

# Colóquio Internacional

## O ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA DA FAMÍLIA EM TRANSFORMAÇÃO

27 de Novembro de 2009

Auditório da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra

### **“A importância da mobilização dos direitos humanos no acesso ao direito e à justiça”**

José Manuel Pureza (CES/FEUC)

Daniela Nascimento (FEUC)

O ponto de partida desta comunicação é o de que a qualificação do acesso à justiça como direito humano não significa quedarmo-nos por uma leitura desta matéria no estrito plano do Direito Internacional. Uma tal limitação decorre de uma distinção conceptual entre direitos fundamentais e direitos humanos. É uma distinção sem grande sentido e, sobretudo, sem conteúdo útil – é uma discussão porventura interessante para a dogmática jurídica mas sem relevo concreto para a protecção concreta das pessoas concretas. Com efeito, deste ponto de vista, direitos fundamentais com protecção constitucional e legal e direitos humanos com protecção jurídica internacional são ferramentas complementares. Por outras palavras, as legislações nacionais que estabelecem as regras do acesso à justiça num determinado Estado são instrumentos de concretização do direito humano à justiça, tanto quanto as normas de Direito Internacional sobre esta matéria são suportes do direito fundamental de cada um à protecção da sua dignidade através da justiça.

Do ponto de vista do Direito Internacional positivo, tendemos a ver no art. 3º comum das 4 convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário de 1949 a consagração do núcleo essencial do direito de acesso à justiça e da sua imperatividade em todas as circunstâncias. Este artigo estabelece o seguinte: *“são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar (...) as condenações proferidas e as execuções efectuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça*

*todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.*” Isto significa que mesmo em contexto de conflito armado – logo, de excepção social – vale o direito de acesso à justiça como requisito essencial de uma cultura de direitos humanos. Esta norma é completada pelo artigo 105 da III Convenção (sobre população civil) e pelo art. 6 do Protocolo Adicional II que estabelecem que as garantias enunciadas no art. 3º comum se aplicam não só aos conflitos armados internacionais mas também aos conflitos armados de carácter não internacional.

É igualmente fundamental a consagração deste mesmo direito no artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo o qual *“Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.”* O artigo seguinte fixa o corolário desta previsão: *“Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.”*

Ainda no plano universal, o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos retoma integralmente a lógica da Declaração Universal, prevendo no seu art. 14º nº 1 que *“Todos são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de carácter civil. As audições à porta fechada podem ser determinadas durante a totalidade ou uma parte do processo, seja no interesse dos bons costumes, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, seja quando o interesse da vida privada das partes em causa o exija, seja ainda na medida em que o tribunal o considerar absolutamente necessário, quando, por motivo das circunstâncias particulares do caso, a publicidade prejudicasse os interesses da justiça; todavia qualquer sentença pronunciada em matéria penal ou civil será publicada, salvo se o interesse de menores exigir que se proceda de outra forma ou se o processo respeita a diferendos matrimoniais ou à tutela de crianças.”* Deve atender-se a que, ao contrário do que sucede com direitos previstos no Pacto como o de não ser arbitrariamente privado da vida, a não ser

submetido a tortura ou a tratamentos desumanos e degradantes, de não ser retroactivamente submetido a leis penais ou ainda o direito a uma personalidade jurídica, que são consagrados de forma absoluta, já o direito de acesso à justiça pode ser objecto de derrogações, de acordo com o art. 4º do Pacto, em caso de risco público essencial para a existência do próprio Estado. Quer dizer, um dos traços essenciais do Estado de Direito é passível de ser afastado, menorizando portanto o estatuto deste direito essencial. E estamos a falar exclusivamente da possível exclusão do que se poderá considerar o “fim de linha” em matéria de acesso à justiça – a efectivação de um processo judicial equitativo no quadro de um sistema judicial eficaz e isento – e nem sequer estamos a considerar elementos decisivos a montante, como o apoio judiciário ou a política de custas judiciais.

