

Jayme Benvenuto

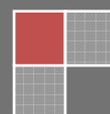
**Justiciabilidade Internacional
dos Direitos Humanos:**

**os casos Mayagna Awas Tingni
contra a Nicarágua e Lustig-
Prean e Beckett contra o Reino
Unido**

1ª. Edição

Recife
Jayme Benvenuto
2009

ISBN 978-85910242-0-9



L732j Lima Júnior, Jayme Benvenuto
Justiciabilidade internacional dos direitos humanos : os
casos Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua e Lustig-Prean
e Beckett contra o Reino Unido / Jayme Benvenuto . – Recife :
Ed. do autor, 2009.
53 p.

1. Direito internacional público. 2. Direitos humanos.
3. Sentenças (Direito internacional público). I. Título.

CDU 341

ISBN 978-85910242-0-9

Cruzou por mim, veio ter comigo, numa rua da Baixa
Aquele homem mal vestido, pedinte por profissão que se lhe vê na cara,
Que simpatiza comigo e eu simpatizo com ele;
E reciprocamente, num gesto largo, transbordante, dei-lhe tudo quanto tinha
(Exceto, naturalmente, o que estava na algibeira onde trago mais dinheiro:
Não sou parvo nem romancista russo, aplicado,
E romantismo, sim, mas devagar...).
Sinto uma simpatia por essa gente toda,
Sobretudo quando não merece simpatia.
Sim, eu sou também vadio e pedinte,
E sou-o também por minha culpa.
Ser vadio e pedinte não é ser vadio e pedinte:
É estar ao lado da escala social,
É não ser adaptável às normas da vida,
Às normas reais ou sentimentais da vida -
Não ser Juiz do Supremo, empregado certo, prostituta,
Não ser pobre a valer, operário explorado,
Não ser doente de uma doença incurável,
Não ser sedento da justiça, ou capitão de cavalaria,
Não ser, enfim, aquelas pessoas sociais dos novelistas
Que se fartam de letras porque tem razão para chorar lágrimas,
E se revoltam contra a vida social porque tem razão para isso suportar.
Não: tudo menos ter razão!
Tudo menos importar-se com a humanidade!
Tudo menos ceder ao humanitarismo!
De que serve uma sensação se há uma razão exterior a ela?
Sim, ser vadio e pedinte, como eu sou,
Não é ser vadio e pedinte, o que é corrente:
É ser isolado na alma, e isso é que é ser vadio,
É ter que pedir aos dias que passem, e nos deixem, e isso é que é ser pedinte.
Tudo o mais é estúpido como um Dostoiévski ou um Gorki.
Tudo o mais é ter fome ou não ter o que vestir.
E, mesmo que isso aconteça, isso acontece a tanta gente
Que nem vale à pena ter pena da gente a quem isso acontece.
Sou vadio e pedinte a valer, isto é, no sentido translativo,
E estou-me rebolando numa grande caridade por mim.
Coitado do Álvaro de Campos!
Tão isolado na vida! Tão deprimido nas sensações!
Coitado dele, enfiado na poltrona da sua melancolia!
Coitado dele, que com lágrimas (autênticas) nos olhos,
Deu hoje, num gesto largo, liberal e moscovita,
Tudo quanto tinha, na algibeira em que tinha pouco
Aquele pobre que não era pobre que tinha olhos tristes por profissão.
Coitado do Álvaro de Campos, com quem ninguém se importa!
Coitado dele que tem tanta pena de si mesmo!
E, sim, coitado dele!
Mais coitado dele que de muitos que são vadios e vadiam,
Que são pedintes e pedem,
Porque a alma humana é um abismo.

Eu é que sei. Coitado dele!
Que bom poder-me revoltar num comício dentro de minha alma!
Mas até nem parvo sou!
Nem tenho a defesa de poder ter opiniões sociais.
Não tenho, mesmo, defesa nenhuma: sou lúcido.
Não me queiram converter a convicção: sou lúcido!
Já disse: sou lúcido.
Nada de estéticas com coração: sou lúcido.
Merda! Sou lúcido.

Fernando Pessoa (com o heterônimo de Álvaro de Campos).

)

Aos meus pais, Dunalva de Moraes Lima e
Jayme Benvenuto Lima (*in memoriam*), por tudo.

À amiga Magali Godoi, pelo apoio e carinho de sempre.

LISTA DE SIGLAS

CESCR – Committee on Economic, social and Cultural Rights

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CEJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional

DHESC – Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais

ECHR – European Convention of Human Rights

EU – European Union

HPAT- Homosexuality Policy Assessment Team (Reino Unido)

HRA - Human Rights Act (Reino Unido)

ICESCR – International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

INRA – Instituto Nacional de Reforma Agrária (Nicarágua)

MARENA - Ministério do Ambiente e Recursos Naturais (Nicarágua)

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

RAAN - Região Autônoma Atlântico Norte da Nicarágua

UDHR – Universal Declaration of Human rights

UN – United Nations

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 08 |
| O CASO MAYAGNA AWAS TINGNI CONTRA A NICARÁGUA PERANTE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: DEMARCAÇÃO DE TERRAS ANCESTRAIS INDÍGENAS | 11 |
| O CASO LUSTIG-PREAN E BECKETT CONTRA O REINO UNIDO: NÃO DISCRIMINAÇÃO PERANTE A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS | 31 |

INTRODUÇÃO

O trabalho **Justiciabilidade Internacional dos Direitos Humanos: os casos Mayagna Awas Tingny contra a Nicarágua e Lustig-Prean e Beckett contra o Reino Unido** busca ressaltar a possibilidade de proteção prática dos direitos humanos, em particular dos direitos econômicos, sociais e culturais, no plano internacional. Para tanto, declaro desde já a convicção de que os direitos dessa natureza – ao mesmo tempo em que têm dimensões que vão além da classificação geracional¹ dos direitos humanos – têm certo nível de realização prática no plano da proteção internacional, apesar das limitações e restrições ao seu reconhecimento enquanto tal.

A utilização da classificação geracional dos direitos humanos se faz aqui com o propósito de ressaltar suas contradições, e fazendo-o, demonstrar a possibilidade de validação de tais direitos na perspectiva da indivisibilidade dos direitos humanos². A propósito, o princípio da indivisibilidade dos direitos humanos é o fio condutor do trabalho, essencial para que se possa entender em que sentido defendo a idéia de que os direitos humanos vêm encontrando crescentemente mais respaldo nas decisões das cortes regionais de proteção dos direitos humanos.

Os casos reunidos nesta edição, numa visão tradicional, poderiam ser relacionados à proteção de direitos humanos civis e políticos. Entretanto, eles podem igualmente ser relacionados à proteção dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Os casos Mayagna

¹ Em sua formulação original, com base na realidade britânica, Marshall diz: “dividi a cidadania em três elementos: “civil, político e social. Tentei demonstrar que os direitos civis surgiram em primeiro lugar e se estabeleceram de modo um tanto semelhante à forma moderna que assumiram antes da entrada em vigor da primeira Lei de Reforma, em 1832. Os direitos políticos se seguiram aos civis, e a ampliação deles foi uma das principais características do século XIX, embora o princípio da cidadania política universal não tenha sido reconhecido senão em 1918. Os direitos sociais, por outro lado, quase que desapareceram no século XVIII e princípios do XIX. O ressurgimento destes começou com o desenvolvimento da educação primária pública, mas não foi senão no século XX que eles atingiram um plano de igualdade com os outros dois elementos da cidadania”. MARSHALL, T.H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 75. Aplicada à teoria dos direitos humanos, expressa-se assim a classificação geracional: “Os direitos humanos de primeira geração seriam os civis e políticos, essencialmente individuais, surgidos das lutas liberais contra o Absolutismo Clássico (o direito à vida, à liberdade, à expressão do pensamento, entre outros), exercidos contra o estado. Os direitos humanos de segunda geração seriam os econômicos, sociais e culturais, de natureza coletiva, surgidos a partir das lutas socialistas do século passado, no bojo da crítica à insuficiência dos direitos liberais (direito à educação, ao trabalho, à saúde, à habitação, etc.), exigíveis mediante uma ação positiva do estado. Enquanto que os direitos humanos de terceira geração seriam os direitos dos povos, relacionados aos países entre si, objetivando uma melhor distribuição da riqueza, o respeito mútuo e o aproveitamento da natureza (direito ao meio ambiente sadio, à cooperação internacional, ao desenvolvimento, etc.)”. BENVENUTO, Jayme. **Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 22.

² A referência à indivisibilidade dos direitos humanos está relacionada a uma compreensão integral desses direitos, pela qual não se admite o seu fracionamento. Não negando a existência de diferenças entre os direitos humanos, inclusive em relação à especificidade dos instrumentos de exigibilidade, o que a indivisibilidade destaca é a impossibilidade prática de compartimentar os direitos humanos, mediante a visão de que só é possível materializar direitos tidos como civis e políticos se houver direitos tidos como econômicos, sociais e culturais minimamente respeitados, e vice versa.

Awaw Tingni *contra* a Nicarágua (demarcação de terras ancestrais indígenas), do Sistema Interamericano de Direitos Humanos; e Lustig-Prean e Beckett *contra* o Reino Unido (não discriminação contra oficiais homossexuais das forças armadas britânicas), do Sistema Europeu de Direitos Humanos, demonstram os limites e as possibilidades dos sistemas internacionais regionais de proteção, nesse final e início de século, em que pese serem os mais desenvolvidos sistemas de proteção dos direitos humanos com que já se contou na história. Por meio da análise desses casos, coloco em relevo a contradição que evidencia as limitações de sistemas (ainda) condicionados – e muito – à política regional, mas que, ainda assim, são capazes de garantir praticamente a proteção a certos direitos sociais com base no princípio da indivisibilidade dos direitos humanos.

Sem pretender maximizar o papel que o Poder Judiciário tem na resolução de conflitos sociais³, tanto no plano nacional quanto no internacional, parece-me essencial afirmar que este tem um papel importante a desempenhar⁴. Para tanto, o trabalho procura contribuir, principalmente com o recurso a argumentos lançados na perspectiva da validação prática dos direitos humanos.

Apesar dos limites da justiciabilidade de direitos, tal caminho é, também, capaz de dar existência prática aos direitos. As sentenças analisadas neste trabalho indicam caminhos possíveis na aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁵, com forte impacto no ordenamento interno dos países que integram os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos e que se vêem condicionados à reparação de violações, à alteração legislativa (sob a primazia dos direitos humanos compromissados em nível internacional) e à mudança cultural na

³ Grynspan discorre com propriedade ao sustentar a importância da democratização da justiça em vinculação com a oportunidade de acessar o Poder Judiciário: “O risco que se corre, aqui, é o de chegar a conclusões equivocadas, por exemplo, de que de pouco adiantam as políticas de democratização do acesso à justiça. E isto se mostra tão mais grave quando se tem em mente que, em casos como o do Brasil, uma das necessidades mais urgentes é, de fato, a da ampliação dos limites da cidadania, na qual a justiça ocupa um lugar central”. GRYSZPAN, 1999. p. 112.

⁴ Discorrendo sobre o acesso do indivíduo à justiça internacional, Cançado Trindade considera que a “solução judicial representa efetivamente a forma mais evoluída da proteção dos direitos da pessoa humana. (...) Quando os pobres injustiçados e humilhados do mundo alcançam a justiça internacional, (...) temos razão para crer que algo tem mudado no mundo. O reconhecimento do acesso direto dos indivíduos à justiça internacional efetivamente revela, neste início do século XXI, um notável avanço no processo histórico de humanização do Direito Internacional. (...) O ser humano irrompe, enfim, mesmo nas condições mais adversas, como sujeito último do Direito tanto interno como internacional, dotado de plena capacidade jurídico-processual.” CANÇADO TRINDADE, 2003a. p. 16-18.

⁵ Discorrendo especificamente sobre o sistema europeu de proteção dos direitos humanos, diz Cançado Trindade: “No plano jurisprudencial, é hoje ponto pacífico que os direitos civis e políticos consagrados na Convenção Europeia abarcam não só a obrigação de abstenção estatal mas também as medidas positivas por parte dos Estados, tidas como perfeitamente compatíveis com o regime de supervisão da Convenção. (...) Têm-se interpretado as garantias do devido processo legal (artigo 6) de modo a cobrir não só questões de ordem privada, mas também as que recaem no âmbito do direito público ou social (e.g., direito ao exercício de uma profissão, reivindicações de benefícios da seguridade social); e a obrigação de tomar “providências” para assegurar o respeito do direito à vida abarcaria não só a criação de um sistema eficaz de prevenção do crime (sistema penal) como também de um sistema de saúde hospitalar pública, ou seja, de serviços médicos e sociais mínimos”. CANÇADO TRINDADE, 1996a. p. 15.

forma de assimilar e resguardar os direitos humanos. São sentenças que, garantindo plena e praticamente os direitos humanos, negam-se a se limitar à retórica dos textos constitucionais e dos tratados internacionais, que podem ter como objetivo *“apenas forjar as condições simbólicas necessárias para uma assimilação acrítica da ordem jurídica.”*⁶

Por fim, agradeço aos colegas professores Virgínia Colares e Alexandre Pimentel, da Universidade Católica de Pernambuco, que contribuíram com a leitura crítica do caso Lustig-Prean e Beckett contra o Reino Unido. É do prof. Alexandre Pimentel a idéia de utilizar o poema de Pessoa/Campos, que o faço na abertura deste livro. Não tenho como agradecer-lhes.

Jayme Benvenuto

Professor de Direito Internacional Público.

Coordenador do Programa de Mestrado em

Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

⁶ FARIA, 1998b, p. 98.

**O CASO MAYAGNA AWAS TINGNI CONTRA A
NICARÁGUA PERANTE O SISTEMA
INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS:
DEMARCAÇÃO DE TERRAS ANCESTRAIS INDÍGENAS**

1 Introdução

O caso Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2001, constitui atualmente situação de referência no estudo sobre a jurisprudência da Corte, em razão de sua vinculação com a proteção a direitos sociais, e em particular em razão da demanda por proteção à propriedade comunal tradicional indígena. A comunidade indígena nicaraguense em questão é constituída de aproximadamente 142 famílias que compõem uma população de cerca de 630 indivíduos. Sua principal aldeia se encontra às margens do Rio Wawa, no Município de Waspan, na Região Autônoma Atlântico Norte (RAAN) da Nicarágua. Trata-se de uma comunidade cuja definição de poder é baseada na liderança tradicional, orientada pelo costume, reconhecida pelos artigos 89 e 180 da Constituição Nicaraguense e pelo artigo 11 (4) do Estatuto de Autonomia das Regiões da Costa Atlântica da Nicarágua (Lei nº 28/1997).

Mayagna Awas Tingni subsiste principalmente da agricultura familiar e comunitária, da colheita de frutas e plantas medicinais, da caça e da pesca, atividades desenvolvidas dentro de um espaço territorial, de acordo com um sistema tradicional de posse da terra que está vinculado à organização sócio-política da comunidade.

A demanda tem início em razão da divergência da comunidade com ato da Junta Diretora do Conselho Regional da Região Autônoma Atlântico Norte, que em 1995 reconheceu um convênio firmado entre o Governo Regional Autônomo e a Empresa Solcarsa S/A para “iniciar operações forestais [...] na Zona de Wakambay”⁷, diante do que o representante legal da comunidade manifesta-se através de carta endereçada ao Ministério do Ambiente e Recursos Naturais (MARENA) em que protesta contra uma possível outorga de concessão nas terras indígenas à Solcarsa S/A, sem a consulta prévia à Comunidade.

Face à possibilidade de perda, a comunidade entrou com um primeiro recurso perante o Tribunal de Apelações de Matagalpa contra o MARENA objetivando suspender a outorga da referida concessão. Tal recurso foi declarado improcedente, mediante a alegação de não haver sido apresentado dentro do prazo legal; diante do que a comunidade apresentou um recurso de amparo por via de fato perante a Corte Suprema de Justiça, solicitando a revisão da decisão do Tribunal de Apelações. Esta Corte, no entanto, levou um ano e meio para se pronunciar acerca do aludido recurso e, quando decidiu, considerou-o intempestivo.

Em março de 1996, o Estado nicaraguense, através do MARENA, outorgou uma concessão à Solcarsa S/A, pelo período de 30 anos, para explorar aproximadamente 62.000

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000. p. 2.

hectares de uma região dentro das terras reclamadas pela comunidade. Os advogados do MARENA comunicaram aos advogados da comunidade que a concessão outorgada à Solcarsa S/A havia sido aprovada pelo Conselho Regional da RAAN, e que as comunidades indígenas não gozavam de personalidade ou existência legal independente, estando representadas pelo referido Conselho. Os líderes da comunidade solicitaram, então, ao Pleno do Conselho Regional, assistência na demarcação de suas terras ancestrais com o objetivo de deter o avanço da concessão outorgada.

Face ao pedido, a Junta Diretora do Conselho Regional comunicou aos advogados da comunidade que sua resolução de nº 25, datada de junho de 1995, estava sujeita à ratificação pelo Pleno do Conselho Regional, ratificação esta que não foi concedida e que a Junta Diretora não havia outorgado, nem tampouco outorgaria tal consentimento para a concessão.

Em 29 de março de 1996, dois membros do Conselho Regional da RAAN interpuseram recurso de amparo perante a Corte Suprema contra a concessão estabelecida em favor da Solcarsa S/A. A Corte Suprema de Justiça se pronunciou a favor do recurso e declarou a inconstitucionalidade da concessão, o que ocorreu em fevereiro de 1997. Posteriormente, funcionários do Estado realizaram ações para que a concessão fosse submetida à aprovação do Conselho Regional da RAAN. A maioria deste Conselho votou a favor da concessão, diante do que a comunidade interpôs um segundo recurso de amparo, através do qual denunciou membros da Junta Diretora por haver aprovado a concessão sem considerar os direitos das comunidades indígenas, apesar de existir uma solicitação formal sobre o tema.

Em 12 de novembro de 1997, o Tribunal de Apelações de Matagalpa admitiu o segundo recurso de amparo, instruindo os demandados a apresentarem seus pedidos perante a Corte Suprema de Justiça e negando a solicitação da comunidade de suspender a concessão à Solcarsa S/A. Em 12 de fevereiro de 1998, a Corte Suprema de Justiça da Nicarágua emitiu uma ordem executória da sentença de 27 de fevereiro de 1997, em favor dos membros do Conselho Regional da RAAN.

2 O procedimento perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Mediante a alegação de esgotamento dos recursos internos, conforme disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o caso foi apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos já no ano de 1995, acompanhado posteriormente de uma solicitação complementar de medidas cautelares, visto que o Estado estava prestes a outorgar a

concessão à Solcarsa. Em março de 1996, os peticionários enviaram à Comissão uma proposta de solução amistosa para o caso, que já havia sido apresentada aos ministros das Relações Exteriores e do Meio Ambiente e Recursos Naturais. Os peticionários apresentaram também um documento mediante o qual outras comunidades indígenas da RAAN e do Movimento Indígena da Região Autônoma Atlântico Sul aderiam à petição apresentada perante a Comissão. Foram realizadas reuniões informais entre as partes e a Comissão, no ano de 1996, com o objetivo de se chegar a uma solução amigável para o caso. Nessas ocasiões, a comunidade indígena solicitou ao Estado a demarcação de suas terras ancestrais e, enquanto isto não ocorresse, que a concessão à Solcarsa fosse suspensa. O Estado da Nicarágua rechaçou a proposta de acordo. Os peticionários propuseram que a Comissão visitasse a Nicarágua para dialogar com as partes. Após certo acirramento nas relações, o Estado apresentou documentos probatórios anunciando a criação da Comissão Nacional de Demarcação e convidando os peticionários a participar da mesma.

Em 1997, os peticionários reiteraram sua solicitação de medidas cautelares, informando posteriormente que o Estado não havia suspenso as atividades florestais na área. A Comissão solicitou ao Estado a adoção de medidas cautelares para suspender a concessão à Solcarsa, enquanto o Estado solicitou à Comissão o arquivamento do caso, tendo em vista que o Conselho Regional da RAAN havia ratificado a aprovação da concessão à Solcarsa. Os peticionários, por sua vez, informaram que o Conselho Regional da RAAN era parte da organização político-administrativa do Estado e estava atuando sem levar em conta os direitos territoriais da comunidade. Solicitaram, ainda, que a Comissão observasse o disposto no art. 50 da Convenção. Em seguida, o Estado comunicou à Comissão que não se havia esgotado os recursos internos referentes ao caso, invocando a aplicação dos artigos 46 da Convenção e 37 do Regulamento da Comissão. Em 03 de março de 1998, a Comissão aprovou o relatório de n. 27/98 em que define a responsabilidade do Estado nicaraguense pela violações ao direito à propriedade indígena tanto do ponto de vista substantivo quanto da impossibilidade de acesso aos recursos internos para as pretensões comunitárias:

141. Sobre a base das ações e omissões examinadas, (...) que o Estado da Nicarágua não tem cumprido com suas obrigações sob a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O Estado da Nicarágua não demarcou as terras comunais da Comunidade Awas Tingni, nem de outras comunidades indígenas. Tampouco tomou medidas efetivas que assegurem os direitos de propriedade da Comunidade em suas terras. Esta omissão por parte do Estado constitui uma violação aos artigos 1, 2, e 21 da Convenção, os quais em seu conjunto estabelecem o direito a ditas medidas efetivas. Os artigos 1 e 2 obrigam os Estados a tomar as medidas necessárias para implementar os direitos contidos na Convenção.

142. O Estado da Nicarágua é responsável por violações ao direito à propriedade na forma ativa, consagrado no artigo 21 da Convenção, ao outorgar uma concessão à companhia SOLCARSa para realizar nas terras Awas Tingni trabalhos de construção de estradas e de exploração de madeira, sem o consentimento da Comunidade Awas Tingni.

143. [...] o Estado da Nicarágua não garantiu um recurso efetivo para responder às reclamações da Comunidade Awas Tingni sobre seus direitos às terras e recursos naturais, de acordo com o artigo 25 da Convenção.⁸

A Comissão ainda recomendou à Nicarágua a introdução em seu ordenamento jurídico de procedimento adequado às pretensões pela demarcação de terras, a suspensão da concessão e o diálogo com a comunidade indígena, conforme definição abaixo reproduzida:

a. Estabelecesse um procedimento em seu ordenamento jurídico, aceitável às comunidades indígenas envolvidas, que tivesse como resultado a pronta demarcação e o reconhecimento oficial do território de Awas Tingni e dos territórios de outras comunidades da Costa Atlântica;

b. Suspendesse com a maior brevidade, toda atividade relativa à concessão madeireira outorgada à SOLCARSa pelo Estado dentro das terras comunais de Awas Tingni, até que a questão da posse da terra que afeta as comunidades indígenas houvesse sido resolvida, ou que se houvesse chegado a um acordo específico entre o Estado e a Comunidade Awas Tingni; [y]

c. Iniciasse no prazo de um mês um diálogo com a Comunidade Awas Tingni, a fim de determinar sob que circunstâncias se poderia chegar a um acordo entre o Estado e a Comunidade Awas Tingni.⁹

Com relação às recomendações da Comissão, a Nicarágua manifestou resposta intempestiva assinalando contar com uma Comissão Nacional para a Demarcação das Terras das Comunidades Indígenas da Costa Atlântica e haver procedido à preparação do Projeto de Lei de Propriedade Comunal que tem como objetivos o estabelecimento do credenciamento das comunidades indígenas e suas autoridades, a delimitação e titulação das propriedades e a solução do conflito. Em relação à recomendação de suspender toda atividade relativa à concessão madeireira outorgada à SOLCARSa e cumprir com a sentença da Corte Suprema de Justiça, o Estado da Nicarágua informou haver cancelado a concessão e notificado a SOLCARSa da decisão

No que toca às conclusões da Comissão no mesmo relatório de n. 27/98, o Estado nicaraguense expressou reconhecimento dos direitos das comunidades indígenas, consagrados na Constituição e normas legislativas, assinalando que :

o [G]overno da Nicarágua tem dado fiel cumprimento às anteriores disposições legais, e por conseguinte, sua atuação tem sido acorde com o ordenamento jurídico nacional e com o que estabelecem as normas e procedimentos da Convenção [Americana sobre] Direitos Humanos. Por sua parte, a Comunidade de Awas Tingni

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000. p. 6.

⁹ Id.

*exerceu seus direitos declarados na lei e teve acesso aos recursos que a mesma lhe confere.*¹⁰

Com base em argumentos acima expostos, a Nicarágua pediu à Comissão o arquivamento do caso. Entretanto, em 04 de Junho de 1998, a Comissão submeteu o caso à Corte por considerar que havia sido esgotada sua capacidade de mediar uma solução amistosa.

3 O procedimento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Nicarágua é Estado parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos desde 25 de setembro de 1979 e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 12 de fevereiro de 1991, razão pela qual esta julgou-se competente para conhecer o caso.

A apresentação da demanda à Corte foi feita invocando-se os artigos 50 e 51 da Convenção Americana e os artigos 32 e seguintes do Regulamento da Corte. A Comissão submeteu o caso à Corte para que a mesma decidisse a respeito da violação dos artigos 1º. da Convenção (Obrigação de Respeitar os Direitos), 2º. (Dever de Adotar Disposições de Direito), 21 (Direito à Propriedade Privada) e 25 (Proteção Judicial). A Comissão ainda solicitou à Corte que declarasse a obrigação do Estado em demarcar as terras da comunidade, abster-se de outorgar concessões até que a questão fosse resolvida, indenizar a comunidade e pagar as custas e gastos referentes ao processo.

3.1 A apresentação de Exceções Preliminares perante a Corte

No dia 19 de agosto de 1998, a Nicarágua interpôs uma exceção preliminar com fundamento no não esgotamento dos recursos da jurisdição interna, conforme os artigos 46 e 47 da Convenção e solicitou que a Corte declarasse a inadmissibilidade da demanda, sob os argumentos de que a comunidade incorrera em uma série de omissões e atuações processuais defeituosas na impugnação da concessão florestal outorgada pelo governo; não usara todos os recursos jurisdicionais existentes; e não formulara uma petição às autoridades competentes no âmbito da administração central.¹¹

Em suas observações, a Comissão manifestou que a exceção preliminar interposta pelo Estado deveria ser declarada inadmissível em razão de aquele haver reconhecido sua responsabilidade, ao assinalar, em diferentes comunicações do mês de maio de 1998, a maneira

¹⁰ Id.

¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000. p. 10.

como estava cumprindo as recomendações da Comissão e ao requerer a suspensão de 12 meses para informar sobre as medidas acerca das recomendações. Argumentou que a Nicarágua não pleiteou a exceção durante o procedimento na Comissão, não cabendo fazê-lo perante a Corte. A Comissão também levantou que membros da comunidade se dirigiram várias vezes aos órgãos assinalados como competentes pelo Estado (no momento de sua contestação) com o intuito de resolver o caso, não tendo estes órgãos se declarado competentes ou se proposto a resolver a demanda.

A Nicarágua contra-argumentou que havia pleiteado e reiterado à Comissão a exceção de não esgotamento dos recursos internos desde o início do procedimento da Comissão:

*especificamente, em sua resposta ao memorando de entendimento apresentado pelos peticionários dentro do marco de solução amistosa e, em reiterados escritos ao longo da tramitação do caso, entre eles: os de data de 5 de novembro, 4 e 19 de dezembro de 1997, 14 de fevereiro e 2 de março de 1998. Além do mais, esta posição foi expressada por representantes do Governo em audiências celebradas na sede da Comissão no último dia 4 de março de 1997 e posteriormente, no mês de outubro do mesmo ano.*¹²

Acerca de tal alegação, a Comissão assinalou que, de acordo com o princípio de *estoppel*, o Estado estava impedido de alegar a exceção já que, depois de um longo processo de encontros com a Comissão e a comunidade,

*e[ra] a primeira vez na história deste caso que o Estado apresenta[va] o argumento de não esgotamento por erro processual das vítimas". Entretanto, indicou que "[c]omunicações posteriores do Estado que argumentavam o não esgotamento de recursos internos não chegaram à Comissão até novembro de 1997, e não fizeram referência ao primeiro recurso de amparo da Comunidade senão a seu segundo recurso e a recursos de amparo interpostos por outras partes em oposição à outorga da concessão à SOLCARSA.*¹³

O Estado, enfim, não podia pleitear da exceção depois de haver participado do procedimento de solução amistosa durante anos. Com relação à regra de esgotamento dos recursos internos, a Corte resolveu considerar que o Estado pode, de acordo com os princípios de Direito Internacional, em primeiro lugar renunciar de forma expressa ou tácita à invocação de tal regra.¹⁴ Em segundo lugar, a Corte decidiu que para que uma exceção seja oportuna, é preciso que a mesma seja pleiteada nas primeiras etapas do procedimento, na falta da qual se

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000. p. 11.

