litigiosidade, seja quantitativa, seja qualitativa, explique a já mencionada escassez de estudos.

Reflexões mais abrangentes e gerais sobre a evolução do número de queixas apresentadas por ano no TEDH, como a levada a cabo por Boyle e Thompson (2001), estabeleceram e avaliaram a correlação existente entre o número de queixas de determinado Estado e o seu sistema político. Outras referem que a elevada percentagem de queixas individuais inadmissíveis deve-se ao facto de muitos requerimentos-queixas não respeitarem as condições de admissibilidade exigidas, sobretudo por serem redigidos em termos injuriosos e insultantes das autoridades governamentais e judiciais do Estado acusado e por serem apresentados antes de se terem esgotado todas as vias de recurso existentes no país do requerente (Barreto, 2004).

No entanto, apesar da relatividade da sua eficácia, a quase totalidade dos acórdãos do TEDH tem sido cumprida e executada pelos Estados-parte visados, mesmo não existindo uma polícia europeia para fiscalizar a exigência da sua execução. Segundo Fernandes (2004: 78), este facto pode encontrar explicação no argumento do “bom nome dos Estados”, pois as

decisões de um tribunal internacional são geralmente objecto de publicidade nos meios de comunicação social. As razões que poderão pesar no caso português estão relacionadas com o que algumas reflexões apontam como o duplo valor da CEDH no direito português. Por um lado, é directamente aplicável na ordem interna e, por outro, as suas normas e princípios servem de paradigma na interpretação e integração das normas constitucionais correspondentes. Isto é, as normas constitucionais referentes a direitos fundamentais devem, segundo Sousa (2004), ser interpretadas e integradas de acordo com a interpretação das correspondentes normas da CEDH. Nesta linha, há quem defenda que as normas internas contrárias à CEDH são indirectamente inconstitucionais (Sousa, 2004).

4. Estudos sobre os casos de jurisprudência

Se no caso das discussões normativas sobre a relação entre Portugal e o TEDH não encontramos muitos estudos, também nas análises da jurisprudência nos deparamos com algumas insuficiências, não obstante algumas abordagens a nível macro sobre as decisões do TEDH. Há também estudos, como o de Lima Jr. (2005), onde se desenvolvem comparações entre a aplicação das sentenças nos diferentes regimes de protecção dos direitos humanos. Neste estudo, Lima Jr. compara o TEDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, procurando demonstrar a viabilidade da protecção dos direitos humanos económicos, sociais e culturais. Ao trazer à luz as sentenças dos referidos órgãos internacionais relativamente à protecção dos direitos humanos económicos, sociais e culturais, o autor almeja influenciar o Poder Judiciário brasileiro na adopção de perspectiva semelhante, tendo por base a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de protecção dos direitos humanos.

Deparámo-nos com alguns trabalhos sobre os direitos humanos na União Europeia com base na análise da jurisprudência do TEDH, incluindo algumas das queixas apresentadas contra Portugal. Ahmed e Butler (2006), por exemplo, examinam a relação entre o TEDH e a União Europeia, mais concretamente o Tribunal de Justiça Europeu. Nesta análise, os autores fazem referência ao caso Portugal vs. Austrália [1995] relativamente ao direito à autodeterminação de Timor-Leste. Porém, este exemplo é utilizado apenas para mostrar como os Estados podem também apresentar queixa contra outro Estado, não sendo realizada uma análise mais detalhada sobre esta matéria e os direitos substantivos aqui envolvidos.

Outras reflexões sobre alguns dos direitos salvaguardados pela CEDH fazem, também, referência a casos portugueses. Temos, por exemplo, a análise da jurisprudência relativa ao

direito à propriedade, desenvolvida por Çoban (2005) e Fabri (2002), respectivamente. No primeiro estudo, os casos apresentados perante o TEDH são analisados para perceber a forma como o direito à propriedade é interpretado à luz da CEDH (Çoban, 2005). Em alguns casos, o TEDH interpretou ser este direito apenas devido ao atraso do pagamento dos Estados aos proprietários no caso das expropriações – aqui encontramos referência ao caso Garret, Mascarenhas Falcão e outros v. Portugal [2000]. Neste caso, o TEDH não esperou pelo fim do processo nos tribunais nacionais, uma vez que tinham passado 24 anos, e condenou o Estado português ao pagamento da indemnização aos requerentes, baseando-se no princípio de violação do direito à propriedade.

Çoban (2005) analisa outros casos em que procura estabelecer a relação entre o direito à propriedade e a inflação. O autor socorre-se do caso Estima Jorge v. Portugal [1998], onde o TEDH adverte que o impacto da inflação deverá ser tido em conta em situações de demora processual. Neste caso específico, a queixosa afirmava que foram necessários 13 anos para executar uma dívida e que este atraso implicou a perda de dividendos devido à inflação registada no país. O TEDH veio dar-lhe razão, condenando o Estado português a pagar uma indemnização por danos sofridos. Çoban (2005) sustenta, ainda, que o TEDH se preocupou em analisar o direito violado, procurando que a indemnização correspondesse não apenas ao valor exacto a ser pago pelo Estado, mas que representasse uma compensação pelo atraso no pagamento. De acordo com o autor, o TEDH por diversas vezes procura que as suas decisões reflectam um grau de justiça social.