Já no plano regional se regista uma tendência para a rejeição de cenários de derrogação do direito a garantias judiciais mínimas. Assim, o art. 27º da Convenção Americana não admite qualquer derrogação às garantias judiciárias mínimas (consagradas no art. 8º) de alguns direitos como o direito à vida ou o direito à integridade pessoal. A Carta Africana dos Direitos do homem e dos Povos não contempla qualquer cláusula de derrogação dos direitos nela previstos. Já a Convenção Europeia prevê no seu art. 6º o direito a um processo judicial equitativo como direito essencial, incluindo uma série extensa de garantias processuais que já foi qualificada como um “mini-código de processo penal. Para além dessa natureza minuciosa da previsão da Convenção acresce que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos funciona na prática como uma quase instância última de recurso, o que reforça claramente o alcance deste direito previsto no artigo 6º. Partimos, portanto, deste enquadramento para afirmar o carácter fundamental do acesso à justiça como sendo um direito humano.

Ao nível do direito internacional, o respeito e protecção dos direitos humanos apenas pode ser garantido pela disponibilidade de recursos judiciais eficazes. Quando um direito é violado ou algum dano é causado, o acesso à justiça ganha uma importância fundamental para os indivíduos lesados e assume-se claramente como uma componente fundamental de qualquer estado de direito. Contudo, o

acesso à justiça como direito humano permanece uma questão problemática, controversa e sensível ao nível do direito internacional, por várias razões (Francioni, 2007).

### **Direitos Económicos, Sociais e Culturais: os ‘parentes pobres’ no acesso ao direito à justiça para reclamação de direitos?**

Como ficou visto acima, a garantia do acesso à justiça e ao direito é cada vez mais considerado um dever e uma responsabilidade dos Estados, uma parte fundamental da ideia do estado de direito. Essa assumpção de responsabilidade decorre, em grande medida, da consagração do acesso ao direito e à justiça em vários tratados internacionais de direitos humanos, nomeadamente a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948, artigos 8 e 10), o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (1966, artigo 14) ou a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950, artigo 6). Assim, na eventualidade de uma alegada violação dessa responsabilidade estatal prevê-se um recurso directo à justiça e aos meios legais no plano doméstico e, mediante esgotamento das vias internas, no plano internacional. Contudo, constatamos que o direito de acesso à justiça em matéria de direitos humanos está previsto de forma desigual nos direitos cíveis e políticos e nos direitos económicos, sociais e culturais. De facto, estes têm sido considerados não passíveis de judicialização em virtude da sua natureza programática e progressiva, dependente portanto dos recursos disponibilizados pelos Estados. O Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, por exemplo, afirma explicitamente a realização progressiva destes direitos, implicando que a base de recursos e as condições socio-económicas dos Estados-Parte serão tidas em consideração na avaliação da sua performance nesta matéria<sup>1</sup>.

Neste cenário, a percepção do carácter secundário dos direitos económicos e sociais, comparativamente à prioridade dada a direitos de natureza civil e política, tem tido

---

<sup>1</sup> Contudo, os Estados são chamados a encetar esforços conscientes e céleres de forma a garantir estes direitos como condição para todos os outros em tempo aceitável, estando implícita, portanto, uma distinção entre falta de vontade e incapacidade dos Estados-Parte cumprirem estas obrigações.

um impacto negativo nas possibilidades de reclamar e exigir protecção efectiva deste tipo de direitos tanto no plano interno como no plano internacional. Foi-se tornando quase senso-comum reconhecer que, quando se trata de denunciar a violação e o incumprimento de direitos económicos e sociais junto dos tribunais, as possibilidades são extremamente limitadas, se não mesmo inexistentes. O carácter alegadamente vago de muitos destes direitos, mas também a alegada falta de competência reconhecida aos tribunais para determinar a alocação de recursos nesta matéria são argumentos que frequentemente são apresentados para justificar a natureza não judicializável dos direitos económicos, sociais e culturais.

Contudo, esta suposta não judicialização (i.e. acesso à justiça para reclamar direitos em caso de alegadas violações por parte dos Estados) dos direitos económicos, sociais e culturais em virtude do carácter programático e de realização progressiva (sempre dependente dos recursos disponíveis) que sugerem, é um falso argumento e mais não configura senão uma forma de retirar importância e centralidade a estes direitos, ao mesmo tempo que de alguma forma legitima a desresponsabilização dos Estados nesta matéria.

