

14

O tribunal europeu dos direitos do homem e os direitos das minorias *The european court of human rights and the rights of minorities*

PEDRO CORREIA GONÇALVES

Jurista; pós-graduado em Direito Penal Económico, pela Universidade Católica Portuguesa – UCP; mestre em Direito Penal, pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – UCP; doutor em Direito Penal, pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – UCP.
E-mail para correspondência: pedro.correia.goncalves@gmail.com

*“Tais são os preceitos do Direito:
viver honestamente, não ofender ninguém,
dar a cada um o que lhe pertence.”*

ULPIANO (150 d.C. – 228 d.C.)

1. O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM: BREVE HISTÓRIA

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH) foi estabelecido pelo Conselho da Europa, em 1959, com o intuito de reforçar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante CEDH). Ao combinar as normas desta convenção com a sua filosofia, numa interpretação viva, o referido tribunal tornou-se, com o passar dos anos, o mais poderoso organismo internacional na arena dos direitos humanos. Com a sua influência, tem não só marcado a jurisprudência e a doutrina internas dos países membros do Conselho da Europa (actualmente, 47), como tem também contribuído decisivamente para cimentar e desenvolver o chamado Direito Internacional Humanitário.

A história do TEDH passa necessariamente pela história do Conselho da Europa e, assim sendo, convém dedicar algumas linhas a este organismo internacional. Fundado em Londres, em 5 de maio de 1949, na sequência da conferência

preparatória de novembro de 1948, realizada em Paris, o Conselho da Europa é uma das mais antigas organizações internacionais europeias. O citado órgão tem sua sede em Estrasburgo, onde se encontra em actividade o seu Secretariado Permanente, e propõe-se promover a união entre os Estados membros com o objectivo de salvaguardar os ideais e princípios que constituem a sua herança comum, bem como facilitar o seu progresso económico e social¹.

O Conselho da Europa dispõe essencialmente de dois órgãos: o Comité de Ministros e a Assembleia Parlamentar, geralmente considerada como o primeiro parlamento internacional da História, se bem que os seus membros não sejam eleitos por via directa. Efectivamente, esta Assembleia Parlamentar é constituída por representantes de cada país membro do Conselho da Europa, eleitos pelos respectivos parlamentos nacionais dentre os seus parlamentares ou designados dentre estes de acordo com o processo fixado em cada parlamento. Por sua vez, o Comité de Ministros é constituído pelos ministros dos Negócios Estrangeiros dos países membros, sendo as suas decisões tomadas por unanimidade, nos assuntos considerados de grande importância, não sendo admitida a abstenção.

Baseado nos princípios da liberdade individual, da liberdade política e do primado do Direito, o Conselho da Europa é, sobretudo, conhecido pelo sistema de protecção dos direitos humanos, que criou e desenvolveu no seu âmbito, de acordo com a CEDH de 1950 (completada por 11 protocolos adicionais). A CEDH foi aberta para assinatura em Roma, em 4 de novembro de 1950, e entrou em vigor em 3 de setembro de 1953.

Originalmente, eram três os mecanismos de reforço da CEDH, a saber: o Comité de Ministros, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, estabelecida em 1954, e o TEDH, que foi criado em 1959. Este último foi estabelecido pela Secção IV da convenção original, e a primeira eleição dos seus juizes verificou-se em inícios de 1959. Tal como a Comissão, o TEDH não funcionava a tempo inteiro. Com efeito, nos primeiros anos, os juizes chegaram a reunir-se somente uma vez a cada 12 meses. Enquanto isso, os casos iam sendo cada mais numerosos.

Dado o aumento exponencial do número de casos submetidos à Comissão e ao TEDH, que ficou a dever-se ao aumento significativo de adesões ao Conselho da Europa, o Protocolo n. 11 estabeleceu, em 1 de novembro de 1998, o chamado “Novo” Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que, ao contrário do tribunal inicial, passou a funcionar em regime de permanência. O protocolo acima referido,

¹ Vide artigo 1º, alínea “a”, do Estatuto do Conselho da Europa. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Conselho_Europa/Conselho_Europa__Estatuto.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2009.

que exigia a ratificação por parte de todos os Estados membros do Conselho da Europa, dissolveu a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, assim como eliminou a função adjudicatória do Comité de Ministros. Como afirmou Ireneu Cabral Barreto, “a estrutura tripartida, Comissão, Tribunal e Comité de Ministros, (...) foi vítima do seu próprio sucesso”².

Com estas alterações, o TEDH passou a ser o garante e o baluarte dos direitos fundamentais de cada ser humano!

2. O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM E OS DIREITOS DAS MINORIAS

2.1. Preliminares

Constituindo hoje uma das mais antigas organizações internacionais europeias, o Conselho da Europa, à sombra do qual foi criado o TEDH, é uma organização baseada na ideia da cooperação internacional, na defesa dos princípios da liberdade individual, da liberdade política e do primado do Direito e em favorecer o progresso económico e social dos países europeus, tendo como principais meios de actuação a conclusão de acordos e convenções internacionais e a adopção de uma acção comum nos domínios social, cultural, científico, jurídico, administrativo e dos direitos humanos.

Na verdade, a velha Europa procurava, com estas iniciativas de cooperação entre as nações, cicatrizar os profundos golpes infligidos pela Segunda Guerra Mundial e salvaguardar as gerações futuras das violações dos direitos do homem que foram apanágio deste período triste, negro e catastrófico da história europeia mais recente. Com efeito,

(...) o conflito que se iniciou com a invasão alemã da Polónia (setembro de 1939) e terminou com a rendição do Japão (agosto de 1945) durou um total de 2.194 dias, provocou mais de 30 milhões de mortos e fez retroceder o nível de desenvolvimento de muitos países envolvidos, sobretudo na Europa em ruínas³.

Era imperioso evitar o cometimento dos mesmos erros. A velha Europa, baptizada há 25 séculos, era uma vez mais obrigada a encarar, no meio das ruínas,

² BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 243.

³ ANTUNES, José Freire. Globalização do terror. In: SELEÇÕES DO READERS DIGEST. *Grande crónica da Segunda Guerra Mundial*. Volume 1 (De Munique a Pearl Harbor). Madrid: Ediclube, 1996. p. VIII-IX.

o seu futuro. As questões levantadas por Jacques Le Goff – “poderá a velha Europa responder aos desafios do mundo moderno? A sua idade será fonte de solidez ou causa de fragilidade? As suas heranças torná-la-ão capaz ou incapaz de se afirmar na modernidade?”⁴ – faziam na altura e continuam a fazer nos dias de hoje o maior sentido. Decorridos 59 anos, a Europa, que entrou na história pela porta da mitologia, continua em fase de projecto, mas dúvidas não há de que se ergueu do fumo e do entulho, e soube conduzir e vencer uma outra guerra, “a que durante mais de 40 anos opôs a democracia ao comunismo, uma guerra pela liberdade humana e pelo direito à diversidade na Europa”⁵.

Nessa guerra, o Conselho da Europa, a CEDH e o TEDH foram, sem dúvida, fontes de inspiração para todos aqueles que tentavam libertar-se do jugo totalitário do comunismo e constituíram pilares e garantia da solidificação das democracias europeias e do respeito pelos direitos do homem, sem o qual não se poderá nunca dizer que se vive sob o auspício de um regime democrático. Por tudo isto, olhando os exemplos do passado, pode-se dizer que:

(...) a velha Europa é, de facto, antiga, mas pode e deve responder aos desafios do presente e mesmo do futuro. A nossa Europa deve apoiar-se nos ensinamentos da sua longa história para atingir, com êxito, o século XXI. Bem vistas as coisas, a antiguidade pode ser uma vantagem⁶.

Porque assim é, o estudo da jurisprudência do TEDH é por demais importante. Todos os dias os seus ensinamentos são aplicados em centenas de tribunais pela Europa afora, e há muito que o teor das suas decisões extravasou as fronteiras da Europa. Por isso, o conhecimento da sua jurisprudência deverá constituir ponto de honra para todos os estudiosos do Direito. Quando se lê e se analisa um acórdão do TEDH, deve-se ter a noção de que aquela decisão em concreto, em conjunto com todas as outras, constitui a trilha pela qual os Estados de direito democráticos devem seguir se quiserem continuar a respeitar os direitos do homem e a dignidade que lhe é inerente. Porque “a ninguém é lícito violar impunemente a dignidade do homem, do qual o próprio Deus dispõe com grande reverência”⁷, cabe ao TEDH zelar para que as violações que existam sejam eliminadas e as vítimas, ressarcidas.

Tem sido, sobretudo, no seio do labor jurisprudencial do TEDH, que se tem vindo a reconhecer e a construir, ao longo das últimas décadas, o catálogo dos

⁴ GOFF, Jacques Le. *A velha Europa e a nossa*. 1. ed. Lisboa: Gradiva, 1995. p. 5.

⁵ ANTUNES, *op. cit.*, p. XV.

⁶ GOFF, *op. cit.*, p. 70.

⁷ LEÃO XIII. Carta Encíclica *Rerum Novarum*. In: STILWELL, Peter (Coord.). *Caminhos da justiça e da paz: doutrina social da igreja – documentos de 1891 a 1991*. 3. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1993. p. 56.

direitos daquelas pessoas que, pelas suas idiossincrasias – étnicas, religiosas, linguísticas ou culturais –, constituem uma minoria no seio da sociedade onde nasceram ou onde procuraram acolhimento e, por esse motivo, não raras vezes esbulhadas dos mais elementares direitos fundamentais.

Em boa verdade, tem-se vindo a assistir, nos últimos anos, a um crescimento acentuado do chamado “direito das minorias”. Com efeito, plúrimos governos têm vindo a aderir a um impressionante conjunto de tratados e de convenções internacionais, o que obriga os seus Estados a respeitarem, na integralidade, os direitos humanos neles reconhecidos. Por isso, e um pouco por todo o mundo, assiste-se a um fenómeno de reivindicação por parte das chamadas “minorias” e dos povos autóctones, no sentido de os seus governos cumprirem as obrigações legais que assumiram ao ratificarem todos aqueles instrumentos internacionais.

Neste âmbito, torna-se imperioso chamar à colação os principais instrumentos convencionais que têm sido firmados pelas nações do mundo, e que constituem a base do direito das minorias, posteriormente densificados pela jurisprudência dos tribunais internacionais, mormente do TEDH, jurisprudência essa que constitui a letra viva ou, melhor dizendo, a “vida real” dos articulados convencionais.

Neste âmbito, cumpre relembrar a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; a **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**; a Convenção sobre a Prevenção e a Sanção do Crime de Genocídio; a Convenção sobre os Direitos da Criança; a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados, o seu Protocolo de 1967 e os seus instrumentos regionais; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação, fundadas na religião ou na convicção; a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas; a Declaração e o Programa de Acção de Viena, aprovados pela Conferência Mundial dos Direitos do Homem; a Declaração de Copenhague e o Programa de Acção, aprovados pela Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Social; a Declaração da Unesco⁸ sobre a Raça e os Preconceitos Raciais; a Convenção e a Recomendação da Unesco sobre a Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino; a Convenção-Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais, que entrou em vigor na ordem jurídica internacional em 1 de fevereiro de 1998.

⁸ *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization.*

Deixou-se para o fim a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), texto-base do trabalho desenvolvido pelo TEDH, que não possui no seu articulado um artigo especialmente dirigido à protecção dos direitos das minorias nacionais ou étnicas. Tal realidade tem suscitado, ao longo dos últimos 40 anos, um conjunto de reacções no sentido de criar-se um protocolo adicional à referida convenção, que contemplasse um artigo consagrador de um direito à protecção das minorias nacionais. Assim, logo em 1961, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, por intermédio da Recomendação n. 285 (1961), preconizou a inclusão de um artigo num protocolo adicional à CEDH, com o seguinte teor:

Nenhuma pessoa pertencente a uma minoria nacional pode ser privada do direito de ter, em comum com os outros membros do seu grupo e nos limites impostos pela ordem pública, a sua vida cultural própria, de utilizar a sua própria língua, de criar as suas próprias escolas e de receber um ensino na língua da sua escolha, de professar ou praticar a sua religião.

Por vicissitudes várias, que não cumpre agora explanar, aquela recomendação não veio a ser adoptada pelo Conselho da Europa. No entanto, tal situação não obstu a que o TEDH apreciase questões concernentes a situações de discriminação de minorias e plasmasse na sua jurisprudência um conjunto de direitos e de princípios enformadores daquilo que se designou por “Estatuto Jurídico das Minorias”. E fê-lo recorrendo ao artigo 14 da CEDH, que dispõe que:

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

Como se pode verificar pela simples leitura do artigo acabado de se transcrever, que tem por epígrafe “Proibição da discriminação”, a CEDH fez tão-só referência “a pertença a uma minoria nacional”, e é precisamente aqui, nesta partícula do inciso convencional, que o TEDH tem feito assentar um conjunto de direitos e de liberdades destinados a salvaguardar a posição das minorias nacionais.

Por mais de uma vez, ao longo da presente exposição, tem-se recorrido ao conceito de “minorias” pelo que, antes de se avançar para a análise da jurisprudência do TEDH respeitante aos direitos das minorias, cumpre explanar o que deve entender-se por “minorias” e indagar o que está em causa quando se usa tal conceito. De acordo com Alain Birou:

(...) uma minoria é uma sociedade particular caracterizada por aspirar a um modo de viver próprio que a distingue do conjunto e que, de certo modo, a põe

à parte. Uma minoria não está necessariamente afastada ou isolada da sociedade nacional. É por isso que nem sempre se identifica com um grupo marginal e não é necessariamente objecto de segregação. Uma minoria constitui-se como colectividade ou comunidade particular na base da raça, da língua, da religião ou de um género de vida e de cultura muito diferentes do resto do país ou conjunto. Deste modo se criam ligações afectivas e afinidades que tendem a afastar este grupo do resto da população ainda que ele se encontre disperso⁹.

Não obstante, no entender do signatário deste artigo, torna-se imperioso adoptar um conceito amplo de minoria e acoplar a tal conceito outras realidades que, sem assentarem em diferenças étnicas, linguísticas ou culturais, têm sido usadas para justificar discriminações sociais, tais como a diferença de género, a opção sexual, a deficiência física e a doença mental. Sobre todas estas questões se tem debruçado o TEDH, pelo que cumpre agora analisar e estudar o modo como o tem feito. Muito caminho já foi entretanto percorrido, mas há que se ter consciência de que, como afirmou Vander Ferreira de Andrade:

Os ideais do humanismo, igualmente apregoados pelo direito natural, e por diversas vezes juridiscizados no direito positivo não lograram ainda (e pelo visto não terão o condão de fazê-lo) salvar a humanidade dos riscos e perigos proporcionados por ela mesma, mercê das características intrínsecas, múltiplas, plúrimas e variáveis da própria essência e natureza humana, como são a mutabilidade, a dissonância cultural, filosófica, linguística, ideológica e religiosa, naquilo que recebeu a feliz síntese de Hannah Arendt, a permanente imprevisibilidade de nossa espécie; mesmo assim, prosseguimos, vendo no Direito, e na Filosofia que se lhe imana, instrumentos absolutamente imprescindíveis na correção das distorções e desvios que nos separam da perfeição que pretendemos utopicamente alcançar¹⁰.

É nesta trilha que prossegue o TEDH. Veja-se agora, sem mais delongas, a jurisprudência do TEDH sobre os direitos das minorias.

2.2. Os direitos das minorias à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Como anteriormente já se teve oportunidade de referir, o conceito de “minoria” deve ser entendido em sentido amplo, de forma a abranger um conjunto de situações

⁹ BIROU, Alain. *Dicionário de Ciências Sociais*. Tradução de Alexandre Gaspar e outros. 5. ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1982. p. 255-256.

¹⁰ ANDRADE, Vander Ferreira de. A dignidade da pessoa humana como valor-fonte da ordem jurídica. *In: Revista Imes Direito*, São Caetano do Sul – SP, ano II, n. 4, janeiro/junho de 2002, p. 41.

discriminatórias que vão para além daquelas fundadas na diferenciação étnica, cultural ou linguística. O TEDH cedo percebeu tal necessidade e, adoptando um conceito amplo de “minoria”, tem versado sobre uma panóplia de realidades, geralmente motivadoras de discriminação, que vão desde a diferença de género até a origem nacional, passando pela raça, pela língua, pela orientação sexual e pela discriminação assente na doença mental.

Sobre este último aspecto, o TEDH há muito que estabeleceu que o conceito de “doente mental” está em constante desenvolvimento e mutação e, devido a essa constatação, eximiu-se de apresentar qualquer definição¹¹. Contudo, o TEDH veio elucidar que a alínea “e” do n. 1 do artigo 5º da CEDH, que permite a detenção ou o internamento compulsivo de doentes mentais, verificados que sejam certos requisitos, não pode ser interpretada no sentido de admitir-se a detenção ou o internamento de pessoas cujas opiniões e comportamentos se desviam daquilo que é considerado como aceitável, admissível ou normal pela sociedade onde se encontram inseridas¹².

Significa isto que uma qualquer diferença – de cariz sexual, linguístico, cultural ou etnográfico – não concede às autoridades nacionais o poder de segregarem da sociedade todas aquelas pessoas que se afastarem daquilo que é comumente aceite. Não obstante, pelas situações que chegam diariamente ao TEDH, facilmente se pode concluir que, não raras vezes, a realidade se desvia dos grandes princípios e valores que enformam o direito das minorias. Assim, o TEDH tem procurado plasmar na sua jurisprudência um conjunto de princípios gerais que devem reger todas estas questões, a saber:

- 1 – a CEDH consagra um direito à igualdade *lato sensu* – “princípio da igualdade”;
- 2 – são admissíveis discriminações positivas, destinadas a corrigir desigualdades de facto – “dar tratamento igual ao que é igual e tratamento desigual ao que é desigual” – “princípio da discriminação positiva”;

¹¹ “A Convenção não esclarece qual o significado da expressão *persons of unsound mind*. Trata-se de um conceito insusceptível de interpretação definitiva: como foi salientado pela Comissão, pelo Governo e pelo requerente, trata-se de um conceito cujo significado não cessa de evoluir com os progressos da psiquiatria, a flexibilidade crescente do tratamento e a mudança de atitude da sociedade para com os doentes mentais, em particular uma compreensão cada vez maior dos seus problemas”. Acórdão Winterwerp/Holanda, de 24 de outubro de 1979, § 37. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 8 de abril de 2009.

¹² “Em todo o caso, a alínea “e” do n. 1 do artigo 5º (artigo 5-1-e) não pode ser obviamente interpretada no sentido de admitir-se a detenção de uma pessoa cujo comportamento se desvia das normas prevalentes numa sociedade em particular. O contrário não seria conciliável com o texto do artigo 5º, n. 1 (artigo 5-1) que estabelece uma lista exaustiva”. Acórdão Winterwerp/Holanda, de 24 de outubro de 1979, § 37. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 8 de abril de 2009.

- 3 – o direito ao respeito pela vida privada e familiar, onde geralmente entroncam as mais variadas situações de discriminação, é um direito de carácter não absoluto e, por isso, admite restrições à sua aplicação – “princípio do **respeito pela vida privada e familiar**”.

Esta última possibilidade encontra-se prevista no n. 2 do artigo 8º da CEDH, que dispõe que:

(...) não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Pela sua importância, este terceiro princípio impõe que se façam algumas considerações complementares. Atendendo à formulação e ao conteúdo do n. 2 do artigo 8º da CEDH, pode-se afirmar que os fundamentos justificativos da excepção prevista têm um carácter taxativo, não se admitindo que se crie ou prediga qualquer outra excepção ou restrição ao direito consagrado¹³. A este propósito, o TEDH afirmou, no Acórdão Golder/Reino Unido, de 21 de fevereiro de 1975, que:

(...) a formulação restritiva utilizada no n. 2 (“Não pode haver ingerência [...] senão quando [...]”) não deixa espaço para o conceito de restrição implícita¹⁴. Mais acrescentou, no Acórdão Klass/Alemanha, de 6 de setembro de 1978, que sempre que se preveja uma excepção “a um direito garantido pela Convenção, a mesma deve ser interpretada restritivamente”¹⁵.

Por outro lado, para que uma restrição ao direito consagrado ocorra ou seja tolerada, torna-se necessário que se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos:

- 1 – a restrição tem de estar prevista na lei;
- 2 – a restrição prevista na lei deve perseguir objectivos legítimos;
- 3 – a restrição deve aparecer como necessária numa sociedade democrática para se alcançar qualquer um dos objectivos legítimos fixados na lei.

¹³ Neste sentido, *vide*, entre outros, PRADEL, Jean & CORSTENS, Geert. *Droit Pénal Européen*. Paris: Dalloz, 1999. p. 395.

¹⁴ Acórdão Golder/Reino Unido, de 21 de fevereiro de 1975, § 44. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 10 de abril de 2009.

¹⁵ Acórdão Klass/Alemanha, de 6 de setembro de 1978, § 42. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 10 de abril de 2009.

Veja-se, muito rapidamente, cada um dos requisitos acima identificados. Quando se refere no artigo 8º, n. 2, da CEDH que a restrição ao direito consagrado no n. 1 do mesmo artigo tem de estar prevista na lei, está-se a pensar não apenas na lei escrita e formal, mas também na lei não escrita¹⁶. Não se pode esquecer que a CEDH também vincula o Reino Unido cujo ordenamento jurídico assenta na *common law*. Isto mesmo foi afirmado pelo TEDH no Acórdão Kruslin/França, de 24 de abril de 1990, segundo o qual:

(...) em relação ao n. 2 do artigo 8º da Convenção, assim como em relação a outras cláusulas semelhantes, o Tribunal tem encarado o conceito de “lei” no seu sentido “material”, e não no seu sentido “formal”; daí que tenha incluído tanto decretos de valor hierarquicamente inferior, como a lei não escrita. Os Acórdãos Sunday Times, Dudgeon e Chappell disseram respeito ao Reino Unido, mas seria errado exagerar na distinção entre países de *common law* e países da Europa continental, tal como o Governo justamente salientou. A lei estatutária reveste também grande importância em países de *common law*. Analogamente, também a jurisprudência tem desempenhado tradicionalmente um papel importante nos países continentais, de tal forma que grande parte das normas de direito positivo saíam das decisões proferidas pelos tribunais. Mais do que uma vez, o Tribunal teve em consideração a jurisprudência de tais países. Se o Tribunal negligenciasse a jurisprudência estaria a prejudicar o sistema jurídico dos Estados da Europa continental quase tanto como, se no Acórdão Sunday Times, de 26 de abril de 1979, tivesse excluído do conceito de “direito” a *common law*, o que teria abalado as fundações do sistema legal do Reino Unido. Numa área abrangida pela lei escrita, a “lei” é norma em acção tal como os tribunais competentes a têm interpretado (...) ¹⁷.

Com esta posição, o TEDH “relativizou o antagonismo clássico existente entre *common law* e direito continental”¹⁸. Se ainda se for mais fundo na jurisprudência do TEDH, facilmente divisar-se-á que não basta que exista uma lei que preveja uma qualquer restrição ao direito em causa. Com efeito, é necessário que tal lei seja acessível, clara e precisa. Como afirmou o TEDH, “a lei deve ser

¹⁶ “De qualquer modo, mesmo que a opinião do requerente devesse ser perfilhada, na opinião do Tribunal ainda haveria suficiente base legal para a interferência de que o mesmo se queixou, uma vez que o termo “lei” integra em si tanto a lei escrita, como a lei não escrita”. Acórdão Chappell/Reino Unido, de 30 de março de 1989, § 52. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 8 de abril de 2009.

¹⁷ Acórdão Kruslin/França, de 24 de abril de 1990, § 29. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 8 de abril de 2009.

¹⁸ PRADEL & CORSTENS, *op. cit.*, p. 396.

adequadamente acessível: o cidadão deve poder ter uma indicação adequada, tendo em conta as circunstâncias, das normas legais aplicáveis a um determinado caso”¹⁹.

Como se satisfaz esta exigência? No entender do autor deste artigo, bastará que os textos legislativos e jurisprudenciais sejam publicados periodicamente em ordem a dar-lhes a publicidade necessária. Como foi dito, para além da acessibilidade, impõe-se ainda que a lei seja clara e precisa. Esta preocupação demonstrada pelo TEDH em vários acórdãos²⁰ prende-se com a necessidade de evitar qualquer actuação arbitrária e injustificada por parte dos poderes públicos e judiciais, motivada ou permitida por uma redacção imprecisa ou truncada da lei, e de permitir aos cidadãos conhecerem de antemão as consequências dos seus procedimentos. Não obstante, o TEDH veio reconhecer que:

(...) as leis são elaboradas frequentemente de uma forma não muito precisa. Tal acontece em âmbitos como o da concorrência, em que a situação muda constantemente de acordo com a evolução do mercado, e no campo da comunicação. A interpretação e a aplicação desta legislação constituem inevitavelmente uma questão prática²¹.

Por outro lado, é preciso reconhecer que, em certas áreas jurídicas, não é possível, nem tampouco aconselhável, elaborar leis com uma precisão absoluta. Neste sentido, o TEDH veio admitir que a

(...) experiência demonstra que a precisão absoluta é inatingível e que a necessidade de se evitar uma excessiva rigidez e de acompanhar o ritmo da evolução das circunstâncias impõe que muitas leis sejam inevitavelmente formuladas, em maior ou menor grau, em termos vagos²².

O segundo requisito identificado exige que a lei que preveja uma restrição ao direito à intimidade da vida privada e familiar almeje prosseguir objectivos legítimos

¹⁹ Acórdão Silver e Outros/Reino Unido, de 25 de março de 1983, § 87. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 8 de abril de 2009.

²⁰ “Uma norma não pode ser considerada como “lei” quando não se encontra formulada com suficiente precisão de modo a permitir ao cidadão – em caso de necessidade e com o aconselhamento adequado – prever, com um grau razoável de certeza e tendo em conta as circunstâncias, as consequências que uma determinada acção pode acarretar”. Acórdão Olsson/Suécia, de 24 de março de 1988, § 61. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 8 de abril de 2009.

²¹ Acórdão Markt Intern Verlag GmbH e Klaus Beermann/Alemanha, de 20 de novembro de 1989, § 30. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 8 de abril de 2009.

²² Acórdão Olsson/Suécia, de 24 de março de 1988, § 61. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 8 de abril de 2009.

com essa mesma restrição. Tais objectivos foram estabelecidos taxativamente no n. 2 do artigo 8º da CEDH, a saber:

- 1 – Preservação da segurança nacional e da segurança pública;
- 2 – Protecção do bem-estar económico do país;
- 3 – Defesa da ordem e prevenção das infracções penais;
- 4 – Protecção da saúde e da moral;
- 5 – Protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Por último, a restrição deve aparecer como necessária numa sociedade democrática para se alcançar qualquer um dos objectivos acima identificados. Nas palavras do TEDH, cabe às autoridades nacionais “fazer a primeira avaliação da existência de uma necessidade social impreterível que se encontra implícita no conceito de ‘necessidade’”²³ e mostrar a restrição “necessária numa sociedade democrática para a consecução do objectivo legítimo perseguido”²⁴. Segundo o TEDH, o termo “necessidade” “não tem neste contexto a flexibilidade de algumas expressões como as de ‘utilidade’, ‘razoabilidade’ ou ‘desejabilidade’, mas implica a existência de uma ‘necessidade social impreterível’ para a ingerência em causa”²⁵.

Identificados que estão os três grandes princípios que devem reger o direito das minorias – princípio da igualdade, princípio da discriminação positiva e princípio do **respeito pela vida privada e familiar** –, será vista agora, muito rapidamente, a jurisprudência firmada pelo TEDH a respeito de algumas situações concretas, de carácter discriminatório, colocadas à sua consideração. Mas, antes – e de forma muito resumida –, afirme-se ainda que, de acordo com o TEDH e para efeitos do artigo 14 da CEDH, uma diferença de tratamento é discriminatória se não tiver uma justificação objectiva e razoável, isto é, se não prosseguir um fim legítimo ou não

²³ Acórdão Handyside/Reino Unido, de 7 de dezembro de 1976, § 48. Sobre a margem de discricionariedade que as autoridades nacionais gozam em relação esta matéria vide, entre outros, o Acórdão Klass e Outros/Alemanha, de 6 de setembro de 1978, § 49, segundo o qual “o Tribunal salienta que isto não significa que os Estados Contratantes gozem de um poder discricionário ilimitado que permita sujeitar as pessoas que se encontram sob a sua jurisdição a uma vigilância secreta. O Tribunal, estando ciente do perigo que uma tal lei pode acarretar – minar ou mesmo destruir a democracia com o intuito de a defender –, afirma que os Estados Contratantes não podem, em nome da luta contra a espionagem e o terrorismo, adoptar toda e qualquer medida que considerem adequada”. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 8 de abril de 2009.

²⁴ Acórdão Weber/Suíça, de 22 de maio de 1990, § 52. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 8 de abril de 2009.

²⁵ Acórdão Dudgeon/Reino Unido, de 22 de outubro de 1981, § 51. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 8 de abril de 2009.

existir uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios utilizados e o objectivo que se pretende atingir²⁶. Posto isto, serão observados a seguir, então, alguns casos concretos examinados pelo TEDH.