¹³ *Id.*

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000. p. 12.

deduz ter havido a renúncia tácita por parte do Estado.¹⁵ Decidiu, por tanto, a Corte, por unanimidade, desestimar a exceção preliminar e continuar o conhecimento do caso.¹⁶

3.2 A decisão de mérito e sua relação com os direitos sociais

A Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que o Estado violou, em prejuízo da comunidade Awas Tingni, o artigo 25 da Convenção Americana (direito à proteção judicial), em conexão com os artigos 1.1 e 2 da mesma Convenção. Para tanto, a Corte considerou o conteúdo dos artigos 5º., 89 e 180 da Constituição Política da Nicarágua de 1995 e da lei que regula o Estatuto da Autonomia das Regiões da Costa Atlântica da Nicarágua, além do decreto nº 16, de 23 de agosto de 1996, referente à criação da Comissão Nacional para a Demarcação das Terras das Comunidades Indígenas da Costa Atlântica, que determina que se faz necessário estabelecer uma instância administrativa adequada para iniciar o processo de demarcação das terras tradicionais das comunidades indígenas. Considerou também a lei nº 14, chamada de Lei de Reforma Agrária, a qual estabelece no seu artigo 31 que: *“O Estado disporá das terras necessárias para as comunidades Miskitas, Sumos, Ramas e demais etnias do Atlântico da Nicarágua, com o propósito de elevar seu nível de vida e contribuir para o desenvolvimento social e econômico da [N]ação”*.¹⁷

Com base no acima exposto, a Corte considerou evidente a existência de normas que reconhecem e protegem a propriedade comunitária indígena na Nicarágua¹⁸. No entanto, notou que o procedimento para titulação das terras ocupadas pelos grupos indígenas não estava claramente regulado na legislação nicaragüense. A dita lei nº 14, na consideração da Corte, não estabelecia um procedimento específico para a demarcação e titulação das terras indígenas atendendo a suas características particulares. A consideração se baseou em depoimentos de várias testemunhas e peritos que compareceram perante a Corte e manifestaram que na

¹⁵ Id.

¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000. p. 13.

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000. p. 71.

¹⁸ A primeira Constituição nacional a garantir o direito de propriedade aos povos indígenas foi a pioneira Constituição mexicana de 1917 em matéria de direitos sociais. A reivindicação indígena pela terra no México *“fixou-se juridicamente nas disposições do artigo 27 da constituição de 1917, que, na sua redação original, garante o direito das comunidades indígenas a suas terras, reivindicando tanto aquelas de que foram despojadas como dando-as aos núcleos de povoação que delas carecem. Esse direito agrário mexicano, que reconhece um direito à terra ancestral, questiona, ao mesmo tempo, o próprio Direito da modernidade, pois com relação à posse da terra proclama a existência da comunidade indígena como titular de direitos”*. Rangel, Jesus Antonio de la Torre. Direitos dos Povos Indígenas: da Nova Espanha até a Modernidade. In Direito e Justiça na América Indígena. Da Conquista à Colonização. WOLKMER, 1998. p. 235.

Nicarágua há um desconhecimento geral e uma incerteza do que se deve fazer e perante quem se deve dirigir uma petição relacionada à demarcação e titulação de terras.

O mesmo foi sustentado em provas documentais, como o *Diagnóstico General* sobre “a posse da terra nas comunidades indígenas da Costa Atlântica”, que afirmava:

*[...]a ausência de uma legislação que atribua ao INRA as faculdades específicas para titular as terras comunais indígenas” e se afirma que é possível que a existência de “ambigüidades legais haja [...] contribuído à marcada lentidão da resposta do INRA às demandas indígenas pela titulação comunal”. E [...]existe uma incompatibilidade entre as leis específicas de Reforma Agrária sobre a questão da terra indígena e o ordenamento legal do país. Esse problema implica confusão legal e conceitual, e contribui para a ineficácia política das instituições encarregadas de resolver este tema.*¹⁹

A propósito da situação social dos índios da região, alguns depoimentos de peritos do caso são elucidativos. Na visão de Rodolfo Stavenhagen Gruenaum²⁰, antropólogo e sociólogo, na condição de perito no processo, os povos da região estão num estado tradicionalmente marginalizado pelo poder central e vinculados a algum interesse do tipo econômico ou internacional, embora muito conscientes de sua identidade cultural, com formas de organização próprias que os distinguiria do resto da população da Nicarágua. Para Stavenhagen, os povos indígenas, em diferentes países do continente, enfrentam problemas de discriminação, situação que tem se modificado há alguns anos, devido a mudanças legislativas e constitucionais, à opinião pública e também devido às reclamações e pelo seu nível de organização. Outro perito, Roque de Jesús Roldán Ortega²¹, advogado, afirmou haver na Nicarágua dois tipos de indígenas: um situado na Zona Pacífica, fortemente vinculado à economia de mercado e bastante integrado aos padrões da cultura nacional e outro situado na Zona Atlântica, que mantém fortes traços de sua cultura tradicional, entre os quais se encontram os Mayagna. Na sua percepção, a partir do descobrimento da América Latina, a política de tratamento dos povos indígenas baseou-se na busca de uma integração acelerada daqueles povos aos padrões de vida do resto da sociedade nacional. Paulatinamente, os países viriam modificando seu regime constitucional, passando a reconhecer a diversidade cultural dos povos indígenas e o direito à legalização de suas terras. A Nicarágua, a seu juízo, foi um dos primeiros países da América Latina a fazer esse reconhecimento, a partir do momento em que sua Constituição Política de 1987 e a Lei de Autonomia foram adotadas, considerando os indígenas “proprietários plenos da terra”. Apesar da garantia constitucional avançada, algumas mudanças de ordem legal seriam necessárias no país,

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2000. p. 71-72.

²⁰ Ibid., p. 25.

²¹ Ibid., p. 40.

entre elas nas normas constitucionais, de modo a viabilizar na prática os direitos indígenas. A perita Lottie Marie Cunningham de Aguirre²², advogada, acrescentou que as comunidades indígenas enfrentavam historicamente problemas com o sistema judicial do país devido à falta de harmonia entre o Direito Positivo e o Direito Consuetudinário, bem como devido à demora judicial em assuntos de interesse social. A perita esclareceu que a Constituição da Nicarágua consagra, do ponto de vista formal, o direito de propriedade das comunidades indígenas nos artigos 5, 89 e 180.

Para a Corte, ficou provado inexistir na Nicarágua uma política de titulação de terras de comunidades indígenas. A declaração da perita Lottie Marie Cunningham de Aguirre é clara nesse sentido, ao afirmar não existir nenhum procedimento interno através do qual as comunidades possam se valer para defender seus direitos ancestrais.

A Corte considerou provado que a comunidade Awas Tigni havia realizado diversas ações perante várias autoridades nicaraguenses no sentido de fazer valer os seus direitos. Em particular no que diz respeito aos recursos de amparo efetuados pela comunidade, a Corte julgou que o Estado desconheceu o princípio de prazo razoável consagrado na Convenção Americana.

As declarações de diversas testemunhas demonstraram a ausência de respostas do governo, em que pese as ações da comunidade pelo reconhecimento de seus direitos. Jaime Castillo Felipe²³, na condição de ex-síndico da comunidade, informou à Corte que, de 1991 a 1996, requereu ao INRA a titulação ou demarcação das terras em favor da comunidade, no entanto, as gestões foram infrutíferas, visto não haver obtido resposta até aquela data. Em 12 de março de 1996, realizou uma ação perante o governo Regional da RAAN, obtendo como resposta que o órgão iria estudar sua solicitação, mas que não recebeu qualquer resposta. Na oportunidade, apresentou mapas da comunidade, o censo da população e um documento referente ao território da comunidade elaborado pelo Doutor Theodore MacDonald, da Universidade de Harvard. Brooklyn Rivera Bryan²⁴, dirigente indígena pertencente a uma das comunidades Miskitas e residente na Região Autônoma do Atlântico Norte da Nicarágua, declarou haver realizado ações opondo-se à outorga das concessões. Por não obter uma atenção adequada do Estado, enviou uma comunicação a todos os demais ministros, os quais não demonstraram nenhum interesse no assunto. Acompanhada dos representantes das comunidades, a testemunha se comunicou com as altas autoridades do MARENA para pleitear as inquietações das comunidades. A posição de tal instituição, igualmente à do Governo, era de

²² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000. p. 43.

²³ Ibid., p. 20.

²⁴ Ibid., p. 33.

que as áreas vazias eram do Estado, que as comunidades não possuíam título de propriedade e que a concessão lhes iria trazer benefícios porque geraria empregos. Em sua visão, nunca se consultou as comunidades indígenas da região sobre a conveniência da concessão à Solcarsa, nem tão pouco se assumiu um compromisso de investigar e atender de forma adequada às reclamações da comunidade. Humberto Thompson Sang²⁵, membro da Comunidade indígena Lanlaya, prestou declaração no mesmo sentido: interpôs dois recursos contra a concessão da Solcarsa, mas a situação da demarcação ou titulação das terras indígenas seguiu sem progressos.

À luz do artigo 21, combinado com os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, a Corte considerou que o Estado violou o direito ao uso e ao gozo dos bens dos membros da comunidade Awas Tigni visto que não delimitou nem demarcou a propriedade comunitária e outorgou concessões a terceiros para exploração de bens e recursos existentes na propriedade indígena. Baseou-se, para tanto, numa interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, levando em conta as normas de interpretação aplicáveis, em conformidade com o artigo 29.b da Convenção (que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos). Na visão da Corte, o art. 21 da Convenção Americana protege o direito à propriedade em um sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas em relação à propriedade comunitária que, por sua vez, também está reconhecida pela Constituição Política da Nicarágua. Na decisão, a Corte levou em conta que a relação das comunidades indígenas com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual, inclusive como preservação do seu legado cultural e transmissão deste às gerações futuras²⁶.

A necessidade de titulação, portanto, seria inquestionável. Segundo declaração de Jaime Castillo Felipe²⁷, essa necessidade era demonstrada pelo fato de quando uma pessoa morria na comunidade não haver como passar aos outros o direito pelo uso da terra, situação que deixava a todos vulneráveis. A respeito do reconhecimento do direito à propriedade das terras ancestrais, também é importante o testemunho de Charly Mclean Cornelio²⁸, natural da comunidade, e à época do julgamento secretário da Comissão Territorial de Awas Tigni. Em

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001. p. 35.

²⁶ Szabo faz interessante referência aos direitos das minorias como direitos humanos: "Mas se eles realmente pertencem, basicamente, a esta categoria, isto depende da posição global contemporânea das minorias, mais precisamente, se os grupos minoritários são amplos ou se há muitos grupos, os quais podem ser considerados como minorias e requerem regulações políticas e proteção conforme tais condições desvantajosas de moradia; em tal contingência, esses direitos podem ser incluídos dentro dos direitos humanos (...)". SZABO, 1974. p. 112.

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001. p. 20.

²⁸ Ibid., p. 21.

1991, ele participou, junto com outros líderes da comunidade, da elaboração do mapa que define os limites territoriais Mayagna. Para ele, a luta dos Mayagna para que o Estado reconheça seu direito histórico à terra data de muito tempo atrás. Uma das últimas tentativas de obter o Direito foi mediante a elaboração de um documento intitulado *Luchando para Mayagna Sumo*, através do qual a comunidade solicitou o reconhecimento de seus direitos ao INRA, sem, no entanto, ter obtido resposta do ministro. A propósito, o histórico de ações da comunidade sem resposta do Estado sugere uma estratégia para retirar-lhe o fôlego para lutar por seus direitos, como, aliás, acontece em diversas partes das Américas.

O caráter comunitário da propriedade indígena, a propósito, é amplamente sustentado pela doutrina relacionada aos direitos indígenas.

Vivendo em sociedades tribais, os nativos tinham da terra – como do resto das coisas – uma idéia de objeto da apropriação coletiva, em benefício de todos. (...) O instituto prático primitivo da comunhão da terra associava-se à característica da completa autonomia de vontade dos indivíduos. Laços de autoridade quase não existiam, senão nos momentos de guerra. Cada qual fazia o que bem entendesse. Só os mitos e costumes do grupo é que mantinham a união. (...) tratava-se de uma sociedade economicamente homogênea e politicamente dispersa, garantida pela posse coletiva dos bens.²⁹

A propriedade coletiva é explicada por muitos em função das características das sociedades pré-coloniais:

As sociedades indígenas pré-coloniais, assim como as demais sociedades humanas, são homogêneas, isto é, indivisíveis. Qualquer separação do jurídico, do econômico, do religioso, do político e do social é artificial, pois existe uma rede de interligações de todas as atividades humanas, não sendo possível, na prática, isolá-las.³⁰

Com a sentença, por tanto, a Corte Interamericana demonstra a capacidade de absorver aspectos importantes do direito indígena tradicional, para além de considerações sobre o pluralismo jurídico³¹. Além de sua história e cultura, a legitimidade indígena para requerer a

²⁹ RUSCHEL, 1998. p. 113. Noutra perspectiva, fala-se nas sociedades “caçadoras e coletoras” e “pastoras”, unidas pela condição nômade, o que faria não se habilitarem “a direitos individuais à terra”. WERNER, 1985. p. 41.

³⁰ COLAÇO, 1998. p. 96-97.

³¹ Por pluralismo jurídico entende Boaventura de Souza Santos: “sempre que no mesmo espaço geográfico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica. Esta pluralidade normativa pode ter uma fundamentação econômica, rática, profissional ou outra; pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo, um período de transformação revolucionária ou pode ainda resultar (da conformação específica do conflito de classes numa área determinada de reprodução social”. SANTOS, 1990. p. 42.

propriedade de terras ancestrais encontra-se na função social da propriedade³², garantida pelas normas constitucionais contemporâneas e que:

não podem ser interpretadas, segundo entendeu erroneamente uma parte da doutrina germânica, como simples diretrizes para o legislador, na determinação do conteúdo e dos limites da propriedade. Elas dirigem-se, na verdade, diretamente aos particulares, impondo-lhes o dever fundamental de uso dos bens próprios, de acordo com a sua destinação natural e as necessidades sociais.³³

A Corte assinalou também não haver provas da existência de danos materiais aos membros de Awas Tingni, afirmando que a sentença constitui, *per se*, uma forma de reparação para os membros da comunidade. Contudo, considerou que devido à falta de delimitação, demarcação e titulação da propriedade comunitária, o dano imaterial sofrido deveria ser reparado, por via substitutiva, mediante uma indenização pecuniária, fixada conforme a equidade e baseando-se em uma apreciação prudente do dano imaterial.

Por sete votos contra um, a Corte declarou.³⁴

1. que o Estado violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em prejuízo dos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, em conexão com os artigos 1.1 e 2 da Convenção, em conformidade com o exposto no parágrafo 139 da presente Sentença.

Dissente o Juiz Montiel Argüello.

(...)

2. que o Estado violou o direito à propriedade consagrado no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em prejuízo dos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, em conexão com os artigos 1.1 e 2 da Convenção, em conformidade com o exposto no parágrafo 155 da presente Sentença.

(...).

Por unanimidade, declarou a Corte:

3. que o Estado deve adotar em seu direito interno, em conformidade com o artigo 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas, acorde com o direito consuetudinário, os valores, usos e costumes destas, de conformidade com o exposto nos parágrafos 138 e 164 da presente Sentença.

(...)

³² A respeito do direito à propriedade e sua função social, discorre Moraes: "Aquele refere um interesse individual, enquanto pensado na sua pureza; esta, adjetivando-o, impõe a sua transcendência como interesse transindividual de natureza difusa, pois a quem pertence a função social da propriedade, parafraseando Cappelletti". MORAIS, 1996. p. 151-152. A propósito da menção a Cappelletti, o mesmo argui: "A quem pertence o ar que respiro?".

³³ COMPARATO, 1999. p. 382.

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001. p. 89-90.

4. *que o Estado deverá delimitar, demarcar e titular as terras que correspondem aos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni e abster-se de realizar, até que não se efetue essa delimitação, demarcação e titulação, atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que atuem com sua aquiescência ou sua tolerância, afetem a existência, o valor, o uso ou o goce dos bens localizados na zona geográfica onde habitam e realizam suas atividades os membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, em conformidade com o exposto nos parágrafos 153 e 164 da presente Sentença.*

(...)

5. *que a presente Sentença constitui, per se, uma forma de reparação para os membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni.*³⁵

Por sete votos contra um, decidiu a Corte

6. *por equidade, que o Estado deve investir, a título de reparação do dano imaterial, no prazo de 12 meses, a quantia total de US\$ 50.000 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) em obras ou serviços de interesse coletivo em benefício da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, em comum acordo com esta e sob a supervisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em conformidade com o exposto no parágrafo 167 da presente Sentença. (...).*

7. *por equidade, que o Estado deve pagar aos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a quantia total de US\$ 30.000 (trinta mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de gastos e custas em que incorreram os membros de dita Comunidade e seus representantes, ambos causados nos processos internos e no processo internacional perante o sistema interamericano de proteção, em conformidade com o exposto no parágrafo 169 da presente Sentença. (...).*³⁶

Por unanimidade, decidiu a Corte:

8. *que o Estado deve apresentar à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cada seis meses, a partir da notificação da presente Sentença, um informe sobre as medidas tomadas para o cumprimento.*

(...)

9. *decide que supervisionará o cumprimento desta Sentença e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado haja dado cabal aplicação ao disposto na presente decisão.*³⁷

Do ponto de vista documental, a Corte baseou sua decisão num estudo intitulado *Diagnóstico de la tenencia de la tierra de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica*, elaborado pelo Central American and Caribbean Research Council, apresentado pelo governo, e em três documentos apresentados pela Comissão, dois dos quais a respeito do ditame etnográfico chamado *Awas Tingni - un Estudio Etnográfico de la Comunidad y su Territorio* e na cópia de um outro documento intitulado *Awas Tingni: Un Estudio Etnográfico de la Comunidad y su Territorio. Informe 1999*.

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2001. p. 90.

³⁶ Id.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2001. p. 91.

A importância cultural e religiosa do território para os indígenas é também ilustrada pelos depoimentos de peritos e testemunhas. Para Jaime Castillo Felipe, o território dos Mayagna é vital para o desenvolvimento cultural, religioso e familiar e para a própria subsistência da comunidade indígena. O território, para eles, é sagrado. Quando os habitantes de Awás Tingni passam por certos lugares, que datam de 300 séculos, segundo seu avô Ihe dizia, têm que fazê-lo em silêncio, como sinal de respeito a seus mortos e saúdam a Asangpas Muigeni, o espírito do monte. Por seu lado, na visão do perito Rodolfo Stavenhagen Gruenaum, um tema fundamental para a definição dos povos indígenas é sua relação com a terra, sendo preciso compreendê-la não como um simples instrumento de produção agrícola, mas como parte de um espaço geográfico e social, simbólico e religioso, com o qual se vincula a história e a atual dinâmica daqueles povos. A própria saúde física, mental e social do povo indígena estão vinculadas ao conceito da terra.

(...) o problema das terras indígenas não se reduz a uma simples questão de direito patrimonial, mas está intimamente associada às variantes culturais da vida do indígena, e juridicamente, deve ser observada também como problema cultural, especialmente a se considerá-las como habitat remanescente de populações primitivas.³⁸

É instigante a abordagem de Lopes em relação às exigências crescentes por validação de direitos sociais em confrontação com as tensões do passado sobre direitos igualmente emergentes:

E assim como no século XIX os proprietários de escravos diziam que a abolição seria uma atitude inconstitucional, porque eles haviam lícitamente adquirido escravos segundo as leis e a própria Constituição do Império, assim hoje debate semelhante se opera entre nós.³⁹

A diferença é que – como, aliás, indicado no texto de Lopes – hoje,

com a constitucionalização de direitos sociais, com a expectativa de incorporação à cidadania, com a organização dos movimentos sociais com reivindicações vinculadas em termos não apenas políticos, mas já político-jurídicos, são estes não possuidores, são estes, a quem foi atribuída a situação de marginalizados que chegam crescentemente aos tribunais pedindo sua parte na riqueza social.⁴⁰

³⁸ BASTOS, 1985. p. 93.

³⁹ LOPES, 1998. p. 88-89.

⁴⁰ Ibid., 1998. p. 88.

A sentença da Corte, embora não tendo o propósito de se sobrepor à decisão nacional, recupera o sentido para o qual o Poder Judiciário se justifica. Discorrendo sobre a crise deste poder, apegado a um formalismo e à sustentação de elites do passado, corrobora Cintra Junior:

As decisões técnicas de juízes que elaboram nada mais que a operação silogística de subsunção do fato às leis garantidoras da propriedade civil não resolvem a questão e são socialmente desconfirmadas, num evidente desprestígio para o Poder Judiciário. Não se pode apartar aquelas leis antigas de sua dimensão constitucional atual. Hoje, um dos atributos básicos da propriedade é sua função social (...).⁴¹

Com o que é possível resgatar o sentido dos estados modernos pluriculturais:

(...) os estados modernos, ao se proclamarem pluriculturais reconhecem, pelo menos no plano do imaginário social, que o direito ao reconhecimento é uma das aspirações fundamentais da pessoa humana e que as reivindicações surgidas a partir das identidades coletivas, embora produto de sua inserção histórica no conjunto da nação, expressam uma nova forma de articulação e de reprodução sócio-política das chamadas alteridades. (...) Essa identidade só se tornará compreensível (...) na medida em que for possível reconstruir a história e a inserção do 'grupo étnico' no tecido das relações sociais mais amplas, suas formas de resistência, suas modalidades e reprodução econômico-social, suas relações políticas com o Estado e as condições psicológicas decorrentes do conjunto de estereótipos que a nação lhe atribui, conjunto que – sabemos – é composto de preconceitos expressos ou velados, de valores negativos, de paternalismos escamoteadores, de relações – enfim – que expressam a forma da historicidade compulsória projetada sobre as desvalidas 'sociedades sem história'.⁴²

3.3 A decisão sobre medidas provisórias

Uma terceira sentença sobre o caso foi adotada pela Corte Interamericana em função de uma comunicação dos representantes da comunidade Mayagna, de 19 de julho de 2002, mediante a qual, em conformidade com os artigos 63.2 da Convenção, requeriam medidas provisionais com o objetivo de preservar a integridade do direito ao uso e gozo da comunidade sobre suas terras e recursos, tal como reconhecido pela sentença de 31 de agosto de 2001. A ordenação de medidas provisionais se fazia necessária para evitar o dano imediato e irreparável resultante de atividades contínuas de terceiros que permaneciam no território da comunidade ou que exploravam os recursos naturais de suas terras através de medidas específicas. Ainda na avaliação dos representantes da comunidade, a Nicarágua não estava cumprindo seu compromisso, ditado na referida sentença, e, pior, estava permitindo que se perpetuasse a

⁴¹ CINTRA JUNIOR, 1996. pág. 108.

⁴² CARVALHO, 1985. p. 67-72.

invasão das terras da comunidade, especialmente com relação às atividades agropecuárias e de exploração madeireira na zona.

A Corte, à luz do art. 63.2 da Convenção Americana e do art. 25 do seu Regulamento, observou que os antecedentes apresentados pelos representantes das vítimas em seu pedido demonstravam uma situação de extrema gravidade e urgência em relação ao respeito à propriedade da comunidade Mayagna, incluindo os seus recursos, que são base de sua subsistência, cultura e tradições, decidindo adotar as seguintes medidas provisionais.

1. *Requerer ao Estado que adote, sem demora, quantas medidas forem necessárias para proteger o uso e gozo da propriedade das terras pertencentes à Comunidade Mayagna Awas Tingni e dos recursos naturais existentes nelas, especificamente aquelas tendentes a evitar danos imediatos e irreparáveis resultantes das atividades de terceiros que tenham se assentado no território da Comunidade ou que explorem os recursos naturais existentes no mesmo, até que tanto não se produza a delimitação, demarcação e titulação definitivas ordenadas pela Corte.*
2. *Requerer ao Estado que dê participação aos petionários no planejamento e implementação das medidas e que, em geral, os mantenha informados sobre a implementação das medidas prolatadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.*
3. *Requerer ao Estado que investigue os fatos denunciados que deram origem às presentes medidas com a finalidade de descobrir os responsáveis e sanciona-los.*
4. *Requerer ao Estado, aos representantes da Comunidade à Comissão Interamericana que informem à Corte sobre as medidas adotadas para a implementação do “acordo de reconhecimento provisional dos direitos de uso, ocupação e aproveitamento da Comunidade” tão logo essas sejam implementadas.*
5. *Requerer ao Estado que informe à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cada dois meses, sobre as medidas provisórias adotadas e requerer aos representantes da Comunidade que apresentem suas observações aos relatórios correspondentes no prazo de quatro semanas contado a partir de seu recebimento e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresente suas observações a ditos relatórios dentro de um prazo de seis semanas contado a partir de seu recebimento.*⁴³

Diante de um caso com as características deste, não poderia ser mais significativa a conclusão de Cançado Trindade a seu respeito:

Em um caso contencioso (sentença quanto ao mérito) sem precedentes, o da Comunidade Mayagna Awas Tigni *versus* Nicarágua (2001), a Corte protegeu toda uma comunidade indígena, e seu direito à propriedade comunal de suas terras (sob o artigo 21 da Convenção); determinou a Corte que a delimitação, a demarcação e a titulação das terras da referida comunidade indígena deveriam efetuar-se em conformidade com seu direito consuetudinário, seus usos e costumes.⁴⁴

⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2002. p. 7.

⁴⁴ CANÇADO TRINDADE, 2003. p. 20.

4 Conclusão

Com a sentença sobre o caso Mayagna Awas Tingny contra a Nicarágua, a Corte Interamericana demonstrou a capacidade de absorver aspectos importantes do direito indígena tradicional, ao mesmo tempo em que os compatibilizava com a normativa internacional regional de proteção dos direitos humanos. Além de sua história e cultura, a legitimidade indígena para requerer a propriedade de terras ancestrais encontra-se na função social da propriedade, garantida pelas normas constitucionais contemporâneas. Estamos diante, claramente, de uma decisão com todos os elementos requeridos para entendê-la como alusiva à proteção dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, sem que, para tanto, direitos humanos civis e políticos tenham sido desconsiderados.

Apesar das consideráveis limitações ainda evidentes no que se refere à validação de direitos humanos no plano internacional, o caso é também revelador de que vivemos um momento único na história dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. No campo específico da proteção internacional dos direitos humanos, as cortes regionais de proteção dos direitos humanos representam o que há de mais sofisticado em termos da busca de garantia pela efetividade para os direitos humanos.

O novo momento de direito internacional é resultado da necessidade de estabelecer limites à noção tradicional de responsabilização do Estado na arena internacional em situações em que as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas na tarefa de proteger os direitos humanos, conforme declarados em instrumentos internacionais e nacionais, considerando que os Estados participam do sistema internacional de proteção dos direitos humanos por livre e espontânea vontade.

A proteção a direitos humanos econômicos, sociais e culturais pela via da justiciabilidade – acesso ao Poder Judiciário – internacional apresenta-se como um caminho em consonância com o princípio da igualdade ou da não discriminação, que circunda todo o *corpus juris* da proteção internacional dos direitos humanos, aplicando-se a todas as categorias de direitos,

porquanto já não teria sentido levar às últimas conseqüências as violações do princípio da não discriminação no tocante tão somente aos direitos civis e políticos e continuar tratando as mesmas violações com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais complacentemente como meras conseqüências adversas das políticas econômicas ou públicas dos estados, senão como uma simples e lamentável fatalidade.

A consequência prática para o reconhecimento do princípio da indivisibilidade no caso Mayagna Awas Tingny contra a Nicarágua, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, representa o atendimento a medidas positivas de proteção para direitos sociais. Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais – como os direitos humanos e geral – devem fazer-se acompanhar de várias maneiras de realização prática, incluindo a judicial, para merecerem a designação de direitos humanos. Esse é um imperativo do qual não se pode escapar, sob pena de vermos os direitos humanos reduzidos a normas programáticas.

5 Bibliografia

5.1. Livros

BASTOS, Aurélio Wander. As Terras Indígenas no Direito Constitucional Brasileiro e na Jurisprudência do STF". In: SANTOS, Silvo Coelho dos. (Org.). **Sociedades Indígenas e o Direito**: uma questão de Direitos Humanos. Florianópolis: UFSC, 1985.

BENVENUTO, Jayme. O Caráter Expansivo dos Direitos Humanos na Afirmação de sua Indivisibilidade e Exigibilidade. In: PIOVESAN, Flávia. (Org) **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional**: Desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

BENVENUTO, Jayme. **Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Prefácio). O Acesso Direto dos Indivíduos à Justiça Internacional. In: BENVENUTO, Jayme (Org.). **Manual de Direitos Humanos Internacionais**: Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos. 2ª. Edição. São Paulo: Loyola, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais: Evolução, Estado Atual e Perspectiva. In: **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume III. Porto Alegre: Sergio Fabris. 2003.

CARVALHO, Edgard de Assis. Identidade Étnico-cultural e Questão Nacional. In: SANTOS, Silvo Coelho dos. (Org.). **Sociedades Indígenas e o Direito**: uma questão de Direitos Humanos. Florianópolis: UFSC, 1985.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. O Judiciário Brasileiro em face dos Direitos Humanos. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. Rio de Janeiro, v. 59, n. 104/106, 1996.

COLAÇO, Thais Luzia. O Direito Indígena Pré-colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). **Direito e Justiça na América Indígena**. Da Conquista à Colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. (Org.). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: EDUSP, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A Crise da Norma Jurídica e a Reforma do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. Direitos dos Povos Indígenas: da Nova Espanha até a Modernidade. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). **Direito e Justiça na América Indígena**. Da Conquista à Colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RUSCHEL, Ruy Ruben. O Direito de Propriedade dos Índios Missionários. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). **Direito e Justiça na América Indígena**. Da Conquista à Colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. Notas sobre a História Jurídica Social de Pasárgada. In: SOUSA JR., José Geraldo de (Org.). **O Direito Achado na Rua**. Brasília: UNB, 1990.

SZABO, Imre. **Cultural Rights**. Budapeste: A. W. Sijthoff – Leiden, 1974.

WERNER, Dennis. Duas Respostas Simplistas sobre os Direitos dos Índios à Terra. In: SANTOS, Silvo Coelho dos. (Org.). **Sociedades Indígenas e o Direito: uma questão de Direitos Humanos**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985.

5.2 Documentos da Internet

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sistema Interamerica de Protección de los Derechos Humanos. **Instrumentos Internacionales**. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/afines/interamericano.html>>. Acesso em: 11.fev.2007.

_____. **Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni**. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_66_esp.pdf>. Acesso em: 11.fev.2007.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Adotada pelo mandato em 1959, 5ª Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores. Santiago, Chile. Disponível em: < <http://www.cidh.org/Basicos/Base10.htm>>. Acesso em: 11.fev.2007.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos**: (Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembléia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979). Disponível em: < <http://www.cidh.org/Basicos/Base11.htm>>. Acesso em: 11.fev. 2004.

**O CASO LUSTIG-PREAN E BECKETT CONTRA O
REINO UNIDO: NÃO DISCRIMINAÇÃO PERANTE A
CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS**

1 Situando os fatos

O caso Lustig-Prean e Beckett versus Reino Unido resultou de duas petições apresentadas à Comissão Europeia de Direitos Humanos, tendo como fundamento a alegação de desrespeito aos artigos 8 e 14 da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, que tratam, respectivamente, do direito ao respeito à vida privada e familiar e da proibição de discriminação (de qualquer tipo).

O primeiro denunciante⁴⁵, Duncan Lustig-Prean, é nacional britânico, nascido em 1959, e apresentou denúncia à Corte Europeia de Direitos Humanos, em abril de 1996, queixando-se de investigações a respeito de sua vida privada e da demissão das forças armadas britânicas motivada pela sua condição homossexual. O denunciante foi admitido como operador de rádio, passando, em 1982, a desenvolver a carreira militar. Um ano depois, tornou-se midshipman (oficial naval de patente entre cadete e subtenente). Sua avaliação, em novembro de 1989, registrava ser ele um oficial com “grande potencial”⁴⁶ e o “tipo de pessoa que a Marinha Real precisa atrair e manter”. Na avaliação de dezembro de 1993, concluiu-se ser o denunciante uma pessoa equilibrada e merecedora de confiança (“*a balanced, enlightened and knowledgeable man who enjoys my complete trust in all matters*”), razão pela qual era visto como detentor de um futuro promissor na condição de comandante. Em 1994, o denunciante foi promovido à patente de tenente-comandante.

Em junho de 1994, o denunciante foi informado de que a Divisão de Investigações Especiais da Marinha Real (“o serviço de polícia”) o estava investigando, tendo em vista o fato de que alguém teria feito, anonimamente, uma acusação de homossexualidade contra ele. O denunciante foi argüido, por aproximadamente 20 minutos, pelo pessoal do serviço de polícia, a respeito de sua orientação sexual, ocasião em que confirmou ser homossexual. Durante a entrevista, o denunciante foi perguntado, entre outras coisas, a respeito de se havia mantido contato sexual com pessoas do meio militar, sobre o tipo de relações sexuais que já havia mantido, quando e onde ocorreram, sobre sua atual relação, assim como se seus pais sabiam de sua condição sexual. Em uma segunda entrevista, com duração aproximada de dez minutos, o denunciante foi argüido a respeito de fatos alegados em carta anônima, que foi lida em sua presença. Numa última ocasião, o comandante do denunciante declarou que o mesmo deixava a

⁴⁵ Por denunciantes ou peticionários entendam-se as pessoas legitimadas para entrar com pedidos relacionados a violações de direitos humanos perante os sistemas internacionais de direitos humanos.

⁴⁶ As expressões marcadas com aspas provem do respectivo processo perante a Corte Europeia de Direitos Humanos.

corporação “com uma boa reputação por habilidades profissionais e qualidades pessoais admiráveis”, concluindo ser ele “leal, prestativo e sempre um digno prestador de serviços”. Posteriormente, o peticionário foi informado oficialmente de que estava sendo demitido, administrativamente. O motivo da demissão era sua orientação sexual.

O segundo peticionário, John Beckett, igualmente nacional britânico, nascido em 1970, foi admitido nas Forças Armadas para o cumprimento de um período de 22 anos de serviço. Em 1991, ele tornou-se engenheiro mecânico de armas. O relatório de avaliação do denunciante, de 1992, declarava que ele apresentava potencial em uma série de áreas essenciais para a boa liderança, que tinha habilidades para se tornar acima da média na liderança e que se o mesmo aplicasse seu potencial com inteligência, poderia, com a experiência adquirida, ser considerado um candidato potencial a oficial.

Em maio de 1993, ao denunciante foi recusado tempo livre para tratar de um assunto pessoal (ele queria pegar o resultado do teste de HIV), em razão do que falou com seu superior, a quem admitiu sua orientação sexual. Posteriormente, o denunciante foi convidado pelo seu tenente-comandante a repetir o que havia dito ao superior imediato, ocasião em que admitiu novamente sua homossexualidade. Ele, então, foi convidado a uma entrevista com o serviço de polícia, momento em que foi informado de que não seria entrevistado antes que se desse uma busca em seus pertences. A entrevista teve duração de cerca de cinco minutos, sendo suspensa pelo resultado da busca, durante a qual foram encontrados *slides* (dele, seu companheiro e alguns de seus amigos de serviço) e cartões postais. A entrevista, então, foi retomada e durou aproximadamente uma hora. O denunciante imediatamente confirmou sua homossexualidade, informando que até dois anos e meio atrás tinha “dúvidas” a respeito de sua orientação sexual. Foi então questionado a respeito de diversos aspectos de sua vida íntima. O relatório do serviço de polícia elaborado após a entrevista inclui diversos documentos nos quais se observa que o denunciante, ao declarar abertamente sua homossexualidade e seu relacionamento com um civil, havia se tornado “assunto de potencial e imediata preocupação com a segurança”. Uma testemunha declarou que os oficiais que o entrevistaram haviam comentado sobre sua “afabilidade, inteligência, dedicação e ambição” e pontuou que se o mesmo não houvesse declarado sua homossexualidade, “sua carreira militar teria sido memorável”.

O denunciante teve sua demissão administrativa aprovada com base em sua homossexualidade, recorreu perante o *Admiralty Board*, mas o órgão negou provimento ao recurso.

2 Lustig-Prean e Beckett no âmbito da jurisdição nacional inglesa

Para a tomada de decisão, a Corte Europeia levou em consideração uma série de procedimentos através dos quais diversas autoridades nacionais inglesas se posicionaram a respeito do caso. Em primeiro lugar, os denunciantes entraram perante a Alta Corte (*High Court*) com pedidos de revisão judicial da decisão de demissão das forças armadas, argumentando que a política do Ministério da Defesa contra homossexuais nas forças armadas era irracional, que violava a Convenção Europeia e que era contrária à Diretiva sobre Igual Tratamento. O Ministério da Defesa argumentou, por sua vez, que a política era necessária principalmente para manter a moral e a efetividade nas unidades, pela necessidade de dar exemplo aos recrutas iniciantes, assim como em razão da vida em comum nas forças armadas. A Alta Corte rejeitou o pedido de revisão judicial, embora considerando que em nenhum dos casos a orientação sexual dos denunciantes afetava seu desempenho no desenvolvimento do trabalho ou causava qualquer impedimento à disciplina, e que a “velha” política estava fadada a desaparecer.

A Corte de Apelação também rejeitou o pedido dos denunciantes, considerando não poder interferir em assuntos administrativos, ainda que houvesse preocupações relacionadas aos direitos humanos. Considerou também que quanto maior fosse o conteúdo político de uma decisão e quanto mais obscuro fosse o assunto de uma decisão, mais hesitante a Corte deveria ser em qualificar uma política como irracional, concluindo que tal política não poderia ser assim considerada ao tempo em que os denunciantes foram demitidos das Forças Armadas.

O *Master of the Rolls*, apreciando o caso, observou a relevância da Convenção Europeia, especificamente do art. 8, no que se refere à questão da irracionalidade alegada pelos denunciantes. O órgão observou que a demissão de alguém por motivo de sua preferência sexual, além do seu interrogatório a respeito do comportamento sexual, não pode ser considerada como uma demonstração de respeito pela vida privada e pela vida familiar. Entretanto, considerou ser a questão de competência não da Corte de Apelação, mas da Corte Europeia de Direitos Humanos. Por seu lado, a Corte de Apelação concordou com o julgamento do *Master of the Rolls*, em particular com a abordagem relacionada à alegada irracionalidade e a visão sobre a incompetência da Corte para solucionar assuntos regulados pela Convenção Europeia.

Na seqüência, o Comitê de Apelação recusou o envio do pedido à Câmara dos Lordes. Ambos os denunciantes entraram com recursos perante o Tribunal Trabalhista em função de demissão injusta e discriminação sexual contrária à lei sobre Discriminação Sexual, de 1975. Os

procedimentos foram adiados em função da consideração da apelação perante a Câmara dos Lordes. Após a rejeição dos pedidos por esta, os denunciantes solicitaram a retirada dos procedimentos perante o Tribunal Trabalhista, o que foi negado.

Como conseqüência das mudanças realizadas pela Lei sobre Justiça Criminal e Ordem Pública, de 1994, conforme citado na sentença sobre o caso, foi distribuído junto ao pessoal das Forças Armadas um Manual estabelecendo a política sobre homossexualidade no meio militar, cujo conteúdo destinava-se a manter os homossexuais longe daquele espaço.⁴⁷

Outro documento elaborado pelas Forças Armadas e apresentado no processo perante a Alta Corte, em relação a outro caso, apresentou os seguintes pontos:

The policy of the Ministry of Defence is that the special nature of homosexual life precludes the acceptance of homosexuals and homosexuality in the armed forces. The primary concern of the armed forces is the maintenance of an operationally effective and efficient force and the consequent need for strict maintenance of discipline. [The Ministry of Defence] believes that the presence of homosexual personnel has the potential to undermine this. The conditions of military life, both on operations and within the service environment, are very different from those experienced in civilian life. ... The [Ministry of Defence] believes that these conditions, and the need for absolute trust and confidence between personnel of all ranks, must dictate its policy towards homosexuality in the armed forces. It is not a question of a moral judgment, nor is there any suggestion that homosexuals are any less courageous than heterosexual personnel; the policy derives from a practical assessment of the implications of homosexuality for fighting power.⁴⁸

A Corte Européia considerou também o relatório HPAT (Homosexuality Policy Assessment Team), elaborado pelo Ministério da Defesa, por meio de uma consulta ao pessoal de todas as patentes, de serviço e pessoal civil, através do qual se buscou referendar uma visão sobre a política para a homossexualidade nas Forças Armadas. Publicado em 1996, o relatório,

⁴⁷ O referido manual continha, entre outros, os seguintes pontos: "1. A homossexualidade, masculina ou feminina, seria incompatível com o serviço militar, não apenas em razão das condições de proximidade física em que o pessoal freqüentemente tem que viver e trabalhar, mas também porque o comportamento homossexual poderia "ofender, polarizar relações, induzir à indisciplina e, conseqüentemente, danificar a moral e a efetividade da unidade". 2. A política das forças armadas sobre homossexualidade seria clara para todas as pessoas que desejassem se alistar. Na hipótese de um potencial recruta admitir ser homossexual, não deveria ser alistado. Ainda que o recruta admitisse ser homossexual, mas declarasse não pretender no presente ou no futuro exercer atividades homossexuais, não deveria ser alistado. 3. Ao lidar com a suspeita de homossexualidade, o comando estava autorizado a conduzir interrogatórios, inclusive com a assistência do serviço policial, a depender das circunstâncias. De acordo com o parágrafo 100 do relatório, a investigação sobre a homossexualidade é parte das "obrigações normais do serviço de polícia". 4. Embora não sendo a homossexualidade um problema médico, o comando estava autorizado, em certas circunstâncias, a pedir o apoio de uma unidade médica. 5. O comando poderia emitir uma advertência escrita com relação à conduta ou comportamento individual em casos em que haja circunstâncias em que as evidências de homossexualidade sejam insuficientes ou aplicar medida administrativa de demissão". Council of Europe. European Court of Human Rights. Case of Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom, 1999, Disponível em: <http://www.steff.suite.dk/lustig-prean.htm>, Acesso em 3 de novembro de 2005, P.14.

⁴⁸ Council of Europe, European Court of Human Rights, Case of Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom, 1999, Disponível em <http://www.steff.suite.dk/lustig-prean.htm>, Acesso em 3 de novembro de 2005, p.14.

de 240 páginas e volumosos anexos, foi elaborado com a intenção de prestar apoio à política adotada pelo Ministério. Na visão da Corte Europeia de Direitos Humanos, merece destaque uma das conclusões do relatório:

*The results indicated that there was “overwhelming support across the services” for the policy excluding homosexuals from the armed forces. Service personnel viewed homosexuality as clearly more acceptable in civilian than in service life. (...) there was an “overwhelming view that homosexuality was not ‘normal’ or natural’ whereas women and ethnic minorities were ‘normal’”.
The vast majority of participants believed that the present ban on homosexuals should remain.⁴⁹*

O relatório HPAT definiu “poder de fogo” (*fighting power*), comumente usado no sentido de efetividade no combate, eficiência ou efetividade operacional, como “habilidade para a luta”, sendo composto de três elementos: um conceitual, um físico e um moral. Este último sendo definido como uma habilidade relacionada à moral, à motivação, à honradez, à liderança e à gerência⁵⁰. Segundo o relatório, a presença de homossexuais nas Forças Armadas provocaria distúrbios comportamentais e emocionais nas tropas.

It was considered well established that the presence of known or strongly suspected homosexuals in the armed forces would produce certain behavioural and emotional responses and problems which would affect morale and, in turn, significantly and negatively affect the fighting power of the armed forces. (...) These anticipated problems included controlling homosexual behaviour and heterosexual animosity, assaults on homosexuals, bullying and harassment of homosexuals, ostracism and avoidance, cliquishness” and pairing, leadership and decision-making problems including allegations of favouritism, discrimination and ineffectiveness.⁵¹

A respeito da experiência sobre o tema em outros países, o relatório HPAT observou haver uma variedade de posições oficiais a respeito do tema. As principais posições prevêm a proibição formal de todo tipo de atividade homossexual (Estados Unidos), os acordos administrativos relacionados à igualdade real (França e Alemanha), e políticas destinadas a criar forças armadas amistosas (*friendly*) para com os homossexuais (Holanda). De acordo com o

⁴⁹ “Durante a visita do HPAT a dez bases militares no final de 1995, como forma de administrar o questionário acima, entrevistas individuais foram conduzidas com o quadro de pessoal que havia completado o questionário de atitude. 180 entrevistados escolhidos aleatoriamente de alguns níveis e áreas ocupacionais foram escolhidos de cada uma das dez unidades visitadas. Dado o pequeno número de entrevistados, as respostas foram analisadas qualitativamente ao invés de quantitativamente (Anexo G).” Council of Europe, European Court of Human Rights, Case of Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom, 1999, Disponível em <http://www.steff.suite.dk/lustig-prean.htm>, Acesso em 03 de novembro de 2005, p.16.

⁵⁰ “a habilidade de reunir pessoas para lutar incluindo o estado de ânimo, camaradagem, motivação, liderança e gerenciamento”. *Ibid.*, p. 17.

⁵¹ *Id.*

relatório, os países que não proíbem a homossexualidade nas Forças Armadas possuem constituições escritas, razão pela qual possuiriam uma tradição maior de respeito aos direitos humanos. Em conclusão, o relatório HPAT mantém a idéia de negação à mudança na política:

But nowhere did HPAT learn that there were significant numbers of open homosexuals serving in the Forces ... It goes without saying that the continuing reticence of military homosexuals in these armed forces means that there has been little practical experience of protecting them against ostracism, harassment or physical attack. (...) Since this common pattern of a near absence of openly homosexual personnel occurs irrespective of the formal legal frameworks, it is reasonable to assume that it is the informal functioning of actual military systems which is largely incompatible with homosexual self-expression. This is entirely consistent with the pattern of British service personnel's attitudes confirmed by the HPAT.⁵²

A esse respeito, o relatório HPAT conclui também que a política adotada pelas Forças Armadas não apresentava problemas significativos com outros países, assegurando que o serviço britânico manifestava uma “robusta indiferença” às novas formas adotadas pelas forças estrangeiras e nenhuma preocupação com o grau de aceitação que os aliados podem dar aos homossexuais, o que se explicaria por meio das “diferenças culturais”. Essa passagem do relatório HPAT chama a atenção em razão do apelo a um certo relativismo cultural que ainda se pretende defensável por certos setores, no campo dos direitos humanos⁵³.

Em janeiro de 1996, as Forças Armadas adotaram a Diretiva de Oportunidades Iguais relacionada à discriminação sexual e racial, incluindo abusos. Em seu preâmbulo, o documento indica quererem as Forças Armadas prevenir todo tipo de comportamento ofensivo e injusto:

The reality of conflict requires high levels of teamwork in which individual soldiers can rely absolutely on their comrades and their leaders. There can, therefore, be no place in the Army for harassment, bullying¹⁸⁸ and discrimination which will affect morale and break down the trust and cohesion of the group. (...) It is the duty of every soldier to ensure that the Army is kept free of such behaviour which would affect cohesion and efficiency. Army policy is clear: all soldiers must be treated equally on the basis of their ability to perform their duty. (...) I look to each one of you to uphold this policy and to ensure that we retain our acknowledged reputation as a highly professional Army.⁵⁴

O relatório apresentado pelas Forças Armadas ao *Select Committee* ⁵⁵ abordou o tema da homossexualidade, chamando a atenção para a necessidade de alteração da cultura corporativa, baseada na mudança social, mas negando a possibilidade de mudança imediata.

⁵² Council of Europe. P. 20.

⁵³ O Relativismo Cultural opõe-se à idéia de universalidade dos direitos humanos, colocando o direito à cultura como o centro de todos os direitos, ao qual todos os demais devem se adequar. A meu juízo, essa compreensão justifica as diversas desigualdades na medida em que sejam convalidadas pela cultura local. Por essa visão, estariam convalidados o escravagismo no Brasil do século XIX e as diferenças entre homens e mulheres, ainda hoje, em certos países de forte cultura religiosa fundamentalista.

⁵⁴ Id.

⁵⁵ A cada cinco anos, uma “Carta” das Forças Armadas é apresentada ao Parlamento e um Comitê de Seleção conduz uma revisão em conexão com tal Carta. Id, P. 22.

That the present policy causes very real distress and the loss to the services of some men and women of undoubted competence and good character is beyond dispute. Society outside the armed forces is now much more tolerant of differences in sexual orientation than it was, and this may also possibly be true of the armed forces. Nevertheless, there is considerable force to the [Ministry of Defence's] argument that the presence of people known to be homosexual can cause tension in a group of people required to live and work sometimes under great stress and physically at very close quarters, and thus damage its cohesion and fighting effectiveness. It may be that this will change particularly with the integration of women into hitherto (up to now) all-male units. We are not yet persuaded that the time has come to require the armed forces to accept homosexuals or homosexual activity.⁵⁶

No relatório de 1996 ao mesmo *Select Committee* (elaborado após a revisão da Lei sobre as Forças Armadas), a posição foi mantida:

Once again, the committee did not recommend any change in the Government's policy. It noted that, since its last report, a total of 30 officers and 331 persons of other rank had been discharged or dismissed on grounds of homosexuality. The committee was satisfied that no reliable lessons could as yet be drawn from the experience of other countries. It acknowledged the strength of the human rights arguments put forward, but noted that there had to be a balance struck between individual rights and the needs of the whole. It was persuaded by the HPAT summary of the strength of opposition throughout the armed services to any relaxation of the policy. It accepted that the presence of openly homosexual servicemen and women would have a significant adverse impact on morale and, ultimately, on operational effectiveness.

O assunto foi levado a debate na Câmara dos Comuns, ocasião em que, por 188 votos contra 120, qualquer alteração na política foi rejeitada.

3 A Decisão de Mérito em vinculação com os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais

A acusação dos denunciante, com base no art. 8 da Convenção Européia⁵⁷, de que “a investigação do serviço de polícia militar sobre a homossexualidade dos denunciante, incluindo entrevistas detalhadas com os mesmos e terceiros, a respeito de temas relacionados a sua orientação e prática sexuais, ao lado da elaboração de um relatório final para as Forças Armadas em torno das investigações, constituíram uma interferência direta sobre suas vidas privadas”, prevaleceu perante a Corte Européia. A juízo do tribunal, a demissão por orientação sexual

⁵⁶ Ibid., p. 21-22.

⁵⁷ “8. Todos têm o direito ao respeito com relação a sua vida privada e familiar, sua casa e sua correspondência. Não deveria haver nenhuma interferência por parte de uma autoridade pública no exercício deste direito, exceto tal como exposto de acordo com a lei e necessário numa sociedade democrática quanto aos interesses de segurança nacional, segurança pública ou o bem-estar econômico do país para a prevenção da desordem ou do crime, para a proteção da saúde e da moral, para a proteção dos direitos e liberdades de outros.”

também constituiu uma interferência relacionada ao direito à vida privada. Tal interferência apenas poderia se justificar se as condições do segundo parágrafo do art. 8 fossem satisfeitas, ou seja, se a interferência fosse “de acordo com a lei” e motivada por um objetivo legítimo e “necessário numa sociedade democrática”, considerando como tal a sociedade dotada de expressões de pluralismo, tolerância e abertura mental.

A Corte também observou que a política do Ministério da Defesa de exclusão dos homossexuais das Forças Armadas foi convalidada pela Corte de Apelação, a partir do caso, tendo como base as leis nacionais e da União Européia. A política teria reconhecimento estatutário e aprovação pela Lei sobre Ofensas Sexuais, de 1967, e mais recentemente, pela Lei sobre Justiça Criminal e Ordem Pública, de 1994. Na visão da Corte, para qualquer restrição relevante relacionada à “mais íntima parte da vida privada de uma pessoa” terá que haver “razões particularmente sérias”, nos termos do art. 8.2. da Convenção.

A propósito da preocupação com a segurança nacional através da efetividade operacional nas Forças Armadas, a Corte considerou que os Estados são competentes para organizar seu próprio sistema de disciplina militar e gozem de certa margem de apreciação a esse respeito. Entretanto, considerou também que a possibilidade do Estado impor restrições sobre o direito individual a respeito da sua vida privada deve estar conectada à existência de uma ameaça real à efetividade operacional das forças armadas. O que as autoridades nacionais não deveriam é se apegar a tais normas como forma de frustrar o exercício, pelos membros das Forças Armadas, dos direitos relacionados à vida privada. Definições de risco à efetividade operacional precisavam, portanto, ser “consubstanciadas por exemplos específicos”.

Para a Corte Européia, o único motivo da investigação conduzida, assim como da demissão dos denunciante, foi sua orientação sexual⁵⁸. E quanto mais íntimos fossem os aspectos da vida privada, seriam requeridas razões mais sérias para sua justificação. No caso em análise, a Corte encontrou interferências especialmente graves pelas seguintes razões:

a) o processo de investigação teve um caráter excepcionalmente “invasivo”. Cartas anônimas ao comandante de Lustig-Prean e de Beckett desencadearam as investigações sobre sua orientação sexual, assunto que, até então, cada um havia mantido em privado. As investigações foram

⁵⁸ Os argumentos do governo britânico para justificar a política contra a presença de homossexuais nas Forças Armadas basearam-se em “questões de segurança nacional”, “coesão da unidade”, “integridade moral”, “efetividade dos serviços” e caráter “especial das Forças Armadas”. Os argumentos dos denunciante ressaltaram a “interferência devida em suas vidas privadas”, enquanto sentido social, a discriminação em relação a gênero e raça (cobertos por uma política anti-discriminação), a “ausência de base racional” para a adoção da política, os compromissos de uma sociedade democrática com o “pluralismo, a tolerância e a abertura mental”, a eficiência técnica deles, a falta de evidencia de que a presença de homossexuais nas Forças Armadas acarretaria a diminuição do seu “poder de fogo” (*fighting power*). Id. p. 28.

conduzidas pelo serviço policial, cujos métodos de investigação foram, em conformidade com o relatório HPAT, baseados em procedimentos criminais e cuja presença o mesmo relatório descreveu como amplamente conhecidos nas forças armadas⁵⁹.

b) as demissões administrativas dos denunciantes tiveram um profundo efeito sobre as carreiras dos denunciantes e suas perspectivas de vida. Antes dos eventos em questão, ambos os petionários gozavam de um relativo sucesso em suas carreiras. Lustig-Prean tinha doze anos de serviço nas forças armadas e um ano antes daquele em que foi demitido ele foi promovido à patente de tenente-comandante (*lieutenant-commander*). Por seu turno, Beckett atuou nas forças armadas por vinte e dois anos, servindo por mais de quatro anos como competente engenheiro mecânico de armas, sendo demitido em julho de 1993. Suas avaliações anteriores e após a demissão foram também muito positivas, com o governo declarando em suas observações que nenhum dos denunciantes possuía registros ou conduta que merecessem queixa, razão pela qual suas condutas eram consideradas “exemplares” pela Alta Corte⁶⁰.

c) a Corte colocou em questão o caráter absoluto e geral da política que levou às interferências na vida privada. A política resultava na demissão imediata das Forças Armadas, a partir do momento em que a homossexualidade de um indivíduo era reconhecida, em desconsideração de sua conduta e dos registros sobre seu serviço.⁶¹

Merece destaque a apreciação da Corte no sentido de colocar em dúvida o valor do relatório HPAT, tendo em vista a sua “falta de independência”:

The independence of the assessment contained in the report is open to question given that it was completed by Ministry of Defence civil servants and service personnel (see paragraph 44 above) and given the approach to the policy outlined in the letter circulated by the Ministry of Defence in August 1995 to management levels in the armed forces (see paragraph 26 above). In addition, on any reading of the Report and the methods used (see paragraph 45 above), only a very small proportion of the armed forces' personnel

⁵⁹ “It is clear from the transcripts of the interviews that the investigations had already commenced prior to the interviews. Two interviews were conducted with each applicant on the subject of their homosexuality and both applicants were asked detailed questions of an intimate nature about their particular sexual practices and references. Certain lines of questioning of both applicants were, in the Court's view, particularly intrusive and offensive and, indeed, the Government accepted that they could not defend the level of detailed questioning about precise sexual activities to which Mr. Beckett was, at one point, subjected. Mr. Beckett's locker was also searched, personal postcards and photographs were seized and he was later questioned on the content of these items. After the interviews, a service police report was prepared for the naval authorities on each applicant's homosexuality and related matters”.Ibid., p. 30.

⁶⁰ “The Court notes, *i n this respect, the unique nature of the armed forces (underlined by the Government in their pleadings before the Court) and, consequently, the difficulty in directly transferring essentially military qualifications and experience to civilian life. In this regard, it recalls that one of the reasons why the Court considered Mrs Vogt's dismissal from her post as a school teacher to be a “very severe measure”, was its finding that school teachers in her situation would “almost certainly be deprived of the oppo rtunity to exercise the sole profession for which they have a calling, for which they have been trained and in which they have acquired skills and experience”*. COUNCIL OF EUROPE, 1999. p. 31.

⁶¹ Id, p. 32.

participated in the assessment. Moreover, many of the methods of assessment (including the consultation with policy-makers in the Ministry of Defence, one-to-one interviews and the focus group discussions) were not anonymous. It also appears that many of the questions in the attitude survey suggested answers in support of the policy. (...) the Court finds that the perceived problems which were identified in the HPAT report as a threat to the fighting power and operational effectiveness of the armed forces were founded solely upon the negative attitudes of heterosexual personnel towards those of homosexual orientation.⁶²

A consideração da Corte sobre os temas levantados pelo relatório *HPAT* ressaltou o aspecto hostil e vago com relação aos homossexuais nas Forças Armadas britânicas:

The Court observes from the HPAT report that these attitudes, even if sincerely felt by those who expressed them, ranged from stereotypical expressions of hostility to those of homosexual orientation, to vague expressions of unease about the presence of homosexual colleagues. To the extent that they represent a predisposed bias on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority, these negative attitudes cannot, of themselves, be considered by the Court to amount to sufficient justification for the interferences with the applicants' rights outlined above, any more than similar negative attitudes towards those of a different race, origin or colour.⁶³

Sobre a diminuição do “poder de fogo” (*fighting power*) das forças armadas pela presença de homossexuais, sustentou a Corte, ressaltando a relação com a “questão social”. A propósito do reconhecimento da “questão social” no âmbito das Forças Armadas britânicas, pode-se dizer que o surgimento de situações relacionadas à aceitação de mulheres e de minorias étnicas faz com que se abra espaço para que outras minorias sejam aceitas, com base no princípio da igualdade.

A respeito dos problemas levantados pelo governo em relação a acomodações comuns para homossexuais e heterossexuais, afirma a Corte, ressaltando a dimensão cultural do caso, não haver qualquer incompatibilidade no compartilhamento de instalações militares. Não haveria, a seu juízo, “razões de peso e convincentes” que justificassem a visão excludente.

Em suma, a Corte considerou as demissões (e o seu processo) uma violação ao art. 8.2 da Convenção, em conexão com seu art. 14.⁶⁴ Com a decisão, deixou de ignorar um tema que hoje é tido como central - a problemática de gênero - que abrange a questão da sexualidade

⁶² Id, p. 32.

⁶³ Id, p. 33.

⁶⁴ Diz o artigo 14 da Convenção Européia: “Artigo 14. - Proibição de discriminação - 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.” Portugal, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Convenção para a protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>, Acesso em 03 de março de 2007.

humana como um todo e está articulada com o princípio da não discriminação previsto em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos⁶⁵.

O caso Lustig-Prean e Beckett contra o Reino Unido insere-se no contexto de uma série de decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos em que a base originalmente relacionada a direitos humanos civis e políticos transmuta-se em uma oportunidade para ressaltar a dimensão relacionada a direitos humanos econômicos, sociais e culturais:

No plano jurisprudencial, é hoje ponto pacífico que os direitos civis e políticos consagrados na Convenção Europeia abarcam não só a obrigação de abstenção estatal, mas também as medidas positivas por parte dos Estados, tidas como perfeitamente compatíveis com o regime de supervisão da Convenção. (...) Têm-se interpretado as garantias do devido processo legal (artigo 6) de modo a cobrir não só questões de ordem privada, mas também as que recaem no âmbito do direito público ou social (e.g., direito ao exercício de uma profissão, reivindicações de benefícios da seguridade social); e a obrigação de tomar "providências" para assegurar o respeito do direito à vida abarcaria não só a criação de um sistema eficaz de prevenção do crime (sistema penal) como também de um sistema de saúde hospitalar pública, ou seja, de serviços médicos e sociais mínimos.⁶⁶

4 A segunda decisão: compensação

A segunda decisão da Corte Europeia sobre o caso, de 2000, foi relacionada à análise do art. 41 da Convenção Europeia.⁶⁷ Teve como base a apresentação detalhada, pelos denunciantes, de reclamos relacionados à compensação por danos pecuniários e não pecuniários, além do reembolso de custas e despesas legais relacionadas ao processo.

⁶⁵ Bossuyt faz a diferença entre os termos 'discriminação' e 'distinção', presentes em instrumentos internacionais de direitos humanos: "*Seule la Convention européenne des droits de l'homme (1950) se distingue par l'emploi dans son article 14 du terme 'distinction' en français et du terme 'discrimination' en anglais. La Charte sociale européenne (1961) suivait cependant le mouvement général en insérant dans son préambule le terme 'discrimination' en français comme en anglais. (...) Il est vraiment étonnant de constater que dans les deux langues le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels emploie le terme 'discrimination' alors que dans le Pacte international relatif aux droits civil et politiques nous trouvons le terme 'distinction'. (...) On croirait d'emblée que les auteurs de ces pactes voulaient réserver le terme 'discrimination' au domaine des droits économiques, sociaux et culturels et qu'ils estimèrent le terme 'distinction' plus approprié en matière de droits civils et politiques. (...) La notion de 'distinction' est la plus large car elle englobe aussi bien les 'discrimination' que les 'différenciations'. Le terme 'distinction' dépourvu d'une qualificatif recouvre une notion large et surtout neutre. Quant au terme 'discrimination', c'est le mot technique du droit international et du droit de l'homme pour désigner les 'distinction non justifiées'.*" Marc Bossuyt, « L'Interdiction de la Discrimination dans le Droit International des Droits de l'homme », Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1976, p. 18-23.

⁶⁶ Antônio Augusto Cançado Trindade, A Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Plano Internacional, Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Rio de Janeiro, v. 59. n. 104/106, 1996, p. 15.

⁶⁷ Diz o art. 41 da Convenção Europeia de Direitos Humanos: "Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar as consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário." Portugal, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Convenção para a protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>, Acesso em 03 de março de 2007.

O segundo denunciante solicitou também a recolocação nas Forças Armadas, argumentando, para tanto, que a Corte deveria colocá-lo na posição em que estaria se não houvesse sido demitido, o que demonstraria consistência com o entendimento da Corte Europeia de Justiça e com as cortes domésticas em casos relacionados à discriminação, assim como em conformidade com os princípios advindos do art. 13 e 41 da Convenção. Em princípio, o governo aceitou o pagamento de uma indenização, mas contestou os cálculos apresentados pelos denunciantes.

Em base de perdas não pecuniárias, a Corte considerou claro que a investigação e as demissões descritas no julgamento principal foram profundamente desestabilizadoras na vida dos denunciantes e continuavam a exercer um impacto emocional e psicológico significativo sobre eles. A Corte chamou a atenção para o fato de que as investigações e as conseqüentes demissões constituíram interferências “especialmente graves” na vida privada dos denunciantes por três razões: 1) o processo de investigação teve um “caráter excepcionalmente invasivo”; 2) a demissão dos denunciantes teve um “efeito profundo sobre suas carreiras e perspectivas de vida”; 3) o caráter absoluto e geral da política de demissão motivada por características pessoais inatas.

Com base nesses argumentos, foi estabelecida uma indenização de base equitativa de GBP 19,000 (dezenove mil libras esterlinas) para cada denunciante por danos não pecuniários, não considerando juros para essa quantia devido à natureza da perda a que se refere.⁶⁸ A Corte não aceitou o pedido do segundo denunciante por danos agravados (*aggravated damages*), nos termos em que já havia se pronunciado em casos anteriores⁶⁹.

Ambos os denunciantes reclamaram uma indenização por perdas pecuniárias passadas e futuras, com o segundo denunciante apresentando o pedido de reintegração às Forças Armadas como sua primeira opção. As perdas pecuniárias relacionavam-se a diferenças entre suas rendas e benefícios civis (passados e futuros) e a rendas e benefícios que eles teriam tido se não houvessem sido demitidos.

A Corte lembrou em particular que o motivo da demissão dos denunciantes “teve... um profundo efeito sobre suas carreiras e prospectos”. Referiu-se à “carreira relativamente bem

⁶⁸ O primeiro denunciante havia reclamado uma indenização de GBP 22,500 (vinte e duas mil e quinhentas libras esterlinas) por danos não pecuniários, acompanhado de juros de 8% ao ano. O segundo denunciante havia reclamado uma indenização de GBP 25,000 (vinte e cinco mil libras esterlinas) por danos não pecuniários e GBP 20,000 (vinte mil libras esterlinas) por “danos agravados” (*aggravated damages*), juntamente com juros de 8% ao ano.

⁶⁹ Referência aos casos *Cable e Outros versus Reino Unido* e *Selçuk e Asker versus Turquia*, de 1998, Council of Europe, 1999, p.5.

sucedida” dos denunciante em seus respectivos campos, ao tempo de duração da carreira, a suas patentes à época da demissão e aos registros avaliativos “muito positivos” no serviço militar antes e depois da demissão. A esse respeito, observou que o governo havia aceitado que nem os registros avaliativos dos denunciante nem sua conduta davam qualquer margem para reclamação, e que a Alta Corte, quando do julgamento do recurso, descreveu seus registros avaliativos como exemplares.

Ao analisar a alegação de natureza única das forças armadas, a Corte manifestou a posição de que havia significativas diferenças entre a vida civil e a militar – mencionando o impacto emocional e psicológico das investigações e da demissão, a negação de acesso aos serviços previdenciários, a dificuldade dos mesmos encontrarem um trabalho civil. Entretanto, notou que o primeiro denunciante começou sua carreira nas forças armadas em 1982, ocasião em que tinha 23 anos, ali permanecendo por mais de 12 anos, sendo promovido à patente de tenente comandante (*lieutenant-commander*) na ocasião em que foi demitido, em janeiro de 1995, percebendo um salário bruto de aproximadamente GBP 30,000 (trinta mil libras esterlinas). Enquanto isso, o segundo denunciante foi admitido nas forças armadas em 1989, aos 18 anos de idade, para o cumprimento de um período de 22 anos. O mesmo tornou-se engenheiro mecânico de armas em 1991 e foi demitido em julho de 1993, ocasião em que percebia um salário bruto de aproximadamente GBP 17,000 (dezessete mil libras esterlinas). Caso não houvesse sido demitido, o governo admitiu que seu contrato apenas acabaria em 2011 e antes disso devendo ser promovido a *Leading Weapons Engineering Mechanic* por volta de 2001 e a *Petty Officer Weapons Engineering Mechanic* por volta de 2008. Desde a demissão, ele teve apenas dois semestres de trabalho remunerado, sendo depois contratado pela polícia, em junho de 1996.

A Corte considerou significativas as perdas dos denunciante quanto ao serviço de pensão não contribuinte (*non-contributory*). A pensão que o primeiro denunciante receberá em sua aposentadoria será substancialmente menor que as quantias que ele receberia se não houvesse sido demitido, ainda que não tivesse tido todas as promoções previstas. Diferentemente deste, o segundo denunciante conseguiu transferir seus benefícios para o sistema de contribuições da polícia, sistema esse que é contribuinte (*contributory*) e o denunciante tem que pagar quase 11% de seu salário.

A Corte considerou legítima a pretensão dos denunciante serem compensados pela perda associada ao fim de sua participação no sistema de pensões não contribuinte a partir da data em que foram demitidos. Finalmente, a Corte considerou caber a imposição de juros a partir das datas em que cada elemento se agregue aos danos pecuniários passados.

Em conformidade com o Art. 44 § 2 da Convenção, a Corte definiu indenizações que envolvem perdas passadas, futuras e a restituição com as despesas legais nos planos interno e internacional. Para o primeiro denunciante, foi definida uma indenização no valor de GBP 39,875 (trinta e nove mil oitocentos e setenta e cinco libras esterlinas) com respeito a perdas de remuneração passadas, GBP 25,000 (vinte e cinco mil libras esterlinas) por perdas de remuneração futuras e GBP 30,000 (trinta mil libras esterlinas) com relação a perdas dos benefícios previdenciários não contributórios, perfazendo um total de perdas pecuniárias no valor de GBP 94,875 (noventa e quatro mil oitocentos e setenta e cinco libras esterlinas). Por danos não pecuniários a Corte arbitrou a soma de GBP 19,000 (dezenove mil libras esterlinas). Para o mesmo, a Corte estabeleceu também a obrigação do estado reembolsar, nos termos do art. 41 da Convenção Européia, custas e despesas legais necessárias à defesa no procedimento doméstico, no valor de GBP 18,000 (dezoito mil libras esterlinas), e de GBP 16,000, (dezesseis mil libras esterlinas) por custas e despesas com os procedimentos perante os órgãos da Convenção Européia (incluindo o valor agregado de correção), deduzidos os montantes pagos aos denunciante pelo Conselho da Europa na condição de assistência legal. O valor total a ser pago pelo estado ao primeiro denunciante, portanto, perfaz GBP 147,875 (cento e quarenta e sete mil, oitocentos e setenta e cinco libras esterlinas).

A indenização, para o segundo denunciante, foi definida em GBP 34,000 (trinta e quatro mil libras esterlinas) pelas perdas de remuneração passadas, GBP 7,000 (sete mil libras esterlinas) por perdas de remuneração futuras e GBP 14,000 (quatorze mil libras esterlinas) pela perda do benefício previdenciário não contributório, perfazendo um total de perdas pecuniárias no valor de GBP 55,000 (cinquenta e cinco mil libras esterlinas). Para o mesmo, a Corte estabeleceu também a obrigação do estado reembolsar, nos termos do art. 41 da Convenção Européia, GBP 15,000 (quinze mil libras esterlinas) por custas e despesas com os procedimentos perante os órgãos da Convenção Européia (incluindo o valor de correção), deduzidos os montantes pagos aos denunciante pelo Conselho da Europa na condição de assistência legal. O valor total a ser pago pelo Estado ao segundo denunciante, portanto, perfaz GBP 89,000 (Oitenta e nove mil libras esterlinas). Para ambos os casos foi definida uma taxa anual de juros de 8% para a hipótese de não pagamento, pelo governo, no prazo de três meses. Por unanimidade, a Corte rejeitou a pretensão do segundo denunciante de regresso ao serviço militar, para o que não deu justificativa.

A sentença que consagra o direito à não discriminação, em conexão com o direito à dignidade humana, além de ressaltar tais direitos, considera que o ser humano, em virtude de

sua condição “humana”, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo estado. Trata-se, aqui, do reconhecimento de uma dimensão cultural da dignidade⁷⁰.

5 Destaque para alguns elementos de análise

Conforme observado em relação ao caso *Lustig-Prean e Beckett versus Reino Unido*, a preocupação do sistema europeu é claramente voltada para uma compatibilização de decisões em relação às tradições jurídicas dos países do sistema, na perspectiva de uma progressiva criação de uma tradição *européia* de proteção dos direitos humanos. A chamada *margem de apreciação* (*margin of appreciation*)⁷¹ que integra o método adotado pela Corte Européia de Direitos Humanos, propicia a comparação – ou compatibilização - em relação a países com *status* político, jurídico, social e cultural semelhante, com o que estaria indo além do denominado *consenso europeu*⁷², mas no sentido de alcançar avanços *progressivos*, inicialmente, sub-regionais, e posteriormente, em termos regionais.

Considerando a diferença entre os sistemas nacionais que compõem o sistema europeu de direitos humanos, poder-se-ia dizer que o método produz efeitos diferentes para os países do sistema, pelo menos num momento inicial. Se é verdade que o estudo comparativo dos casos poderia dar lugar a uma *relativização* dos padrões internacionais *universais* de direitos humanos como acusam alguns autores, a diferença propiciada pelo método pode ser vista como um procedimento auxiliar na realização do princípio da progressividade dos direitos humanos, progressividade essa usada em seu sentido apropriado, ou seja, na busca da ampliação da

⁷⁰ “(...) o critério decisivo para a identificação de uma violação da dignidade passa a ser (...) o do objetivo da conduta, isto é, a intenção de instrumentalizar (coisificar) o outro”. (...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” Ingo Wolfgang Sarlet, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988”, 3. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 51-60.