Este comportamento pode levar-nos a afirmar que, para além de aplicar a CEDH, o TEDH procura, ao mesmo tempo, que essa aplicação seja o mais justa e equitativa possível. Contudo, também na análise deste caso não há qualquer referência ao pós decisão, ou seja, não há uma reflexão sobre o impacto que este tipo de decisão teve no direito nacional e na efectividade da lei, já que o que aparentemente está aqui em causa é a demora das autoridades portuguesas na aplicação do direito.

No segundo estudo (Fabri, 2002), apesar de ser uma análise muito centrada na evolução do direito à propriedade na CEDH, a autora cita dois casos portugueses, relativos às expropriações, para ilustrar a posição do TEDH sobre esta temática.

Em outras áreas, como a do direito dos menores, encontramos, de igual modo, reflexões sobre a forma como o TEDH tem procedido. No estudo desenvolvido por Dumitriu-Segnana (2006), há referência a casos portugueses, nomeadamente a queixa apresentada por Salgueiro da Silva Mouta [2001], relativa à regulação do poder paternal, onde o autor alega perante o

TEDH ter sido alvo de discriminação pelos tribunais nacionais. De notar que este foi um dos casos mais mediáticos na sociedade portuguesa. A autora caracteriza o caso como bastante interessante, uma vez que se trata de discriminação de um dos pais – discriminação em função da orientação sexual. Porém, não entra em análises mais detalhadas sobre o impacto desta decisão do TEDH na legislação nacional. O que depreendemos destas abordagens é que se limitam à análise da actuação do TEDH e os direitos em causa, não descortinando quais as repercussões para os Estados condenados. Assim sendo, os estudos internacionais não diferem muito da literatura nacional, apresentando-se bastante descritivos e acrescentando muito pouco à reflexão sobre os direitos humanos e o papel do TEDH em contextos nacionais.

Olhando para as análises da jurisprudência do TEDH publicadas em Portugal, Albuquerque (2007: 48) afirma que este tribunal é a instituição internacional com “a mais antiga e volumosa jurisprudência sobre direitos fundamentais do ser humano”. No entanto, este e outros trabalhos semelhantes limitam-se a descrever alguns dos casos e apresentar os principais resultados e soluções, sem uma reflexão sócio-jurídica do impacto de tais decisões nos Estados. Albuquerque (2007) menciona um caso apresentado contra Portugal, mas a análise limita-se a uma breve apresentação do conteúdo da queixa, sem uma reflexão sobre os direitos e conflitos em causa e sobre a importância desta decisão para a sociedade portuguesa.⁵ Ou seja, denotamos, nestas análises, a falta de uma reflexão sociológica dos impactos que a jurisprudência poderá ter no campo dos direitos humanos.

Alguns dos casos e queixas são-nos ainda apresentados pelos meios de comunicação social. Por exemplo, de acordo com uma notícia publicada no jornal *Diário de Notícias* de 5 de Fevereiro de 2006, o Estado português foi 127 vezes réu nos últimos seis anos no TEDH, em 99% dos casos devido à morosidade da sua justiça.⁶ De 1999 a 2005, foi 70 vezes condenado a indemnizar os queixosos; em outros 53 processos optou pelo acordo; as absolvições foram apenas quatro. O referido artigo sublinha que “desde 1978 quando Portugal ratificou a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o Estado Português já pagou mais de 200 indemnizações, quase todas por causa de atrasos na justiça”. Mais recentemente, em Abril de 2007, o jornal *Público* noticiou a condenação do Estado português por violação do direito à

⁵ A título de ilustração, vale transcrever as seguintes palavras de Albuquerque sobre o caso em questão: “No caso Magalhães Pereira v. Portugal, de 2002, o Tribunal considerou verificada uma violação do artigo 5, parágrafo 4, por a revisão da detenção de um inimputável ter ocorrido dois anos, seis meses e dezoito dias depois de ele ter interposto o primeiro pedido de libertação, apesar de se ter ausentado para morada conhecida do tribunal por um período de sete meses, e por a decisão judicial ter sido tomada com base em relatório médico obtido um ano e oito meses antes. Por outro lado, a nomeação de defensor oficioso que não teve qualquer participação no processo não satisfazia o mesmo preceito da Convenção” (Albuquerque, 2007: 71)

⁶ “Portugal condenado por lentidão dos Tribunais”. *Diário de Notícias*. 05.Fev.2006.

liberdade de expressão.⁷ De acordo com a notícia, o TEDH entendeu que a justiça portuguesa violou o art. 10.º da CEDH, que garante a todas as pessoas a liberdade de expressão. Porém, esta decisão não é inédita. Já em 2005, o TEDH tinha sancionado o Estado português por violação do direito à liberdade de expressão por haver condenado o director do jornal *Voz do Nordeste* por difamação num artigo de opinião. Estas duas notícias apresentam casos em que as decisões do TEDH são contrárias às dos tribunais nacionais.

Embora a comunicação social dê alguma visibilidade aos casos julgados no TEDH em que o Estado português é condenado, não existem reflexões académicas sobre o impacto que esta visibilidade tem quer na definição de políticas públicas de direitos humanos, quer na alteração do próprio ordenamento jurídico.