- 1 – Discriminação assente na **nacionalidade** – **Acórdão Weller/Hungria, de 31 de março de 2009** – um Estado não pode eximir-se do cumprimento dos benefícios de maternidade com base no argumento da diferente nacionalidade da mãe da criança. O TEDH considerou tal prática como discriminatória.
- 2 – Discriminação assente na **religião** – **Acórdão Ivanova/Bulgária, de 12 de abril de 2007** – as crenças religiosas não podem servir de impedimento ao exercício de uma qualquer profissão. Neste acórdão, o TEDH considerou que o direito à liberdade de religião da requerente havia sido violado, pois a sua crença religiosa acarretou a cessação do seu contrato de trabalho.
- 3 – Discriminação assente na diferença de **sexo** – **Acórdão Schuler-Zraggen/Suíça, de 24 de junho de 1993** – a discriminação assente na diferença de género só se mostra admissível se se verificarem razões suficientemente ponderosas que legitimem uma diferença de tratamento.
- 4 – Discriminação fundada em **doença mental** – **Acórdão Winterwerp/Holanda, de 24 de outubro de 1979** – o TEDH declarou que a doença mental pode implicar um constrangimento ou uma modificação da forma de exercício dos direitos, mas não pode justificar o enfraquecimento da essência própria dos mesmos. Com efeito, garantias processuais especiais podem mesmo ser necessárias em ordem a proteger os interesses das pessoas que, em virtude da sua deficiência mental, não são plenamente capazes de agir por si próprias.
- 5 – Discriminação assente na **orientação sexual** – **Acórdão Dudgeon/Reino Unido, de 4 de outubro de 2007** – as leis que proíbem actos homossexuais consentidos entre adultos do sexo masculino constituem uma interferência injustificada no direito ao respeito pela vida privada (artigo 8º da CEDH). Neste acórdão, o TEDH não encontrou uma “necessidade social impreterível” que fundamentasse a punição de tais actos, nem considerou justificação suficiente a alegação de que os mesmos, se permitidos, causariam danos a grupos vulneráveis da sociedade.

²⁶ Acórdão Abdulaziz, Cabales and Balkandali/Reino Unido, de 28 de maio de 1985, § 72. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 8 de abril de 2009.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em linha de conta tudo quanto acima se deixou dito, importa sublinhar, à guisa de conclusão, que toda e qualquer discriminação se mostra absolutamente inadmissível em face dos mais elementares direitos do homem e da dignidade que lhe é inerente.

A internacionalização dos **direitos das minorias, fruto da proliferação de tratados e de convenções internacionais e da construção, por parte do TEDH e de outros tribunais, de um impressionante corpo jurisprudencial sobre a matéria, tem contribuído, indubitavelmente, para cimentar a ideia de que o Direito deve acautelar e proibir toda e qualquer discriminação em relação às pessoas pertencentes a minorias nacionais ou a grupos tradicionalmente segregados.**

Dá-se, assim, por findo este estudo, dedicado aos direitos das minorias à luz da jurisprudência do TEDH, com a consciência, no entanto, de que muito haveria ainda por escrever, pensar e reflectir. Todavia, maiores desenvolvimentos tornar-se-iam incompatíveis com a natureza e o objectivo deste artigo. Espera-se, sinceramente, que este modesto trabalho possa contribuir de alguma forma para, pretensões à parte, incentivar o estudo do direito das minorias e promover o conhecimento da jurisprudência do TEDH.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vander Ferreira de. A dignidade da pessoa humana como valor-fonte da ordem jurídica. *In: Revista Imes Direito*, São Caetano do Sul – SP, ano II, n. 4, p. 29-43, janeiro/junho de 2002.

ANTUNES, José Freire. Globalização do terror. *In: SELEÇÕES DO READERS DIGEST. Grande crónica da Segunda Guerra Mundial*. Volume 1 (De Munique a Pearl Harbor). Madrid: Ediclube, 1996.

BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. Coimbra: Coimbra, 1999.

BIROU, Alain. *Dicionário de Ciências Sociais*. Tradução de Alexandre Gaspar e outros. 5. ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1982.

GOFF, Jacques Le. *A velha Europa e a nossa*. 1. ed. Lisboa: Gradiva, 1995.

LEÃO XIII. Carta Encíclica *Rerum Novarum*. *In: STILWELL, Peter (Coord.). Caminhos da justiça e da paz: doutrina social da igreja – documentos de 1891 a 1991*. 3. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1993.

PRADEL, Jean & CORSTENS, Geert. *Droit Pénal Européen*. Paris: Dalloz, 1999.