⁷¹ A margem de apreciação foi definida por Mahoney como “*the dividing line between the powers of the state and those of the Court*”. Numa perspectiva extremamente restritiva, Michael O’Boyle diz que “a margem de apreciação significa que a Corte deveria dar liberdade às decisões do Governo porque ele conhece a situação melhor e pode julgar aquilo que as ações requerem.” Edward Cryslar. “Brannigan and McBride v. UK: A New Direction on Article 15 Derogations under the European Convention on Human Rights?” *Revue Belge de Droit International*. 1994. p. 123.

⁷² “(...) *the Court went on to compare the French laws and the English Laws at issue in the Rees and Cossey cases, precisely with regard to some of these details it claimed to be beyond a European consensus. In France, in contrast to England, a transsexual’s difficulty in changing her name and identification documents to reflect her apparent sex was so onerous that the applicant found herself ‘daily in a situation which, taken as a whole, is not compatible with the respect due to her private life. Consequently, even having regard to the State’s margin of appreciation ... there has thus been a violation of article 8.* Ibid., p. 1223.

garantia de direitos, num horizonte de equiparação de todo o sistema num período razoável de tempo.

De acordo com essa visão do método interpretativo da Corte Européia, haveria uma certa independência desta em relação ao conjunto das tradições nacionais - tendo em vista a incapacidade atual de compatibilizá-las todas e de uma só vez e a busca do bem comum em termos supranacionais – e uma certa dependência em relação a componentes políticos, orientada pela busca de maior alcance futuro para suas decisões. Essa característica pode explicar a decisão de garantir ganho de causa a Lustig-Prean e Beckett no que se refere à indenização pela discriminação sofrida e afirmada pela Corte, mas não o fazer no que se refere à reincorporação dos denunciante às Forças Armadas, o que equivale a um ganho relativo para os denunciante e a uma perda relativa para o Estado.⁷³ O método revelaria a preocupação da Corte com a capacidade de absorção das suas decisões em planos nacionais, além da busca em acomodar decisões individuais na perspectiva de garantir-lhes efeitos coletivos de maior alcance num futuro próximo.

No caso referido, embora vejamos igualmente imbricados interesses e direitos humanos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, ressalte-se o reconhecimento do direito à cultura – embora pela via da indenização por discriminação na demissão de função pública. O caráter cultural parece claro, também, na medida em que o alcance dos direitos vem se tornando gradativamente possível numa base de incorporação cultural da diversidade. Além das inúmeras mudanças legislativas que foram feitas no Reino Unido após 1966, num contexto de democratização cultural, a decisão da Corte Européia de Direitos Humanos acelerou um processo que tem uma de suas marcas no próprio caso. Se por um lado a referência a um período mais longo de transformações culturais pode ensejar a idéia de que a decisão da Corte apenas veio agilizar um processo iniciado há mais tempo, no contexto do direito consuetudinário britânico, por outro, o fato não pode servir para retirar importância à decisão da Corte. Em Lustig-Prean e Beckett, sem se referir ao princípio da indivisibilidade, a Corte parece minimizar a preocupação relacionada à violação de direitos humanos civis e políticos, e concentrar-se sobre a dimensão social e cultural dos direitos.

A decisão insere-se no contexto de uma série de decisões da Corte Européia – o mesmo pode-se dizer em relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos - em que a base

⁷³ *“As a supranational institution, the Court faces a genuine difficulty over its proper role. The whole enterprise of rights protection on this scale requires a delicate balance between national sovereignty and international obligation.”* Citando o Juiz da Corte Européia, R. St. J. Macdonald. Paolo G. Carozza, “Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Notre Dame Law Review*, v. 73, n. 5, 1998, p. 1223.

originalmente relacionada a direitos humanos civis e políticos passa a ser vista e tratada como uma oportunidade para ressaltar a dimensão relacionada a direitos humanos econômicos, sociais e culturais.

No que se refere à capacidade de cumprimento da decisão, o caso em comento não foge à regra do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, o que põe em relevo a capacidade de aplicação das convenções internacionais de direitos humanos no plano interno, por meio da adoção de instrumentos e mecanismos internos com tal fim, uma vez que a inexistência de regras nesse sentido poderia desacreditar o sistema internacional (e mesmo os sistemas nacionais) de proteção dos direitos humanos.

A Convenção Européia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais “*não obriga meramente as autoridades mais altas dos Estados Contratantes a respeitarem por sua conta própria os direitos e liberdades que ele incorpora; conforme é mostrado no artigo 14 e no texto em inglês do artigo 1 (‘deve assegurar’)*”⁷⁴, prescrevendo um mecanismo de cunho político e prático – o Comitê de Ministros⁷⁵ -, através do qual se estabelece a execução das sentenças da Corte Européia de Direitos Humanos, nos termos do art. 46 de dita Convenção.

Por força do art. 46 da Convenção Européia, o julgamento final da Corte Européia de Direitos Humanos é transmitido ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa na perspectiva de que as sentenças daquele tribunal tenham pleno cumprimento.

A seriedade com que os Estados membros do Conselho da Europa têm sido condicionados a observar as regras relacionadas ao cumprimento das sentenças da Corte Européia de Direitos Humanos tem feito com que as legislações nacionais sejam modificadas, políticas e práticas sejam redimensionadas e indenizações venham sendo pagas por violações a direitos humanos na busca de um padrão *europeu* de validação dos direitos humanos⁷⁶. A falha em cumprir uma sentença da Corte Européia de Direitos Humanos pode, portanto, chegar até o Comitê de Ministros, que toma as medidas necessárias a fazer com que o Estado em questão seja chamado ao cumprimento.

⁷⁴ Ibid., p. 471.

⁷⁵ Sobre o Comitê de Ministros: “O Comitê de Ministros do Conselho da Europa é um órgão instituído pelo Estatuto do Conselho da Europa (art. 14), que reúne os ministros de Relações Exteriores – ou seus delegados – dos Estados Membros de dito Conselho. (...) o Protocolo 11 reduziu as faculdades do Comitê de Ministros a uma das duas que antes possuía: a supervisão da execução das sentenças definitivas da Corte.” REPÚBLICA ARGENTINA, 1999. p. 120.

⁷⁶ (...) sobretudo, a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos e a praxe do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em matéria de execução de sentenças prolatadas pela Corte, haviam alcançado um tamanho grau de precisão e de concretude que eram capazes de convencer os Estados a incorporar cada vez mais as normas da CEDH, mesmo através de modificações constitucionais, atribuindo às suas disposições um *status* superior ao de leis ordinárias.” SALVIA, 2002. p. 250.

A propósito, Andriantsimbazovina refere-se a um processo de “*européanisation*”⁷⁷ movido pelo sentido de “*ordre public*” relacionado à proteção dos direitos humanos perseguido pelo Conselho da Europa, na qualidade de organização comunitária que busca estabelecer um padrão democrático nunca antes vivenciado na região⁷⁸. Enquanto tal, a capacidade de cumprimento das sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos mantém estreita correlação com a organização comunitária construída nos últimos cinquenta anos na perspectiva de superar as atrocidades cometidas nas duas guerras do século XX e de sedimentar valores compatíveis com o pleno respeito à dignidade humana, como condição para o progresso sustentável.

No campo específico do condicionamento à alteração da legislação, um bom exemplo da ação do Comitê de Ministros é dado pela nova lei de direitos humanos do Reino Unido (*Human Rights Act*), de 1998, por meio de cujo instrumento os direitos da Convenção Europeia passaram a ter efeito “*for the purpose of this Act*”. Trata-se, aqui, de uma incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos em que é clara a intenção do Estado manter e marcar sua soberania, mas em que também não há como negar que a lei buscou se conformar aos termos do tratado de direitos humanos⁷⁹.

O pragmatismo que caracteriza o sistema europeu “*levaria à busca de uma harmonização de fato das jurisprudências nacionais e supranacionais: as cortes nacionais deveriam sempre inspirar-se nos pronunciamentos da Corte de Estrasburgo, em matéria de direitos fundamentais. E isto vem sendo realizado por boa parte das cortes nacionais em sua praxe cotidiana.*”⁸⁰

O caso *Lustig-Prean e Beckett contra o Reino Unido* ilustra bem a capacidade de cumprimento das decisões da Corte Europeia. Embora a sentença não tenha autorizado as vítimas a reingressarem nas Forças Armadas, os esforços do Comitê de Ministros resultaram em procedimentos nacionais de alcance mais amplo do ponto de vista de evitar a repetição da

⁷⁷ O autor faz importante menção à execução da sentença em caso relacionado à Grécia: “Cet arrêt est d’auta nt plus important qu’il a permis à la Cour européenne des droit de l’homme des comander la Grèce por inexecution pendant plus de cinq ans d’un arrêt en manquement prononcé par la Cour de justice des Communautés européennes dans un arrêt du 15 mars 1989.” ANDRIANTSIMBAZOVINA, 1998. p. 37.

⁷⁸ “O Conselho da Europa, desde o início, quer ser a consciência, mesmo crítica, de todas as democracias europeias, o que significa, hoje, todos os Estados que têm em comum a civilidade europeia e que compartilham seus valores essenciais. A finalidade do Conselho da Europa é (...) alcançar uma *união sempre mais estreita* entre seus membros, para salvaguardar e promover os ideais e princípios que constituem seu patrimônio comum.” SALVIA, 2002. p. 245.

⁷⁹ “*The Act proceeds to set out the purposes for whi ch Convention rights are to have effect, how they must be recognized and enforced by courts, tribunals and public authorities, and the methods by which those who may be victims of a breach of those rights can have the issue decided by national courts and secure relief. (...) From the viewpoint of bringing national law into conformity with Convention rights, the Act indeed goes a long way, even though the policy that underlies it stresses the need do maintain the ‘sovereignty’ of the national legislature.*” JANIS; KAY; BRADLEY, 2000. p. 502-503.

⁸⁰ SALVIA, 2002. p. 251.

discriminação contra homossexuais nas corporações militares britânicas. A atual *homepage* das Forças Armadas britânicas faz uma clara alusão à Lei de Direitos Humanos (*Human Rights Act*), de 1998, por meio da qual o Reino Unido vem promovendo uma série de mudanças no que diz respeito ao tratamento da questão, com efeitos inclusive sobre a vida militar - e em particular o seu sistema disciplinar - de modo a compatibilizar-se com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais:

The Human Rights Act (HRA) 1998 is one of the most significant pieces of constitutional legislation to be enacted in the United Kingdom. It incorporates into national law those parts of the European Convention on Human Rights (ECHR) that concern individual rights and responsibilities. It is a provision of the HRA that all public authorities (which includes the Armed Forces) must act compatibly with the Articles of the ECHR. As a result of the Armed Forces Act 1996, that introduced reforms to the Court Martial system, and the Armed Forces Discipline 2000, that introduced reforms to the Arrest and Summary Dealing system, the Armed Forces discipline procedures are complaint with the HRA.⁸¹

Os estados europeus assim procedem em razão do compromisso com um processo de participação no sistema internacional que os faz cúmplices da construção de novas bases de relacionamento entre eles.

6 Bibliografia

ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël. La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme. **Revue des Affaires Européennes**. n.1-2, 1998. P. 37.

BRITISH ARMY. **Serving Soldier**. Disponível em: http://www.army.mod.uk/servingsoldier/usefulinfo/humanrts/ss_hrpers_humanrts_gen_w.html. Acesso em: 5. dez. 2007.

BUSSUYT, Marc. **L'Interdiction de la Discrimination dans le Droit International des Droits de l'homme**. Bruxelas : Établissements Émile Bruylant, 1976. P. 18-23.

⁸¹ A *homepage* das Forças Armadas britânicas apresenta a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais como “*um dos mais recentes e mais importantes tratados adotados pelo Conselho da Europa, um grupo de nações convidadas pelo Sir Winston Churchill caminharem juntas após a Segunda Guerra Mundial no sentido de eliminarem as atrocidades e os atos de crueldade*”, ressalta a possibilidade de qualquer britânico recorrer à Corte para reivindicar seus direitos, e elenca os principais artigos da Convenção. BRITISH ARMY. *Serving... Significativa e surpreendentemente, do ponto de vista do caso Lustig-Prean e Beckett contra o Reino Unido, comentado neste trabalho, atualmente as Forças Armadas britânicas, em página direcionada aos novos recrutas, com informações sobre os serviços comunitários locais, apresenta contato telefônico para quem precise de apoio ou informação sobre homossexualidade. “Lesbian and Gay Switchboard. For anyone who need support or information about homosexuality 020 7837 7324.”* BRITISH ARMY. *Soldier...*

Convenção para a protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>, Acesso em 03 de novembro de 2007.

COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights. Case of Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom, 1999, Disponível em: <http://www.steff.suite.dk/lustig-prean.htm>, Acesso em 3 de novembro de 2007, P.14, 17, 20, 21, 22, 28, 30, 31, 32, 33.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Plano Internacional. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. Rio de Janeiro, v. 59. n. 104/106, 1996. P. 15.

CAROZZA, Paolo G, "Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Notre Dame Law Review*, v. 73, n. 5, 1998, p. 1223.

CRYSLER, Edward. Brannigan and McBride v. UK: A New Direction on Article 15 Derogations under the European Convention on Human Rights? In: **Revue Belge de Droit International**. 1994/2. P. 123.

JANIS, Mark; KAY, Richard; BRADLEY, Anthony. **European Human Rights Law. Text and Materials**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2000. P. 502-503.

REPÚBLICA ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Investigaciones**, v.3 n.1, 1999. P. 120.

SALVIA, Michele de. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos: elemento da ordem constitucional da Europa. In: PIOVESAN, Flávia. (Org.). **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional**: desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. P. 245, 250, 251.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P. 51-60.

Esta é uma publicação da Cátedra UNESCO / UNICAP Dom Helder de Direitos Humanos, vinculada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

Administração Superior

Reitor

Pe. Pedro Rubens Ferreira Oliveira, S.J.

Pró-reitor Acadêmico

Prof. Junot Cornélio Matos

Pró-reitor Administrativo

Luciano José Pinheiro Barros

Pró-reitor Comunitário

Pe. Miguel de Oliveira Martins Filho, S.J.

Pós-graduação

Coordenador Geral de Pós-graduação

Prof. Degislando Nóbrega de Lima

Coordenador do Programa de Mestrado em Direito

Prof. Jayme Benvenuto Lima Júnior

Docentes Permanentes do Mestrado em Direito

Prof. Dr. Adonis Costa e Silva

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel

Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso

Prof. Dr. Francisco Caetano Pereira

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos

Prof. Dr. Hélio Sílvio Ourém Campos

Prof. Dr. Jayme Benvenuto Lima Júnior

Prof. Dr. João Paulo Fernandes Allain Teixeira

Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia

Prof. Dr. Manoel Severo Neto

Prof. Dr. Roberto Wanderley Nogueira

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Profa. Dra. Virgínia Colares Soares Figueiredo Alves

Prof. Dr. Walber Moura Agra