O debate em torno desta questão tem sido, portanto, crescente. Será que os direitos económicos e sociais existem apenas no papel em normas internacionais relativamente aos quais os Estados exprimem o seu acordo, mas sem as suportarem e aplicarem convictamente? Numa perspectiva mais aberta, e no que diz respeito a uma possível judicialização dos direitos económicos, sociais e culturais tanto no plano nacional como internacional, estes podem e devem ser exigidos pelos indivíduos, tal como o fazem com os direitos de natureza civil e política (e que tradicionalmente são passíveis de activar automaticamente os mecanismos e recursos judiciais para seu cumprimento e respeito). Isto pelo facto de os direitos desta natureza estarem igualmente plasmados e consagrados não apenas ao nível das várias Constituições nacionais, mas também, como foi dito antes, ao nível de tratados internacionais de direitos humanos, nomeadamente o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais no âmbito da ONU, ou mesmo na Carta Social Europeia (1965) no quadro do Conselho da Europa.

Nestes documentos reconhece-se, em grande medida, que o pressuposto de realização progressiva destes direitos (e que implicam obrigação positiva por parte dos Estados, uma obrigação de fazer, promover, garantir, na medida dos recursos disponíveis) implica também um princípio de proibição do retrocesso (mesmo em casos de retrocesso motivado por uma recessão está definido que não pode afectar os mais vulneráveis). Ou seja, as medidas tomadas no sentido de progressivamente promover e garantir o acesso e a usufruto destes direitos devem ser mantidas, melhoradas em permanência, mediante o estabelecimento de políticas públicas que visem níveis mais altos de protecção ao nível da educação, saúde, habitação, etc. E essa responsabilidade deve poder ser reclamada judicialmente quanto não estiver a ser cumprida.

### **Pequenos Passos na direcção certa ?**

A 24 de Setembro de 2009 abriu formalmente para assinatura o Protocolo Opcional ao Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, tendo sido já assinada por 29 dos 160 Estados-Parte do Pacto. Este Protocolo confere competência ao Comité de Direitos Económicos, Sociais e Económicos para receber comunicações de, ou em nome de, indivíduos ou grupos relativamente a alegadas violações de qualquer um dos direitos consagrados no Pacto. Também permite ao Comité conduzir inquéritos a violações graves e sistemáticas de quaisquer direitos económicos, sociais ou culturais por parte de um Estado-Parte que tenha feito uma declaração reconhecendo esta competência ao Comité.

Isto significa que os indivíduos ou grupos que vivam num desses Estados terão acesso directo a um sistema que não é totalmente de solução judicial mas que porventura garante uma protecção mais reforçada dos direitos económicos e sociais (quasi-judicial) que faltava ao nível internacional. Este novo procedimento coloca os direitos económicos e sociais ao mesmo nível de fiscalização e monitorização dos direitos civis e políticos onde esta possibilidade já existia desde 1966. A importância adicional deste mecanismo é que garantirá aos Estados-Parte recomendações

específicas para prevenir e pôr fim violações em casos concretos e assim assegurar um cumprimento e satisfação progressivos dos direitos desta natureza<sup>2</sup>.

Mas para além deste novo mecanismo, que constituirá um passo extraordinariamente importante nos esforços internacionais de conferir possibilidade de judicialização aos direitos económicos e sociais a partir do momento em que o Protocolo entre em vigor via ratificação de pelo menos 10 Estados, também ao nível de alguns quadros jurídicos internos se têm verificado desenvolvimentos importantes (Espanha, Índia, alguns países da América Central e Latina).

A jurisprudência dos tribunais nacionais em alguns países da América Latina, por exemplo, dá exemplos de algumas vias exploradas com algum sucesso para cumprir a função de garantir os direitos económicos e sociais. Entre outros casos relevantes, foi por essa via que se conseguiu que os juízes obrigassem alguns Estados a: fornecer medicamentos a todos os portadores de Sida no país; fabricar uma vacina e aplicá-la a toda a população afectada por uma doença endémica; criar centros de atendimento materno-infantil para grupos sociais discriminados; abastecer água potável a comunidades indígenas; alargar a cobertura de benefícios educativos a grupos excluídos, etc (Abramovich, 2005).