Ainda assim, alguns dos artigos publicados, maioritariamente em revistas jurídicas, procuram caracterizar quantitativamente as queixas apresentadas contra Portugal. Em regra, estes estudos limitam-se a uma descrição normativa dos tipos de requerimento-queixa, não examinando os tipos de conflitos sociais a que se vinculam.

De acordo com a literatura, a larga percentagem de queixas contra Portugal envolve a ofensa do direito a decisão em prazo razoável. Encontramos também algum contencioso no âmbito dos maus-tratos por ocasião da actuação de agentes de autoridade; a violação dos direitos sobre o respeito da vida privada e familiar (art. 8.º); liberdade de expressão (art. 10.º); liberdade de associação; e o direito ao respeito dos bens (art. 11.º).

Os estudos mostram que, no sistema da CEDH, Portugal não tem tido uma posição contenciosa pesada. João Miguel (2004) argumenta que as queixas apresentadas contra Portugal têm um peso bastante reduzido no total de queixas apresentadas no TEDH. Utilizando a estatística do ano de 2002, o autor mostra que o número total de queixas apresentadas contra Portugal não representa mais do que 1% do total de queixas entradas no TEDH – “em 2002, foram 245, menos de 1% do total de queixas (30.828), mas superior aos dos anos anteriores, 221 em 2000 e 222 em 2001” (Miguel, 2004: 33). Este estudo refere ainda que destas queixas apenas 27 (11%) foram transmitidas ao governo português para que este se pronunciasse sobre a sua admissibilidade. No final, somente 22 queixas foram consideradas admissíveis. Por outro lado, das decisões proferidas em 2002 (33), em 14 casos foi decidido que se verificava pelo menos uma violação à CEDH, em 18 outras houve acordo amigável e o restante foi retirado da tabela. De notar que estes valores são muito próximos de alguns países da União Europeia, como nos casos do Reino Unido, Grécia e França (Miguel,

⁷ “Futebol: Tribunal Europeu dá razão a José Manuel Mestre em caso de difamação”. *Público*, 26.Abril.2007.

2004). Ora, o que este estudo demonstra, por um lado, é que o peso das queixas contra Portugal é reduzido, e por outro, que os valores não são discrepantes dos restantes países da União Europeia. Esta constatação é reforçada por Gaspar (2004), que afirma que a larga percentagem de queixas contra Portugal apresentadas ao TEDH envolve a ofensa do direito a decisão em prazo razoável.

5. Debates jurídicos e organizacionais sobre o futuro do TEDH

Além da caracterização normativa das queixas, alguns estudos centram-se em debates jurídicos e organizacionais sobre o futuro do TEDH. Tal como já referimos, algumas correntes (Bruyn *et al*, 1997) defendem que a CEDH deveria ser operacionalizada primeiramente pelo direito nacional e pelos tribunais nacionais, e somente alguns dos aspectos relativos a direitos humanos, aspectos mais graves, seriam alvo da CEDH e dos seus protocolos. Mas esta corrente não encontra unanimidade. Alguns autores defendem que é graças aos esforços dos órgãos internacionais de supervisão nos planos global e regional, como o TEDH, que se reparam muitos dos danos denunciados e comprovados, se põe fim a práticas administrativas violadoras dos direitos garantidos, se alteram medidas legislativas, e se adoptam programas educativos e outras medidas positivas por parte dos governos. Por exemplo, em reflexões como a de Trindade (1997), fica patente o papel que os regimes de protecção dos direitos humanos desempenham nas sociedades e democracias contemporâneas, mas também as dificuldades que estes mecanismos enfrentam. Não obstante os seus resultados, Trindade afirma que:

Estes órgãos de supervisão internacional defrontam-se hoje com grandes problemas, gerados em parte pela modificação do cenário internacional, pela própria expansão e sofisticação do seu âmbito de actuação, pelos continuados atentados aos direitos humanos em numerosos países, pelas novas e múltiplas formas de violação dos direitos humanos que deles requerem capacidade de readaptação e maior agilidade, e pela manifesta falta de recursos humanos e materiais para desempenhar com eficácia seu labor. (Trindade, 1997: 169)

Outro debate sobre o futuro do TEDH prende-se com as suas características processuais. O processo de apresentação de uma queixa junto do TEDH é fácil e simples. Esta simplicidade é, para Barreto (2004), a causa principal de dificuldades do TEDH, na medida em que representa uma sobrecarga, um crescimento exponencial do número de queixas individuais. Por exemplo, em 2002 foram apresentadas 30.000 queixas, havendo muitos processos pendentes – até fim de Outubro de 2003 existiam 65.000 queixas pendentes. Para

alguns autores, o futuro do sistema deve repousar sobre a reparação individual, sendo necessário dar ao TEDH a função de um verdadeiro tribunal constitucional europeu (ECHR, 2000). Outros sustentam que a ideia central deve continuar a mesma e, independentemente das reformas, deve respeitar-se o recurso individual, ou seja, a legitimidade processual do TEDH deverá continuar a assentar no direito de queixa individual (Leuprecht, 1998).

Esta questão está a ganhar cada vez mais importância, de tal forma que o novo presidente do TEDH, em Janeiro de 2008, veio afirmar que este tribunal corre o risco de paralisar, dado que o número de queixas apresentadas não cessa de aumentar: em 2005 foram apresentadas 45 mil queixas; e em 2006, 50 mil. No início de 2007, 90 mil queixas estavam pendentes de apreciação. Oito dos 46 países do Conselho da Europa representam 70% das sentenças proferidas, encabeçando a Turquia a lista, embora seja também o país que mais progresso fez (ECHR, 2000; Council of Europe, 2002).

A preocupação mais marcante destas abordagens está em demonstrar que com a criação do TEDH se deu pela primeira vez, aos indivíduos, acesso a um sistema internacional jurisdicionalizado de protecção dos direitos humanos. Este argumento está bem patente no artigo de Barreto e Campos (2004), onde os autores sublinham que a CEDH não só reconhece certos direitos aos indivíduos, como lhes dá acesso a um sistema de garantia de tais direitos, através do qual os Estados podem ser responsabilizados pelas violações das suas obrigações internacionais a este nível. Quer dizer, pela primeira vez o indivíduo passou a ser sujeito, e já não apenas objecto, de direito internacional. Esta foi, de facto, uma das grandes conquistas da protecção internacional dos direitos humanos, como salienta Trindade (1997). Ou seja, em termos históricos, o acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de protecção e o reconhecimento da sua capacidade processual internacional em casos de violação de direitos humanos foi um grande passo em termos de protecção e salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais.

Contudo, o passo seguinte, a ser dado no século XXI, consistiria na garantia da igualdade processual (*equality of arms/égalité des armes*) entre os indivíduos demandantes e os Estados demandados, na vindicação dos direitos humanos protegidos. Argumenta Trindade (1997: 170-171) que, ao insistirmos não só na personalidade jurídica, mas igualmente na plena capacidade jurídica dos seres humanos no plano internacional, estamos a ser fiéis às origens históricas do direito internacional.

Por outro lado, alguns autores defendem que o grande desafio dos regimes de protecção dos direitos humanos se prende com a adopção e aperfeiçoamento de medidas nacionais de

implementação de uma cultura de direitos humanos (Drzemczewski, 1983; Barkhuysen *et al.*, 1999; Janis *et al.*, 2000). Esta responsabilidade reside nos Estados e deve ser entendida como uma responsabilidade primária pela observância dos direitos humanos. Convém notar que as próprias normas internacionais de direitos humanos atribuem importantes funções de protecção aos órgãos dos Estados. Assim sendo, os Estados-parte contraem a obrigação geral de adequar o seu ordenamento jurídico interno à normativa internacional de protecção a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos.

O estudo de Trindade (1997) salienta precisamente que o direito internacional e o direito interno se encontram em constante interacção. É a própria protecção internacional que requer medidas nacionais de implementação das normas de direitos humanos, assim como o fortalecimento das instituições nacionais vinculadas à vigência plena dos direitos humanos. Resumindo, nestas cinco décadas de experiência acumulada nesta área, a literatura jurídica aponta que houve um claro progresso, sobretudo na *jurisdicionalização* da protecção internacional dos direitos humanos. Mas este progresso não tem sido linear. Tem havido momentos históricos de avanços, mas também de retrocessos (cf. Trindade, 1997).

No entanto, nos debates jurídicos acima referidos não tem havido lugar à discussão sobre o sujeito activo, qual o seu papel e quais as suas motivações. Em Portugal, não tem havido, igualmente, a preocupação em estudar o uso do TEDH numa perspectiva sócio-jurídica, sendo ausentes as análises sobre as razões, mesmo individuais, que estão por detrás da apresentação de uma queixa ao TEDH.

6. Abordagens sobre aspectos políticos, históricos e sociológicos do TEDH

Consideramos que seria pertinente nesta revisão bibliográfica apresentar, também, algumas das reflexões e abordagens sobre aspectos políticos e históricos do TEDH e da CEDH. Apesar de estes estudos não se debruçarem sobre as motivações dos actores ou sobre o impacto da jurisprudência do TEDH no direito nacional, podem contribuir para a compreensão da relação que Portugal teve e mantém com o TEDH. Por outras palavras, a compreensão das abordagens políticas, históricas e sociológicas do TEDH poderão permitir-nos um melhor entendimento do uso do direito pelos indivíduos e a forma como este uso contribui para a criação ou consolidação de uma cultura de direitos humanos.

Constatamos que alguns dos estudos de cariz mais histórico se centram na evolução do regime de protecção de direitos e no seu alargamento. Estas análises procuram, de certa

forma, dar conta não apenas dos factos históricos, mas perceber quais os impactos da adesão do Estado à CEDH em termos de direitos humanos. É o caso do estudo de Goldstein e Ban (2003), já citado por diversas vezes. Os autores procuram caracterizar o alargamento jurisdicional do que consideram o regime transnacional de direitos humanos com maior sucesso. Para tal seleccionam diversos países, entre os quais Portugal. A escolha dos países tem por base o critério de adesão ao Conselho da Europa. A escolha de Portugal, à semelhança da Espanha, é justificada dentro do primeiro alargamento nos anos 1970 e tendo por base razões políticas, já que ambos os países passaram por regimes ditatoriais e foram excluídos, inicialmente, da Comunidade Europeia. Segundo os autores, estes países representam, em conjunto com a Grécia – que, apesar de ter assinado a CEDH em 1950, apenas a ratificou em 1969, tendo entrado em pleno somente em 1974 –, interessantes transições de regimes ditatoriais para Estados de Direito.

Portugal é caracterizado como um país que experienciou longas décadas de descontinuidade na prática do direito; falhou o período de formação da Comunidade Europeia; e onde a recepção da CEDH até à década de 1990 era bastante fria. Por outro lado, a Constituição portuguesa especificava no n.º 2 do artigo 16.º apenas um tratado internacional, cujas normas nacionais estariam de acordo e segundo o qual seria construída a Constituição: a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Dando conta também do falhanço da revisão constitucional de 1982 no que respeita à incorporação na Constituição portuguesa da CEDH, este motivo poderá ser, em nosso entender, uma das explicações para o reduzido número de reflexões e estudos sobre a CEDH e o TEDH no país.

Esta situação fez com que durante muito tempo o Tribunal Constitucional não promovesse activamente a CEDH como uma base normativa para os tribunais nacionais. Assim, autores como Leandro (2000) afirmam que em Portugal, até meados dos anos 1990, a maioria dos juristas e juizes defendiam que a Constituição ia mais além, superando mesmo a CEDH em termos da protecção dos direitos individuais. Contudo, em 2002, há uma forte mudança no sentido de as normas nacionais de direitos humanos estarem em conformidade com a CEDH. Esta mudança foi promovida e debatida pelo Tribunal Constitucional. Este Tribunal notou especificamente que, apesar de o texto da Constituição portuguesa oferecer uma protecção mais detalhada em termos de direitos humanos do que a linguagem usada pela CEDH, a jurisprudência e os precedentes do TEDH seriam usados para fortalecer o significado de direitos.

Alguns estudos referem que, apesar da ratificação da CEDH e dos seus protocolos, Portugal nunca levou muito a peito a divulgação da CEDH na ordem interna, nem a publicação das decisões do TEDH. Neste sentido, não se criou um instituto de direitos humanos, análogo aos que existem em vários países europeus, nem se publicou nenhuma compilação das decisões do TEDH, e muito menos estas foram traduzidas para a língua portuguesa. Por outro lado, em Portugal também não houve incentivos aos estudos de direitos humanos. Não são ensinados nas escolas secundárias, e nas faculdades de direito ficam secundarizados nas cadeiras de direito constitucional e desligados de todo o alcance prático. Os resultados desta omissão e desta inércia do Estado, das universidades e dos juristas portugueses revelam-se no desconhecimento geral da CEDH e da jurisprudência do TEDH quer por parte dos tribunais superiores, quer pelos advogados e cidadãos em geral.

Estas razões podem explicar, segundo Cavagna e Monteiro (2002), o facto de os tribunais nacionais não fazerem uso da jurisprudência do TEDH. Ou seja, segundo estes autores, a interpretação feita da Constituição e do direito portugueses levou a que, durante algumas décadas, os tribunais nacionais não usassem as resoluções do TEDH e não as aplicassem à realidade nacional. Esta posição pode, a par das outras já avançadas, também ajudar a explicar a escassez de análises sobre o TEDH e o fraco conhecimento que a sociedade portuguesa parece ter, já que Portugal foi bastante lento a implementar a CEDH (Goldstein e Ban, 2003). É já em pleno século XXI que o Tribunal Constitucional português se empenha em “adoptar” a doutrina legal da CEDH. Goldstein e Ban (2003) destacam que este movimento foi bastante tardio quando comparado com outros países onde a doutrina da CEDH é “uma velha história”, como é o caso da Holanda, da Alemanha e até de Espanha.

Outras reflexões, mais gerais, dão também conta que estudos jurídicos e políticos continuam a abordar os direitos humanos a partir de uma analogia com os direitos fundamentais contemplados nas Constituições nacionais (Koerner, 2003). Koerner adverte, porém, que a abordagem histórica das normas de direitos humanos é pouco útil devido a todas as transformações ocorridas no direito das democracias contemporâneas. Destaca o autor que “a concepção de rede, sistema aberto ou jogo entre estrutura normativa e orientações de acção abrem novas perspectivas de análise do Direito e de uma concepção que não seja jurídico-formal dos direitos humanos” (Koerner, 2003). Ora, é exactamente este tipo de análise que escasseia em Portugal.

Centrando-nos nas abordagens políticas, verificamos que estas se referem na sua maioria à autoridade política à qual é atribuído o papel de reconhecer, proteger e promover os

direitos humanos, mas que inversamente pode praticar graves violações. Neste sentido, algumas das reflexões agrupam-se em torno da soberania dos Estados e baseiam-se em mudanças que tendem à formação de uma ordem global num sistema de Estado (Fernandes, 2001). Por outro lado, análises como a de Koerner (2002) mostram que na literatura sobre direitos humanos é atribuído um papel predominante à ordem política estatal. É difícil encontrar algum autor que defenda o predomínio exclusivo da ordem política internacional, onde os direitos humanos seriam a carta dos direitos fundamentais, para os direitos estatais, os quais estariam sujeitos à norma de reconhecimento daqueles.

Entretanto, não podemos deixar de referir que os direitos humanos fazem parte do espaço público democrático e não são apenas temas ou objecto de disputa política. Eles têm um carácter produtivo e positivo em relação às decisões colectivas, pois a participação activa de actores colectivos que pretendem tornar efectivas as normas de enunciado do universal provoca deslocamentos no debate público, uma vez que as suas exigências interpelam os demais actores que devem responder a elas. Esses deslocamentos ocorrem mesmo quando o conteúdo dos discursos de direitos humanos é negativo, isto é, de denúncia de violações ou da carência de determinados bens para uma parcela da população (Koerner, 2003).

Outros estudos de cariz mais sociológico (Barkhuysen *et al.*, 1999; Arold, 2007; Christou e Pablo, 2005) procuram quer demonstrar a relação do TEDH com os tribunais internacionais e a forma como as normas produzidas pelo TEDH são incorporadas no direito nacional, quer ressaltar a importância de outros actores envolvidos, nomeadamente dos juízes do próprio tribunal e a forma como estes, através das suas decisões, contribuem para a construção de uma cultura de direitos humanos. Ou seja, no campo da sociologia do direito encontramos estudos que, apesar de centrados também em aspectos jurídicos, procuram descortinar as implicações sociais das práticas jurídicas.

Uma outra área de reflexão no campo dos estudos sociológicos diz respeito às implicações dos direitos humanos na concepção de cidadania. Exemplo disto é o estudo de Teixeira Fernandes (2001) sobre a problemática da “cidadania europeia”. O autor refere-se a uma concepção universal de cidadania europeia que, a seu ver, não deve conhecer fronteiras culturais. Apesar de ignorar as críticas que podem ser feitas a uma concepção universalista e monocultural dos direitos humanos (cf. Santos, 1997), o estudo de Fernandes merece destaque por relacionar o recurso ao TEDH com a construção de uma cidadania “europeia”.

Por fim, citamos os estudos de cariz mais histórico e sociológico como os levados a cabo por Mikael Madsen, onde a questão do contexto e da formação do TEDH têm bastante

relevância e onde é demonstrada a relação entre o político e o jurídico. Estes estudos trilham uma análise da política do direito numa perspectiva histórica mas também empírica, já que se centram em casos concretos da França e da Inglaterra (cf. Madsen, 2004 e 2007) e onde são abordados outros actores, como as redes de advogados e a forma como estes se capacitam para a defesa e a promoção dos direitos humanos.

É necessário proceder, em Portugal, a este tipo de análise. De acordo com Sousa (2004: 8), se o que está hoje em causa é a “criação de novos espaços políticos, a ampliação do espaço público, a criação de novas identidades e novos sujeitos colectivos, capazes de aprofundar os direitos humanos no próprio processo de luta pela democracia, então os tribunais adquirem uma importância cada vez maior na protecção dos indivíduos”. O autor acrescenta que “os tribunais, e em primeira linha o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, podem desempenhar aqui um papel decisivo no alargamento do bloco de constitucionalidade jurisprudencial em que esses direitos se cristalizam” (Sousa, 2004: 8).

É fundamental ainda destacar a atenção que tem sido dada à componente política dos direitos humanos e às discussões em torno da eficácia jurídica dos mesmos, de que são exemplo as reflexões conduzidas por Risse e Sikkink (1999) e Barnhizer (2001). Nesta perspectiva, caberia questionar a eficácia do TEDH e reflectir sobre os efeitos das sanções impostas aos Estados. Uma reflexão essencialmente sobre os efeitos políticos, sociais e culturais das decisões do TEDH tem ficado por fazer na realidade portuguesa, apesar de ser extremamente difícil medir estes efeitos.

Lembramos, por fim, não apenas dos limites do uso dos tribunais nas lutas em defesa dos direitos humanos. Como explica Santos (2002: 283), o Estado continuará a ser um foco das lutas em defesa dos direitos humanos, porque o Estado é tanto violador quanto garante e protector das normas de direitos humanos. Além disso, Santos (2008) argumenta que a concepção universal e abstracta dos direitos humanos é uma resposta “fraca” para as perplexidades apresentadas pelas desigualdades sociais e económicas globais e pela diversidade de experiências e de concepções do que se denomina de “dignidade humana”.

Considerações Finais

Como observado ao longo do presente texto, concluímos que a maioria dos estudos e reflexões sobre a mobilização judicial dos direitos humanos assenta em discussões normativas e jurídicas. Tanto os estudos nacionais como os internacionais, centrados sobretudo no papel

do TEDH, situam-se no plano normativo e histórico, funcionando mais como manuais do que reflexões críticas.

No âmbito da jurisprudência, demos conta da escassez de estudos encontrados na literatura nacional. Alguns estudos internacionais examinam casos apresentados contra o Estado português. Contudo, estas análises não dão conta da forma como os casos podem contribuir para um reforço da cultura de direitos humanos. Por outro lado, também não referem quais as motivações dos indivíduos no uso transnacional do direito.

Sobre a realidade portuguesa, e em termos de jurisprudência, é referido por diversas vezes na literatura que os casos apresentados no TEDH não representam graves violações de direitos humanos. Mas não podemos negar que o Estado português foi condenado por diversas vezes, conforme divulgado com alguma frequência pelos meios de comunicação social. E tanto os casos como o mediatismo que eles atingem não têm sido alvo de reflexões e estudos de cariz empírico e sócio-jurídico. De facto, não encontramos estudos que incidam sobre as motivações das vítimas e as características dos conflitos em questão. Os estudos existentes são, à semelhança do que encontramos no contexto europeu, normativos e descritivos da jurisprudência produzida pelo TEDH, não havendo investigações sobre os actores envolvidos nos litígios e sobre as suas possíveis relações com instituições extrajudiciais, tais como os meios de comunicação social e as Organizações Não-Governamentais.

As análises políticas e históricas sobre o TEDH são interessantes, mas não tratam especificamente da mobilização judicial e transnacional dos direitos humanos. A discussão histórica e política das instituições interessa-nos para contextualizar o objecto deste projecto. A nossa perspectiva, porém, é a de realizar uma etnografia dos tribunais. Nesta perspectiva, pretendemos traçar o caminho dos casos apresentados ao TEDH desde a sua origem nos tribunais portugueses até o seu retorno, procurando compreender os conflitos que deram início a estes casos em Portugal e o tipo de mobilização do direito internacional dos direitos humanos levada a cabo pelos portugueses. Neste sentido, o projecto procurará preencher algumas das lacunas identificadas na literatura sobre os casos apresentados contra o Estado português no TEDH.

Referências bibliográficas

- Ahmed, Tawhida; Butler, Israel J. (2006), “The European Union and human rights: An international law perspective”, *The European Journal of International Law*, 17(4), 771-801.
- Albuquerque, Paulo Pinto (2007), “Os direitos do recluso segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *Panóptica*, 8, 48-74.
- Alves, Jorge J. Ferreira. (2007), *Como processar o Estado (no TEDH e nos tribunais nacionais por violação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos)*. Porto: Legis Editora.
- Arold, Nina-Loiusa (2007), *The Legal Culture of European Court of Human Rights*. The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library, Vol. 29. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Barnhizer, David (2001), “Human Rights As a Strategic System”, in David Barnhizer (org.), *Effective Strategies for Protecting Human Rights: Economic Sanctions, Use of National Courts and International Fora and Coercive Power*. Burlington, VT: Ashgate, 1-24.
- Barkhuysen, Tom *et al.* (orgs.) (1999), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*. Boston e London: Martinus Nijhoff Publishers.
- Barreto, Irineu Cabral (2004), “A jurisprudência do novo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *Sub Júdice*, 28, 9-32.
- Barreto, Irineu Cabral; Campos, Abel (2004), “Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *Janus*, retirado de: http://www.janusonline.pt/2004/2004_3_2_1.html.
- Black-Branch, Jonathan L. (1996), “Observing and Enforcing Human Rights under the Council of Europe: The Creation of a Permanent European Court of Human Rights”, *Buffalo Journal of International Law*, 3(1), 10-21.
- Boyle, H. Elizabeth; Thompson, Melissa (2001), “National politics and resort to the European Commission on Human Rights”, *Law and Society Review*, 35, 321-344.
- Bruyn, Donatienne *et al.* (1997), *Les exceptions préliminaires dans la Convention Européenne des Droits de l’Homme*. Bruxelas: Bruylant.
- Canor, Iris (2000), “Primus inter pares: Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?”, *European Law Review*, 25, 3-21.
- Cavagna, Eliette; Monteiro, Evelyne (1992), “Iberian Peninsula: Spain and Portugal”, in Mireille Delmas-Marty (org.), *The European Convention for the Protection of Human Rights. International Protection versus National Restrictions*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 171-192.
- Christou, Theodora; Pablo, Juan (2005), *European Court of Human Rights: Remedies and Execution of Judgments*. London: British Institute for International & Comparative Law.
- Clements, Luke J. *et al.* (1999), *European Human Rights. Taking a Case Under the Convention*. London: Sweet and Maxwell.
- Çoban, Ali Riza (2005), “Inflation and human rights: Protection of property rights against inflation under the European Convention on Human Rights”, *Essex Human Rights Review*, 2(1), 62-78.
- Council of Europe (ed.) (2002), *‘Three Years’ Work for the Future. Final Report of the Working Party on Working Methods of the European Court of Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe Press.
- Delmas-Marty, Mireille (ed.) (1992), *The European Convention for the Protection of Human Rights. International Protection versus National Restrictions*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

- Duarte, Maria Luísa (2006), “O direito da União Europeia e o direito europeu dos Direitos do Homem – uma defesa do “triângulo judicial europeu”. *Actas VII Congresso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Vol. 1, 1747-1768.
- Duarte, Madalena (2004), “Novas e velhas formas de protesto: O potencial emancipatório da lei nas lutas dos movimentos sociais”, *Oficina do CES*, 210.
- Drzemczewski, Andrew (1983), *European Human Rights Convention in Domestic Law – A Comparative Study*. Oxford: Clarendon Press.
- Dumitriu-Segnana, Eugenia (2006), “Case-Law of the European Court of Human Rights Related to Child Rights, Role of the Family and Alternative Care”. Comunicação apresentada na *International Conference on Child Rights*. Roménia: Bucareste, Fevereiro.
- ECHR (2000), “Documentation: A Further Fundamental Reform for a Court in Crisis”, *Human Rights Law Journal*, 21(1-3), 90-91.
- Fabri, Hélène Ruiz (2002), “The Approach Taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for ‘Regulatory Expropriations’ of the Property of Foreign Investors”, *New York University Environmental Law Journal*, 11, 148-173.
- Falk, Richard (2000), *Human Rights Horizons: The Pursuit of Justice in a Globalizing World*. London: Routledge.
- Fernandes, António Teixeira (2001), “Cidadania e identidade europeias”. *Actas do Colóquio Internacional Modelos de Europa. Perspectivas para a União Europeia após a conferência intergovernamental de 2000*. Universidade dos Açores, 2-29.
- Fernandes, António José (2004), *Direitos Humanos e cidadania Europeia (fundamentos e dimensões)*. Coimbra: Livraria Almedina.
- Gaspar, António Henriques (2004), “A Protecção internacional dos direitos humanos”, *Sub Júdice*, 28, 44-46.
- Goldstein, Leslie; Ban, Cornel (2003), “The Rule of Law and the European Human Rights Regime”, *Centre for the Study of Law and Society Jurisprudence and Social Policy Program. JSP/Centre for the Study of Law and Society Faculty Working Papers*. Paper 13.
- Janis, Mark W. et al. (2000), *European Human Rights Law: Text and Materials*. Oxford: Clarendon Press.
- Jenson, Jane; Santos, Boaventura de Sousa (2000), “Introduction: Case Studies and Common Trends in Globalization”, in Jane Jenson; Boaventura de Sousa Santos (orgs.), *Globalizing Institutions: Case Studies in Social Regulation and Innovation*. Burlington: Ashgate, 9-28.
- Koerner, Andrei (2002), “Ordem política e sujeito de direito no debate sobre direitos humanos”, Comunicação apresentada ao 3.º Encontro da ABCP – Associação Brasileira de Ciência Política. Brasil: Niteroi, Julho.
- Koerner, Andrei (2003), “O papel dos direitos humanos na política democrática: Uma análise preliminar”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 18(53), 143-157.
- Leandro, Armando Gomes (2000), “O revisitar dos direitos da criança. A defesa da criança na lei portuguesa”, *Cadernos de Bioética*, Ano XI, 24, 3-12.
- Leuprecht, Peter (1998), “Innovations in the European System of Human Rights Protection: Is Enlargement Compatible with Reinforcement?”, *Transnational Law and Contemporary Problems*, 8(2), 313-336.
- Lima Jr., Jaime B. (2005), *A Justiciabilidade internacional dos direitos humanos económicos, sociais e culturais: casos das Cortes Europeia e Interamericana de direitos humanos*. Tese de Doutoramento. São Paulo: Universidade de São Paulo.

- Madsen, Mikael Rask (2004), “France, the UK and the ‘Boomerang’ of the Internationalisation of Human Rights (1945-2000)”, in Simon Halliday; Patrick Smith (orgs.), *Human Rights Brought Home: Socio-Legal Studies of Human Rights in the National Context*. Portland: Hart Publishing, 57-86.
- Madsen, Mikael Rask (2007), “For a Europe of Human Rights and the People: The EU Charter of Fundamental Rights in the Post-cold War Democratisation of Europe”, in Antonin Cohen; Antoine Vauchez (orgs.), *Anatomie d’un ‘moment constituant’ européen. Elites, mobilisations, votes*. Bruxelles: Presses de l’Université libre de Bruxelles.
- Miguel, João Manuel da Silva (2004), “A justiça portuguesa no exame do TEDH”, *Sub Júdice*, 28, 33-38.
- Pais, Marta Santos (1997), “Portugal e os direitos humanos”, *Janus*, retirado de <http://www.janusonline.pt/1997/1997_3_12.html>.
- Risse, Thomas; Ropp, C. Stephen (1999), “International Human Rights Norms and Domestic Change: Conclusions”, in Thomas Risse et al. (orgs.), *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 234-278.
- Risse, Thomas; Sikkink, Kathryn (1999), “The socialization of international human rights norms into domestic practices: introduction”, in Thomas Risse et al. (orgs.), *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1-38.
- Santos, Ana Cristina (2005), *A lei do desejo: Direitos humanos e minorias sexuais em Portugal*. Porto: Afrontamento.
- Santos, Boaventura de Sousa (1997), “Para uma concepção multicultural de direitos humanos”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 48, 11-32.
- Santos, Boaventura de Sousa (2002), *Toward a New Legal Common Sense*. London: Butterworths.
- Santos, Boaventura de Sousa (2008), “If God Were a Human Rights Activist: Human Rights and the Challenge of Political Ideologies”, *Law, Social Justice and Global Development*, 1(2).
- Santos, Boaventura de Sousa; Rodriguez-Garavito, César A. (orgs.) (2005), *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Santos, Cecília MacDowell (2007), “Transnational Legal Activism and the State: Reflections on Cases against Brazil in the Inter-American Commission on Human Rights”, *Sur – International Journal on Human Rights*, 7, 29-59.
- Slaughter, Anne-Marie (2003), “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, 44(1), 191-219.
- Sousa, João Ramos (2004), “Ainda há juízes em Estrasburgo”, *Sub Júdice*, 28, 47-54.
- Steiner, Henri J.; Alston, Philip (1996), *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*. Oxford: Clarendon Press.
- Trindade, António Augusto Cançado (1997), “Dilemas e desafios da protecção internacional dos Direitos Humanos no limiar do séc. XXI”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, 40(1), 167-177.
- Yourow, Charles Howard (1996), *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Court of Human Rights Jurisprudence*. New York: Martinus Nijhoff/ Kluwer.