Nestes casos, o que se tem verificado é uma tentativa de romper o carácter supostamente não-judicializável dos direitos económicos, sociais e culturais através de uma interpretação alargada e mais criativa das responsabilidades dos Estados em matéria de direitos civis e políticos e seu impacto aos nível dos direitos económicos, sociais e culturais. Esta interpretação mais alargada e o reconhecimento do princípio

---

<sup>2</sup> Este é um mecanismo que será sempre reforçado pela continuação de leituras e interpretações dos direitos constantes no PIDESC garantidas pelos General Comments. O General Comment número 28 do CDH (de 29.03.2000) sobre Igualdade de direitos entre homens e mulheres (artigo 3 comum aos 2 pactos internacionais), estabelece claramente que todos os EE devem garantir informação de forma a permitir ao Comité averiguar se o acesso à justiça e o direito a um julgamento justo, tal como previsto e consagrado no artigo 14 do PIDCP, são usufruídos e estão disponíveis em pé de igualdade tanto a homens como mulheres. Em particular, aquilo que é referido no comentário de peritos é que os Estados-Parte devem informar o Comité se exigem cláusulas legais que impeçam as mulheres de aceder de forma directa e autónoma aos tribunais; se as mulheres podem fornecer provas enquanto testemunhas nos mesmos termos que os homens; e se são tomadas medidas para garantir às mulheres igualdade de acesso a apoio legal, em particular em assuntos familiares. Os Estados-Parte devem reportar o Comité sobre se a certas categorias de mulheres vêem negado o usufruto da presunção de inocência constante no parágrafo 2 do artigo 14 do PIDC, e sobre quais as medidas que foram tomadas para pôr fim a essa situação (<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/13b02776122d4838802568b900360e80>)

de indivisibilidade dos direitos humanos tem permitido que alguns tribunais nacionais aceitem casos de violações de direitos económicos e sociais com base no argumento de que a opacidade e desvalorização destes impede um total usufruto e garantia de direitos de natureza civil e política por parte dos indivíduos. Dada a interdependência dos direitos civis e políticos com os direitos económicos e sociais, em muitos casos as violações dos primeiros afectam também os segundos e vice-versa.

Pense-se, por exemplo, na violação estatal do direito à saúde a partir da contaminação do meio ambiente, ou na violação do direito à habitação em virtude do despejo forçado sem garantia de habitação alternativa, ou na violação do direito à educação a partir da limitação do seu acesso por motivos de sexo, religião ou condição económica. Nestes casos, muitas das acções judiciais tradicionais podem tornar-se viáveis e, uma vez provadas essas vulnerabilidades e limitações, o órgão judicial poderá obrigar o Estado a corrigir a situação de maneira a respeitar o direito afectado (Abramovich, 2005).

## **Conclusão**

Apesar dos diferentes lugares e tratamentos que se têm dado aos dois tipos de direitos, com prioridade conferida aos direitos civis e políticos e secundarizando os direitos económicos e sociais, desde a Conferência de Viena de 1993 que emergiu um consenso em torno da indivisibilidade dos direitos humanos. Apesar de os mecanismos de implementação serem relativamente fracos, têm sido dados passos importantes e encorajadores ao nível das jurisdições nacionais mais abertas. É importante sublinhar que a objecção à aplicabilidade judicial dos direitos económicos e sociais parte da consideração simplista de que esses direitos estabelecem exclusivamente obrigações positivas, ideia que está longe de ser correcta. Tanto os direitos civis e políticos como os económicos e sociais constituem um complexo de obrigações positivas e negativas e isso deve ser devidamente reconhecido quando se trata de definir as condições e possibilidades de acesso à justiça para reclamação e exigência dos direitos, independentemente da sua natureza.



Mesmo percebendo as dificuldades teóricas que se colocam pela distinção de obrigações dos Estados decorrentes da natureza diferente dos direitos, distinção esta que coloca limites à tutela judicial de algumas obrigações em matéria de direitos económicos e sociais, é fundamental fazer uma análise mais precisa das situações em que a violação de direitos económicos e sociais seria corrigível mediante acção judicial. O facto de não existirem esses mecanismos, não significa que não seja possível pensá-los, criá-los e desenvolvê-los ou aperfeiçoá-los.

#### Bibliografia

Abramovich, Víctor (2005) “A estrutura dos direitos económicos, sociais e culturais e as possíveis estratégias judiciais”, *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, Vol.2, N°2 [disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n2/a09v2n2.pdf>].

Francioni, Francesco (ed.) (2007) *Access to Justice as a Human Right*. Oxford: Oxford University Press.

Amnesty International (2003) *Protéger les droits humains: Outils et mécanismes juridiques internationaux*. Paris: Lexis Nexis Litec.

Mowbray, Alastair (2004) *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing.