

# AS DIMENSÕES PROTETIVAS DO DIREITO À VIDA: ANÁLISE DA VIOLAÇÃO PROCESSUAL PELO TEDH (TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM)

Anna Claudia Lavoratti\*

## 1. INTRODUÇÃO



Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)\*\* foi criada com o objetivo de promover uma proteção subsidiária aos sistemas jurídicos nacionais em relação a certos direitos, por meio da possibilidade de se reclamar perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) face a violação de algum desses direitos por parte dos Estados-membros.

Ocorre que esse documento foi instituído no ano de 1950 e não obstante os protocolos adicionais, a necessidade de que a proteção dos direitos nele previstos se adequem às condições sociais em constante mudança exige uma nova forma de sua interpretação.

Nesse escopo, o TEDH passou a promover uma nova abordagem interpretativa da Convenção. Por meio desta, vem determinando o alcance das obrigações positivas e negativas implícitas no corpo desse documento com o fim de que a proteção dos direitos seja ampla e atenda às novas exigências da sociedade contemporânea.

Nesse sentido, o artigo 2 da CEDH que dispõe sobre o

---

\* Advogada. Técnica do Seguro Social no INSS – autarquia do Governo Federal. Mes-tranda em Direito Constitucional na Universidade de Coimbra.

\*\* Abreviaturas: TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; CEDH - Con-venção Europeia dos Direitos do Homem; IPCC - Comissão Independente de Queixas da Polícia; CPS - Procuradoria da Coroa; OCPM - Gabinete do Comissário da Polícia da Metrópole.

direito à vida, por meio de uma interpretação evolutiva teve suas diversas vertentes de tutela reconhecidas ao longo da jurisprudência do Tribunal, dentre as quais, se encontra a proteção sob o viés processual.

Dessa via, tendo como objeto de estudo o caso *Armani da Silva v. United Kingdom*, no qual o TEDH verificou se houve uma violação processual do artigo em questão, para que seja possível assimilar a decisão do Tribunal e a jurisprudência que vem sendo compilada relativa ao aspecto processual abstraído do artigo 2 da CEDH, serão analisadas inicialmente as dimensões de proteção da vida materializadas no reconhecimento de obrigações pelo Tribunal, bem como, as possíveis formas de violação do artigo face o não cumprimento das mesmas.

Nesse contexto, emerge a análise do entendimento do Tribunal relativo a como as obrigações implícitas no artigo devem ser cumpridas pelos membros da Convenção e se existe alguma forma de *controle*, para então compreender a sistemática de responsabilização dos Estados realizada pelo TEDH, no fito de que seja concedida uma efetiva proteção a esse direito basilar ao desenvolvimento de todos os demais, sem, todavia, ser desrespeitada a subsidiariedade da Convenção em relação a proteção nacional.

## 2. CASO ARMANI DA SILVA V. UNITED KINGDOM

A jurisprudência de partida do presente estudo foi a aplicação n. 5878/08 (*Armani da Silva v. United Kingdom*). Trata-se de uma reclamação levada ao TEDH, em que foi arguida a violação do direito à vida previsto no artigo 2 da CEDH, em sua dimensão processual.

O caso teve origem na morte de Jean Charles de Menezes, o qual, após uma série de falhas em uma operação antiterrorista foi identificado erroneamente como um terrorista suicida e assassinado pelo uso da força letal por agentes do estado na

cidade de Londres.

Após a morte desse indivíduo e instaurada a investigação, mesmo constatadas inúmeras falhas na operação pelo IPCC (Comissão Independente de Queixas da Polícia), a Procuradoria da Coroa (CPS) proferiu uma decisão no sentido de que seria apenas processado o órgão OCPM (Gabinete do Comissário da Polícia da Metrópole), como empregador dos policiais, em razão do mesmo não ter assegurado a saúde, a segurança e o bem-estar do Sr. Menezes na execução da operação, contrariando o artigo 3 e 33 do Ato de 1974.

Desse modo, não foi instaurado nenhum processo criminal de forma individualizada contra os agentes que participaram, direta ou indiretamente, do evento.

Conforme a recorrente (prima da vítima), a decisão mencionada decorreu da aplicação do Teste Probatório de Limiar (The Threshold Test) exigido pelo Código de Promotores da Coroa<sup>1</sup>, que constatou nas circunstâncias do caso não haver evidências suficientes para fornecer uma perspectiva realista de condenação de qualquer policial individual, ou seja, havia maior probabilidade de um júri não condenar e, portanto, estes não seriam processados<sup>2</sup>.

Sob a alegação de que esse teste era demasiadamente elevado para formar um limiar suscetível de levar a um processo pela CPS, a recorrente afirmou que consistia em uma deficiência do sistema de justiça penal e que este violava o artigo 2 da CEDH, em seu aspecto processual, visto que impossibilitava a responsabilização e punição dos agentes do Estado pelo assassinato.

---

<sup>1</sup> Cfr. INGLATERRA. O Código para Promotores da Coroa (“The Code for Crown Prosecutors”), Seção n. 5.8. Disponível em: <[https://www.cps.gov.uk/publications/code\\_for\\_crown\\_prosecutors/](https://www.cps.gov.uk/publications/code_for_crown_prosecutors/)>. Acesso: 20 de Março de 2017.

<sup>2</sup> Em especial porque seria muito difícil provar, sem qualquer dúvida razoável, que os agentes que atiraram no Sr. de Menezes não acreditavam genuinamente que estavam enfrentando uma ameaça letal e agindo em legítima defesa. Cfr. TEDH. *Armani da Silva v. United Kingdom* (Aplicação n. 5878/08, julgamento em 30 de março de 2016), parágrafo 78.

Além disso, suscitou que a definição de legítima defesa na legislação britânica, de acordo com a qual, segundo a recorrente, somente se exige a demonstração de uma *crença honesta e genuína* de que o uso da força era absolutamente necessário, era incompatível com a Convenção que exigia que essa fosse razoável. Assim, essa definição, de acordo com a alegação, impedia uma verdadeira análise pelo inquérito se o recurso à força se justificava no caso concreto. Por consequência, alegou uma violação ao artigo 2 da CEDH, também em sua dimensão processual, por impossibilitar uma efetiva investigação<sup>3</sup>.

Ao analisar a alegação referente ao teste probatório de limiar, o Tribunal afirmou não haver uma abordagem uniforme entre os Estados contratantes sobre tal aspecto. Ademais, entendeu que para ser fixado este limiar deve ser concedida uma certa margem de apreciação aos Estados e que o estabelecido no Reino Unido não era demasiadamente elevado para considerar que a margem foi excedida<sup>4</sup>.

Em relação a legítima defesa para justificar o uso da força pelos agentes, o Tribunal afirmou que a existência de “boas razões” para tanto é determinada subjetivamente, pois o julgador deve se colocar na posição da pessoa que usou a força letal. Dessa via, entendeu que não se possa afirmar que a regra utilizada no Reino Unido, *crença honesta e genuína*, seja significativamente diferente da aplicada pelo próprio Tribunal<sup>5</sup>.

Em 30 de março de 2016, o TEDH proferiu sua decisão afirmando que a recorrente não demonstrou deficiências na investigação, bem como deficiências institucionais que dessem origem a uma violação processual do artigo 2 da CEDH.

### 3. DIREITO À VIDA: A CONSTRUÇÃO DAS DIMENSÕES DE PROTEÇÃO A PARTIR DA INTERPRETAÇÃO

<sup>3</sup> Cfr. TEDH. *Armani da Silva*... Parágrafo 192.

<sup>4</sup> Cfr. TEDH. *Armani da Silva*... Parágrafo 267, 269 e 271.

<sup>5</sup> Cfr. TEDH. *Armani da Silva*... Parágrafo 256.

## DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM (CEDH)

### a. OBRIGAÇÕES NEGATIVAS E POSITIVAS

Ao alocar o artigo 2 da CEDH sob enfoque, o direito à vida nele circunscrito tem sua amplitude de tutela consideravelmente extensa a partir da interpretação da determinação expressa de que esse direito deve ser *protegido por lei*<sup>6</sup>, sendo este, um “*devoir primordial*” dos Estados em sociedades democráticas<sup>7</sup>.

A imposição da proteção da vida por lei decorre da *função de defesa*<sup>8</sup> que esse direito implica da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado. Nesse sentido, o artigo supracitado impõe como obrigação primária, de cunho negativo, que o Estado, consubstanciado em seu corpo de agentes e órgãos, se abstenha de violar esse direito<sup>9</sup>.

Além disso, com base nas necessidades contemporâneas, o TEDH vem reconhecendo em suas decisões uma gama de obrigações positivas concernentes à atuação dos Estados, que se encontram implícitas no dever geral de proteger a vida<sup>10</sup>.

Esse reconhecimento e construção jurisprudencial é

---

<sup>6</sup> “*The protection provided by the law, however, is a reality only if that law is implemented*”. Cfr. PIETER DIJK, G. J. H VAN HOOFF and OTHERS, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. Fourth Edition. Oxford: Intersentia, 2006, p. 352.

<sup>7</sup> Cfr. JEAN-FRANÇOIS RENUCCI, *Droit Européen des droits de L’homme*. 4 ed. Paris, LGDJ, 2010, p. 41.

<sup>8</sup> Cfr. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 18 reimpressão. Coimbra, Almedina, 2003, p. 407.

<sup>9</sup> Cfr. JEAN-FRANÇOIS RENUCCI. Ob. cit., p. 43.

<sup>10</sup> Segundo GREER, as obrigações positivas como princípio permitem ao Tribunal interpretar a CEDH de uma forma que impõe obrigações aos Estados de proteger ativamente os direitos da Convenção e não apenas a obrigação negativa de evitar violá-los. Cfr. STEVEN GREER, «The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin or Appreciation», in *UCL Human Rights Review*, vol. 3 (2010), p. 6. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/uncolhurire3&div=5&id=&page=>>. Acesso: 17 de Abril de 2017.

decorrência de uma interpretação evolutiva da Convenção, pois esse documento deve ser interpretado tendo em conta as condições em mudança e um consenso emergente quanto às normas adequadas, tratando-se, portanto, de um *living instrument*<sup>11</sup> a ser interpretado à luz das condições atuais e das ideias prevalecentes nos Estados democráticos de hoje<sup>12</sup>.

A concepção pelo TEDH da Convenção como um instrumento vivo implica em três características: em primeiro lugar, o Tribunal tomará em consideração as "normas atuais" como fator importante na interpretação da Convenção; Em segundo, essas normas atuais devem ser de alguma forma comuns ou partilhadas entre os Estados contratantes; Em terceiro lugar, o Tribunal não atribuirá uma importância decisiva ao que o Estado demandado considera ser um padrão aceitável no caso que estiver sob sua análise, em especial quando as práticas desse membro da Convenção não estiverem em conformidade com as normas comumente aceitas no Conselho da Europa<sup>13</sup>.

Nesse sentido, diante dessa abordagem da Convenção e como aspecto positivo de uma interpretação evolutiva<sup>14</sup>, o Tribunal tem mobilizado um consenso europeu<sup>15</sup> no fito de determinar o alcance dessas obrigações positivas dos Estados<sup>16</sup> e,

---

<sup>11</sup> Cfr. KHANLAR HAJIYEV, The evolution of positive obligations under the European Convention on Human Rights – BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, in *The European Convention on Human Rights, a living instrument*. Bruxelles: Bruylant, 2011, p. 208.

<sup>12</sup> Cfr. WILLIAM A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 47.

<sup>13</sup> Cfr. GEORGE LETSAS, *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and its Legitimacy* (March 14, 2012), p. 2. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2021836>>. Acesso em 20 mai. 2017.

<sup>14</sup> Cfr. GEORGE LETSAS. Ob. cit., p. 6.

<sup>15</sup> Não obstante não haja uma definição clara acerca do *consenso europeu*, esse tem sido apontado quando presente uma *tendência* e não necessariamente *uniformidade* pelos Estados membros da Convenção acerca da regulamentação de uma questão, seja em nível de regras ou de princípios. Cfr. KANSTANTSIN DZEHTSIAROU, *European Consensus and the legitimacy of the European Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 12-13.

<sup>16</sup> Cfr. KANSTANTSIN DZEHTSIAROU. Ob. cit., p. 17.

dessa via, tem reconhecido o dever dos mesmos em estabelecer um quadro jurídico e administrativo apropriado para evitar o cometimento de delitos contra a pessoa<sup>17</sup>, um sistema eficaz de regulação, supervisão e controle, que preveja a identificação e correção de eventuais falhas perigosas e que, sobretudo, criminalize os comportamentos prejudiciais à vida<sup>18</sup>

A título de exemplo, tais mecanismos aludidos abrangem o quadro regulamentar de hospitais, os quais devem se precaver quanto a ocorrência de atos negligentes que levem a privação da vida e, sendo o caso, esse quadro deve prever um sistema eficaz para estabelecer a causa da morte de pessoas, sob a sua responsabilidade dos profissionais da saúde<sup>19</sup>.

Além disso, apesar do artigo 2, n.º 1, em virtude da previsão de que “[...] ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida” ter sido inicialmente interpretado de maneira estrita, pela qual se levou a uma conclusão equivocada de que a proteção por lei recai apenas em relação aos assassinatos intencionais<sup>20</sup>, a Corte adotou interpretação diversa no sentido de que cabe ao Estado a tomada de medidas adequadas para salvaguardar a vida de todas as pessoas dentro da sua jurisdição, desse modo, a expressão acima também implica em proteção contra a morte causada involuntariamente ou por acidente<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Nesse sentido, considerando a União Europeia como espaço de liberdade, segurança e justiça, no artigo 67º, n. 2, do TFUE (Tratado de Funcionamento da União Europeia) encontra-se a garantia aos cidadãos um elevado nível de segurança, através de medidas de prevenção e de combate contra a criminalidade. Disponível: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>>. Acesso: 5 de Abril de 2017.

<sup>18</sup> Cfr. DUTERTRE GILLES, *Key case-law extracts: European Court on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2003, p. 30. Cfr. WILLIAM A. SCHABAS. Ob. cit., p. 126.

<sup>19</sup> JEAN FRANÇOIS RENUCCI. Ob. cit., p. 49-50. Segundo WILLIAM A. SCHABAS, ao passo que um Estado se comprometeu a disponibilizar os cuidados de saúde à população, poderá ensejar uma violação do artigo 2 da CEDH se a vida de uma pessoa for posta em risco em caso deste cuidado ser negado. Ob. cit., p. 131.

<sup>20</sup> Cfr. IRINEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: anotada*. 5 ed. rev. e atual. Coimbra, Almedina, 2016, p. 86.

<sup>21</sup> Cfr. TORTEL OPSAHL, «The Right to Life», in *The European System for the*

Como decorrência desse dever geral de proteção contra a violação da vida, o âmbito de incidência da atuação estatal se estende também as situações em que o risco e possível privação desse direito não é resultado direto da postura dos agentes do Estado<sup>22</sup>. Trata-se da aplicação aos comportamentos das partes privadas, concepção oriunda da palavra alemã *Dittwirkung*<sup>23</sup>.

O reconhecimento da proteção desse direito pelo Estado em relação as ações dos particulares não significa que, em caso de privação da vida por um particular, possa ser trazida uma queixa a Straburgo contra este. Isso porque a reclamação somente pode ter como sujeito passivo um dos Estados Contraentes, os quais, por sua vez, se não tiverem adotados as medidas preventivas consideradas razoáveis para tutelar a vida frente ações de terceiros, podem ser condenados por violar a Convenção<sup>24</sup>.

Em relação às pessoas sob a custódia do Estado, o Tribunal tem reconhecido que o direito à vida deve ser tutelado não apenas frente as autoridades, mas contra possíveis terceiros, como os colegas de cela e, ainda, contra o suicídio por um preso, por exemplo<sup>25</sup>.

Importa salientar que, mesmo sendo estipulado o dever dos Estados em instituir medidas que protejam a vida de forma ampla, a começar pela postura das próprias autoridades no sentido de não violar esse direito, o n.º 2 do artigo 2 da CEDH, elenca três situações excepcionais em que a privação desse direito é justificável<sup>26</sup>, quais sejam: para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal; para efetuar

---

*Protection of Human Rights*. RONALD ST. JOHN MACDONALD; F. MATSCHER; H. PETZOLD (eds.). Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 214.

<sup>22</sup> Cfr. TEDH. *Osman v. United Kingdom* (Aplicação n. 23452/94, julgamento em 28 de Outubro de 1998).

<sup>23</sup> Cfr. CLARE OVEY and ROBIN WHITE, *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*. 4 ed. Oxford University Press, p. 51.

<sup>24</sup> Cfr. Cfr. PIETER DIJK, G. J. H. VAN HOOFF and OTHERS. Ob. cit., p. 29.

<sup>25</sup> Cfr. JEAN FRANÇOIS RENUCCI. Ob. cit., p. 50.

<sup>26</sup> Cfr. PIETER DIJK; G. J. H. VAN HOOFF and OTHERS. Ob. cit., p. 352.



detenções legais ou impedir evasão de uma pessoa detida; e, ainda, para reprimir uma revolta ou insurreição.

Não se trata, entretanto, de uma permissão para violar à vida, mas de situações em que esse direito é privado como decorrência do uso da força letal por agentes do Estado tornado *absolutamente necessário* e, portanto, justificável à luz da Convenção<sup>27</sup>.

Inobstante o artigo em voga evidencie uma das disposições mais fundamentais da Convenção, na medida em que não apenas salvaguarda o direito à vida, mas estabelece as circunstâncias em que a sua privação pode ser justificada<sup>28</sup>, esse somente foi objeto de análise do seu mérito perante o TEDH no caso *McCann and Others v United Kingdom*<sup>29</sup>, no qual foi verificada se as medidas tomadas pela British SAS (Special Air Service) em uma operação antiterrorista contra o IRA, que resultou na morte de três pessoas pelo uso da força letal, violaram o artigo 2 n.º 2<sup>30</sup>.

A partir dessa decisão, o TEDH fixou o entendimento de que o artigo em questão implica na obrigação aos estados em promover o adequado treinamento e exercer um controle rigoroso sobre as operações das suas forças de segurança que podem envolver o uso de força letal<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Cfr. DOUWE KORFF, *The right to life: A guide of implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*, in “Human rights handbooks”, n. 8. Belgium: Concil of Europe, 2006, p. 23.

<sup>28</sup> Cfr. OVEY and WHITE. Ob. cit., p. 56.

<sup>29</sup> Após décadas de atuação, até o caso citado, a Corte Europeia de Direitos do Homem não havia emitido uma decisão sobre o mérito do artigo 2 da CEDH. Cfr. WILLIAM A. SCHABAS. Ob. Cit., p. 117.

<sup>30</sup> A Corte concluiu que as medidas tomadas (uso de força letal que resultaram na morte) não foram proporcionais aos objetivos almejados pela operação, nem *absolutamente necessárias* nos termos do artigo 2, n. 2, da Convenção, e, desse modo, houve a violação do preceito na medida em que o dever do estado de proteger a vida insito ao artigo não fora cumprido. Cfr. TEDH. *McCann and Others v. United Kingdom* (Aplicação n. 18948/1991, julgamento em 17 de Setembro de 1995).

<sup>31</sup> Cfr. ALASTAIR R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligation under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford - Portland Oregon: Hart Publishing, 2004, p. 7.

Ademais, no mesmo caso, ao realizar uma interpretação conjunta do artigo 2 da CEDH e do artigo primeiro desse mesmo documento que estabelece a garantia geral de direitos pelos estados contraentes a qualquer indivíduo sob sua jurisdição, o Tribunal entendeu que não seria efetiva a proibição aos agentes do Estado quanto a morte de pessoas, se não houvesse o correspondente dever de efetuar um procedimento de investigação<sup>32</sup>.

Dessa via, reconheceu que o dever de natureza processual de proteger a vida implica na necessidade de haver uma efetiva e oficial investigação que independa de denúncia formal à autoridade investigadora<sup>33</sup>, tendo o fito de analisar se a uso da força letal por agentes estatais foi legal, ou seja, se era justificável no particular conjunto das circunstâncias e se enquadrava-se nas exceções previstas no n.º 2 do mesmo artigo<sup>34</sup>.

Além disso, a jurisprudência do Tribunal evoluiu e ampliou as circunstâncias em que as investigações devem ser realizadas, na medida em que reconheceu que esse dever não se limita aos casos em que se tenha provado que o homicídio foi causado por um agente do Estado. Assim, deve haver alguma forma de investigação oficial eficaz quando há razões para acreditar que um indivíduo morreu em circunstâncias suspeitas<sup>35</sup>, ou em caso de desaparecimento no qual não há a confirmação do óbito<sup>36</sup>.

Outrossim, também não haveria efetividade em proteger a vida de acordo com o TEDH, se diante de uma privação injustificada desse direito nos termos da Convenção, não fosse promovida pelo Estado a penalização dos agentes responsáveis, tendo em vista que esta última obrigação é a finalidade essencial da

---

<sup>32</sup> Cfr. OVEY and WHITE. Ob. Cit., p. 65.

<sup>33</sup> Cfr. JEAN-FRANÇOIS RENUCCI. Ob. cit., p. 52.

<sup>34</sup> Cfr. KHANLAR HAJIYEV. Ob. Cit., p. 209-210.

<sup>35</sup> Cfr. JULIET CHEVALIER-WATTS, «Effective investigation under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or na Onerous Burden on a State?», in *The European Journal of International Law*, v. 21, n. 3., (2010) p. 703 e 707.

<sup>36</sup> Cfr. DOUWE KORFF. Ob. cit., p. 36.

própria investigação<sup>37</sup>.

## b. VIOLAÇÃO SUBSTANTIVA E PROCESSUAL

Feito os apontamentos gerais sobre o arcabouço de obrigações atribuídas aos Estados para a proteção da vida, a falha destes no cumprimento desses deveres pode ensejar como decorrência a sua condenação pela violação do artigo 2 da CEDH sob dois aspectos: substantivo e/ou processual.

Deve-se esclarecer preliminarmente que a alegação perante o TEDH de descumprimento do artigo em questão pode indicar violações sobre ambos os aspectos ou se restringir a apenas um deles, como foi o caso analisado no primeiro capítulo (*Armani da Silva v. United Kingdom*), no qual somente foi alegada a violação processual da Convenção.

Outrossim, há que se destacar que mesmo quando alegada transgressão sob ambos os fundamentos, essas são consideradas de forma separada e autônoma<sup>38</sup>. Isso porque é possível que o TEDH reconheça a violação sob um aspecto sem que necessariamente tenha reconhecido a violação do outro<sup>39</sup>.

A primeira análise recai sobre a previsão constante no n.º 2 do artigo em discussão, no qual estão elencadas as situações em que a morte de um indivíduo resultado do uso da força letal por agentes do estado, tornado absolutamente necessário, não leva a uma condenação do Estado.

Nesse caso, não sendo comprovado a absoluta necessidade do uso dessa força e, portanto, não cumprida a obrigação negativa do Estado em se abster da privação do direito à vida, restará violado o artigo 2 em sua dimensão substantiva.

Outrossim, para atestar a violação do artigo, o TEDH deve avaliar o alcance das obrigações positivas em matéria de

---

<sup>37</sup> Cfr. OVEY and WHITE. Ob. Cit., p. 65.

<sup>38</sup> Cfr. WILLIAM A. SCHABAS. Ob. cit., p. 134. Cfr. TEDH. *Armani da Silva...* Parágrafo 232.

<sup>39</sup> Cfr. DOUWE KORFF. Ob. cit., p. 35.

aplicação da lei de modo que a Convenção não imponha “an impossible or disproportionate burden on the authorities”, tendo em consideração as dificuldades de controle da sociedade moderna, a imprevisibilidade da conduta humana e as opções operacionais que devem ser tomadas em termos de prioridades e recursos<sup>40</sup>.

Como decorrência, a análise pelo Tribunal da violação do artigo em voga por um Estado-Membro, em especial nos casos em que a vida é ceifada por ação de um particular, não tem a responsabilização aplicada de forma automática<sup>41</sup>.

Para resultar em uma violação substantiva, deve ser feito um *testo of state liability*<sup>42</sup>, pelo qual será analisado se é possível demonstrar que as autoridades sabiam ou deviam ter conhecimento, no momento em causa, da existência de um risco real e imediato à vida por parte de um terceiro e ainda, que eles não tomaram medidas dentro do âmbito de seus poderes, julgadas razoavelmente, que poderiam ter sido esperadas para impedir a materialização desse risco<sup>43</sup>.

Além da violação substantiva, também é possível a condenação pela violação do artigo 2 em seu aspecto processual, pois conforme já apontado alhures, diante da morte de um indivíduo resultado de ação dos agentes estatais, ainda que não intencional, ou em caso de uma morte sob condições suspeitas, recai a incumbência ao Estado em promover uma investigação suscetível de estabelecer a causa da morte, os responsáveis e se o uso da força foi justificado nos moldes dispostos no artigo 2, n. 2 da CEDH.

Dessa via, se o Estado não cumprir sua obrigação de realizar uma investigação apta a estabelecer os aspectos apontados e, sendo o caso, de promover um processo contra o responsável

---

<sup>40</sup> Cfr. WILLIAN A. SCHABAS, p. 127.

<sup>41</sup> Cfr. KHANLAR HAJIYEV. Ob. cit., p. 210. Cfr. DUTERTRE GILLES. Ob. cit., p. 30-31.

<sup>42</sup> Cfr. ALASTAIR R. MOWBRAY. Ob. cit., p. 15.

<sup>43</sup> Cfr. OVEY and WHITE. Ob. cit., p. 63-64.

a fim de penalizá-lo criminalmente conforme a legislação doméstica, incidirá em violação processual do artigo 2.

#### 4. A SISTEMÁTICA DE ANÁLISE DO TEDH QUANTO A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA VIOLAÇÃO PROCESSUAL DO ARTIGO 2 DA CEDH

##### a. NATUREZA DAS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS

Para uma total compreensão da análise a ser realizada pelo TEDH sobre a existência ou não de uma violação do artigo 2 da CEDH pelo incumprimento de uma obrigação processual, deve-se destacar preliminarmente que a natureza dessas obrigações é de meio e não de resultado<sup>44</sup>.

Desse modo, mesmo que esteja presente uma morte resultado de ação de agentes estatais ou sob condições suspeitas e se efetive uma investigação eficaz, pode ser que essa não conduza a instauração de um processo criminal. Na mesma via, havendo um processo criminal, esse não necessariamente resultará a uma condenação e aplicação de pena<sup>45</sup>.

Nesse sentido, não obstante os Estados devam cumprir as obrigações de prever em sua legislação doméstica a realização das investigações e um sistema de responsabilização dos indivíduos que deram causa a violação do direito à vida, não existe um direito absoluto a obter uma condenação ou ação penal na sequência de uma investigação, e na hipótese dessa última não obtenha resultados ou esses sejam limitados, não há uma violação automática do artigo 2 se for constatada que foi eficaz<sup>46</sup>.

##### b. A FISCALIZAÇÃO PELO TEDH NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES POSITIVAS PROCESSUAIS

---

<sup>44</sup> Cfr. ALASTAIR R. MOWBRAY. Ob. cit., p. 31.

<sup>45</sup> Cfr. TEDH. *Armani da Silva*... Parágrafo 238.

<sup>46</sup> Cfr. JULIET CHEVALIER-WATTS. Ob. cit., p. 712.

No fito de tornar a proteção do direito à vida efetiva, conforme supramencionado, são atribuídos aos Estados diversas obrigações positivas, dentre as quais assentam-se as de natureza processual que atribuem a incumbência de se promover um efetivo procedimento de investigação diante da violação desse direito, cujo objetivo essencial é assegurar e cumprir a obrigação de responsabilização pelos óbitos ocorridos sob a responsabilidade do Estado, em especial quando envolvem seus agentes ou órgãos<sup>47</sup>.

Conforme analisado no caso *Armani da Silva v. United Kingdom*, a recorrente alegou uma violação processual do artigo 2 da CEDH por parte do Reino Unido em virtude de nenhum agente do Estado envolvido ter sido responsabilizado pela morte de seu primo (resultado do uso de força letal pelas autoridades britânicas) e, dessa via, não ter sido cumprida a obrigação positiva relativa a penalização dos responsáveis.

O Tribunal reconhece expressamente por interpretação evolutiva da Convenção as obrigações processuais de implementar procedimentos de investigação face a privação da vida e, sendo o caso, a penalização dos responsáveis. Entretanto, consoante exposto anteriormente, a CEDH em seu texto não regulamenta como deve ser definido o quadro jurídico penal e processual penal nos Estados para cumprir essas obrigações<sup>48</sup>.

Apesar de o TEDH ter mobilizado um consenso europeu quanto a determinação do alcance dessas obrigações positivas, o mesmo não estabelece como essas devem ser cumpridas pelo direito doméstico.

Tal decorre do fato de que a Convenção visa estabelecer normas de conduta e não soluções uniformes. Assim, deixa-se para cada Estado contratante um leque de opções para pôr em prática na sua ordem jurídica interna os diversos direitos e

---

<sup>47</sup> Cfr. OVEY and WHITE. Ob. Cit., p. 66.

<sup>48</sup> Cfr. ALASTAIR R. MOWBRAY. Ob. cit., p. 31.

liberdades garantidos<sup>49</sup>.

Além disso, essa ausência de orientação por parte do TEDH é consequência da inexistência da constatação de um consenso pelos Estados-Membros acerca dos mecanismos internos que efetivam essas obrigações abstraídas da Convenção, necessária para uma interpretação evolutiva pelo Tribunal<sup>50</sup>.

Isso porque a aplicação de um consenso não é automática, mas precedida de três fases. Primeiro coleta-se o material dos Estados Partes que será avaliado e comparado na fase seguinte a fim de se verificar a existência ou não de um consenso e, sendo esse constatado, inicia-se a fase da sua implementação<sup>51</sup>.

Nessa linha, no julgamento do caso acima, o TEDH realizou uma análise comparativa<sup>52</sup> acerca do estabelecimento pela legislação doméstica (dos Estados Contraentes e também dos Países do Direito Comum como Canadá e Nova Zelândia) referente aos Testes de Evidência que devem ser satisfeitos para levar a um processo criminal.

Quanto aos Estados Partes, foi realizada uma divisão entre dois grupos: um em que o limiar se centra em saber se os elementos da infração foram estabelecidos e no segundo grupo (onde se encontra, por exemplo, a Inglaterra e Portugal<sup>53</sup>) se

---

<sup>49</sup> Cfr. HERBERT PETZOLD, «The Convention and the Principle of Subsidiarity», in *The European System for the Protection of Human Rights*. RONALD ST. JOHN MACDONALD; F. MATSCHER; H. PETZOLD (eds.). Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 44.

<sup>50</sup> Cfr. KANSTANTSIN DZEHTSIAROU. Ob. cit., p. 139.

<sup>51</sup> Cfr. KANSTANTSIN DZEHTSIAROU. Ob. cit., p. 24.

<sup>52</sup> Em razão da CEDH ser considerada como um sistema de regras que fazem parte do patrimônio europeu comum e porque o sistema europeu é suposto ser derivado dos sistemas nacionais dos estados membros é que o argumento comparativo leva tanto peso. Cfr. Eva Brems, «The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights», in *Zeitschrift fuer Auslaendisches Oeffentliches Recht und Voelkerrecht*, n. 56 (1996), p. 276.

<sup>53</sup> O limiar consiste em estabelecer se há uma "possibilidade razoável de impor uma pena no julgamento". Cfr. PORTUGAL. Artigo 283, n. 2, do Código de Processo Penal (DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, última atualização Lei n.º 40-A/2016, de 22 de Dezembro).

concentra na chance de condenação por um tribunal.

Independente de qual o grupo, atingido o limiar, foi verificado que os países também possuem aspectos destoantes referentes a fase seguinte. Em alguns deles, como na Alemanha em que vigora o “princípio da acusação obrigatória”, satisfeito o limiar, deve o promotor agir em relação a infração penal. Em outros, mesmo satisfeito o limiar, permite-se que o promotor traga um caso, mas não obriga a acusação, como é o caso do Chipre.

Na Inglaterra, a propositura da ação pela Procuradoria da Coroa depende de duas fases: a satisfação do limiar ora discutido, nomeada por “fase evidencial” e, sendo esse atingido, segue-se para a fase em que se analisa se a ação judicial é do Interesse Público<sup>54</sup>.

Feita a análise comparativa, o TEDH concluiu que não existe uma abordagem uniforme entre os Estados contratantes quanto ao teste probatório de limiar necessário para instaurar um processo<sup>55</sup>, bem como verificou que os Estados divergem em vários aspectos acerca do mesmo.

Ausente o consenso, cria-se uma presunção refutável em favor da margem da apreciação<sup>56</sup>, como afirmou o Tribunal que “[...] *Contracting States should be accorded a certain margin of appreciation in setting that threshold*”<sup>57</sup>.

A doutrina da margem da apreciação nacional, cujo termo deriva do contexto da jurisdição administrativa no âmbito

---

<sup>54</sup> Cfr. INGLATERRA. O Código para Promotores da Coroa (“The Code for Crown Prosecutors”), n. 4.8. “It has never been the rule that a prosecution will automatically take place once the evidential stage is met. A prosecution will usually take place unless the prosecutor is satisfied that there are public interest factors tending against prosecution which outweigh those tending in favour”. Disponível em: <[https://www.cps.gov.uk/publications/code\\_for\\_crown\\_prosecutors/](https://www.cps.gov.uk/publications/code_for_crown_prosecutors/)> Acesso: 30 de Abril de 2017.

<sup>55</sup> Cfr. TEDH. *Armani da Silva*... Parágrafo 176.

<sup>56</sup> Cfr. KANSTANTSIN DZEHTSIAROU. Ob. cit., p. 28.

<sup>57</sup> Cfr. TEDH. *Armani da Silva*... Parágrafo 267.



da legislação interna<sup>58</sup>, refere-se ao espaço de manobra que as instituições judiciais em Estrasburgo estão dispostas a conceder às autoridades nacionais no cumprimento das suas obrigações na Convenção<sup>59</sup>.

Considerando que a presunção em favor desse *espaço de manobra* é refutável pelo TEDH, este deve verificar se essa margem foi excedida pelos Estados. Como no caso em apreço, ao analisar se o teste limiar era demasiadamente elevado para se levar a um processo ou não e, portanto, para determinar se o Estado excedeu ou não a margem de manobra, o Tribunal entendeu que deve fazê-lo no contexto de justiça penal interna.

Ademais, ao verificar se o Estado se situou dentro da margem deve ser observado o princípio da proporcionalidade. Destaca-se que nessas áreas em que o estado possua certa margem de apreciação, tal princípio busca de uma forma geral obter o justo equilíbrio entre os interesses concorrentes do indivíduo e da sociedade como um todo<sup>60</sup>.

Entretanto, quando se cinge ao cumprimento das obrigações positivas, o princípio não se aplica da mesma maneira. Isso porque a relação de proporcionalidade não servirá só para evitar restrições a direitos garantidos na Convenção, mas também para precaver que a extensão dessas obrigações para a proteção dos direitos não se torne demasiadamente onerosas ao Estado<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> De acordo com EVA BREMS, na maioria dos sistemas é feita uma distinção entre uma revisão completa das decisões administrativas que interpretam termos de direito indefinidos e uma revisão limitada das decisões tomadas no exercício de um poder discricionário permitido por lei. Neste último caso o que é revisto é se a extensão do poder discricionário foi excedida e se o poder discricionário foi exercido de maneira conforme com a lei. Cfr. EVA BREMS. Ob. cit., p. 240.

<sup>59</sup> Cfr. STEVEN GREER, The interpretation of the European Convention... ob. cit., p. 2.

<sup>60</sup> Cfr. JEAN-PIERRE MARGUÉNAUD, *La Cour Européenne des Droits de L'homme*. 6 ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 72-73

<sup>61</sup> Cfr. JEAN-PIERRE MARGUÉNAUD. Ob. cit., p. 72-73. Cfr. TEDH. *Armani da Silva*... Parágrafo 266: "It is not in dispute that States should be permitted to have a threshold evidential test to prevent the financial and emotional costs of a trial being incurred where there are weak prospects of success".

Assim, no caso em discussão, o Tribunal entendeu que não se poderia afirmar que o teste limiar de prova da Inglaterra tenha sido tão elevado que não se situou na margem de apreciação do Estado<sup>62</sup>, pois apesar do limiar adotado ser mais elevado do que em alguns países, este é reflexo do seu sistema de júri, pelo qual trazida a acusação e havendo alguma evidência, mesmo que de caráter tênue (Teste Galbraith), na qual um júri devidamente orientado possa condenar, o caso deve ser deixado para o Júri decidir<sup>63</sup>. Diante desse contexto jurídico, afirmou que *“It is not in dispute that States should be permitted to have a threshold evidential test to prevent the financial and emotional costs of a trial being incurred where there are weak prospects of success”*<sup>64</sup>.

Dessa seara, constata-se que ante a ausência de um consenso europeu quanto ao cumprimento das obrigações positivas, defere-se em favor dos Estados uma margem de apreciação para tomar as decisões que as implementem, margem esta que não se beneficia de presunção absoluta, mas sujeita-se ao controle pelo Tribunal<sup>65</sup>.

Todavia, face o papel subsidiário do TEDH em relação aos Estados-Membros nas questões relativas a Convenção, esse não é competente para atuar como tribunal de apelação e revisar a decisão tomada pelo tribunal nacional<sup>66</sup>.

Nos casos em que a Convenção requer uma ação positiva do Estado, há uma competência de supervisão limitada do

---

<sup>62</sup> Cfr. TEDH. *Armani da Silva*... Parágrafo 271.

<sup>63</sup> Cfr. TEDH. *Armani da Silva*... Parágrafo 270.

<sup>64</sup> Cfr. TEDH. *Armani da Silva*... Parágrafo 266.

<sup>65</sup> Nesse sentido, a existência ou inexistência de consenso entre as leis dos Estados contratantes é um fator relevante no que diz respeito ao alcance da margem de apreciação. Cfr. EVA BREMS. Ob. Cit., p. 276.

<sup>66</sup> Cfr. STEVEN GREER, *The Margino of Appreciation: interpretation and discretion under the European Convetion on Human Rights*, n 17. Strabourg: Council of Europe Publishing, 2000, p. 19. Nesse sentido, a proteção nacional dos direitos humanos e a proteção europeia formal um casal que andam de mãos dadas. Cfr. HERBERT PETZOLD. Ob. cit., p. 43.

Tribunal para revisar a escolha dos Estados quantos aos meios adequados para atender ao exigido pela Convenção<sup>67</sup>. Assim, é analisado se a opção adotada pelo membro excede ou não o espaço de manobra que lhe é concedido.

Salienta-se que, não obstante o TEDH não estabeleça como devem ser cumpridas as obrigações positivas e, assim, como no caso do teste limiar, esse seja regulamentado pela legislação doméstica, as evidências probatórias que o compõe são produto de uma investigação anterior. Esta por sua vez, tem requisitos reconhecidos pela jurisprudência do Tribunal para que aquela seja considerada eficaz e, portanto, se sujeitam a uma fiscalização pelo próprio Tribunal.

### c. REQUISITOS MÍNIMOS DE UMA INVESTIGAÇÃO EFICAZ

Como já observado, a Convenção em seu texto e o TEDH em suas decisões não dispõem pormenorizadamente como a investigação deve ser executada, em respeito ao papel subsidiário da Convenção na tutela dos direitos<sup>68</sup>. Dessa via, defere-se uma margem para cada Estado disciplinar como será realizada a investigação em sua legislação interna.

Segundo ROEE ARIAV, os *atores internacionais*, na busca de impor aos Estados procedimentos de investigações efetivas, em contraposição ao desejo destes últimos em manter sua soberania, têm promovido constantes diálogos referentes suas decisões no contexto internacional que fixam *standards mínimos* de proteção, com o fito de que sejam internalizados no direito doméstico, como aponta estar ocorrendo no Reino Unido<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Cfr. HERBERT PETZOLD. Ob. cit., p. 49.

<sup>68</sup> Cfr. JULET CHEVALIER-WATTS. Ob. cit., p. 718.

<sup>69</sup> O autor afirma “*As early as 2003, the House of Lords has relied exclusively on the jurisprudence of the ECtHR to establish the relevant law for conducting an investigation into a crime committed*”. Cfr. ROEE ARIAV, «National Investigations of Human Rights Between the National and International Law», in *Goettingen Journal of*

Dessa via, o TEDH tem através de sua jurisprudência construído um rol de *requisitos mínimos* a serem aferidos para considerar que uma investigação realizada pelas autoridades nacionais foi de fato eficaz, requisitos estes que se não forem cumpridos e comprometerem a capacidade do inquérito em determinar a causa da morte, os responsáveis e se o uso da força foi justificável nos termos da Convenção, podem ensejar a condenação do Estado por violação do artigo 2 da CEDH em seu aspecto processual<sup>70</sup>.

Não obstante no caso *McCann and others v. United Kingdom*<sup>71</sup>, ao reconhecer o dever de investigação, a Corte tenha considerado esta efetiva sob vários aspectos apontados, o estabelecimento expresso de requisitos institucionais e processuais em uma investigação ocorreu somente a partir do caso *Kelly and others v. United Kingdom*<sup>72</sup>.

#### i. INDEPENDÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS PELA INVESTIGAÇÃO

No caso citado (*Kelly and Others v. United Kingdom*) o TEDH entendeu ser necessário que os responsáveis pela investigação das pessoas implicadas no evento morte sejam independentes. Todavia, a independência exigida não é apenas hierárquica<sup>73</sup> ou institucional, mas também de caráter prático, ou seja,

---

*International Law*. n. 3-4 (2012), p. 864-865. Disponível em: <[www.gojil.eu/issues/43/43\\_article\\_ariav.pdf](http://www.gojil.eu/issues/43/43_article_ariav.pdf)>.

<sup>70</sup> Cfr. OVEY and WHITE. Ob. cit., p. 67.

<sup>71</sup> Cfr. TEDH. *McCann and Others v. United Kingdom* (Aplicação n. 18984/91, julgamento em 27 de Setembro de 1995).

<sup>72</sup> Cfr. TEDH. *Kelly and others v. United Kingdom* (aplicação n. 30054/96, julgamento em 4 de Maio de 2001). ALASTAIR R. MOWBRAY. The development... Ob. cit., p. 31.

<sup>73</sup> Foi reconhecida a ausência de independência hierárquica no caso *Hugh Jordan v. United Kingdom* (Aplicação n. 24746/94, julgamento em 04 de Maio de 2001), no qual a investigação do assassinato foi conduzida e realizada por agentes de polícia que, embora sujeitos à supervisão de uma autoridade de controlo policial independente, estavam hierarquicamente ligados ao oficial sujeito à investigação. Cfr.

em relação as pessoas implicadas nos fatos objecto de inquérito<sup>74</sup>.

Essa necessidade de independência prática complementa a dimensão institucional e procura assegurar que os investigadores não aceitam automaticamente a veracidade e a precisão dos relatórios ou declarações dos agentes do Estado sem realizar mais investigações relevantes<sup>75</sup>.

Nesse sentido, o Tribunal já constatou uma violação processual do artigo 2 da CEDH pela Turquia na ausência de independência no caso do Ministério Público em sua investigação ser dependente das informações fornecidas pelos gendarmes implicados no incidente<sup>76</sup>.

## ii. ESCRUTÍNIO PÚBLICO E PARTICIPAÇÃO DA FAMÍLIA

No fito de conservar a confiança do público na adesão das autoridades ao Estado de Direito, bem como de impedir qualquer aparência de colusão ou tolerância de actos ilegais, entende-se que a investigação, dentro dos limites, deve ser sujeita ao escrutínio público<sup>77</sup>.

Ressalta-se que a divulgação ou publicação de relatórios policiais e de materiais de investigação pode envolver questões sensíveis com possíveis efeitos prejudiciais a particulares ou outros inquéritos e, por conseguinte, não pode ser considerada um requisito automático ao abrigo do artigo 2.<sup>78</sup>

Também é reconhecido que em todos os casos os familiares da vítima devem estar envolvidos no processo para

---

PIETER DIJK; G. J. H. VAN HOOFF and OTHERS. Ob. cit., p. 367.

<sup>74</sup> PIETER DIJK; G. J. H. VAN HOOFF and OTHERS. Ob. cit., p. 367.

<sup>75</sup> Cfr. ALASTAIR R. MOWBRAY. Ob. cit., p. 33.

<sup>76</sup> Cfr. TEDH. *Ergi v. Turkey* (Aplicação n. 23818/94, julgamento em 28 de Julho de 1998).

<sup>77</sup> Cfr. OVEY and WHITE. Ob. cit., p. 67.

<sup>78</sup> Cfr. TEDH. *Armani da Silva...* Parágrafo 236.

salvaguardar os seus interesses legítimos, devendo ser informados sobre todas as notícias e progressos que ocorrem na investigação e processo<sup>79</sup>, ainda que a família não tenha apresentado queixa<sup>80</sup>.

Nessa via, já foi reconhecida a violação do artigo 2 sob esse aspecto, quando a mãe da vítima não foi notificada pelo Conselho Administrativo Provincial na Túrquia quanto a sua decisão de que não seria nenhum caso encaminhado aos tribunais penais em relação as pessoas responsáveis pela morte<sup>81</sup>.

Em relação a esse dever de informar os familiares, que funciona simultaneamente como requisito e direito, foi emitida a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2012, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, a qual prevê em seu ponto 19 os familiares das vítimas como “vítimas indiretas do crime” e assim, beneficiários da proteção da diretiva.

Dessa via, estabelece em seu artigo 4, b, o direito de receber informações partir do primeiro contato com as autoridades competentes relativas aos procedimentos para apresentar denúncias de um crime e o seu papel no contexto desses procedimentos; bem como o artigo 6 prevê o direito de receber informações de qualquer decisão de não prosseguir ou de encerrar uma investigação, de não deduzir acusação contra o autor do crime ou acerca do processo penal instaurado.

### iii. MEIOS DO INQUÉRITO

No caso *Kelly and Others v. United Kingdom*, também foi estabelecido que uma investigação seria eficaz se fossem

---

<sup>79</sup> Cfr. ALASTAIR R. MOWBRAY. Ob. cit., p. 32 e 38.

<sup>80</sup> Cfr. IRINEU CABRAL NETO. Ob. cit., p. 84.

<sup>81</sup> TEDH. Güleç v. Turkey (Aplicação n. 21593/93, julgamento em 27 de Julho de 1998). Cfr. ALASTAIR R. MOWBRAY. Ob. cit., p. 38.

tomadas as medidas razoáveis disponíveis para obter as provas relativas ao incidente. Segundo o TEDH, como meio básico de prova têm-se o depoimento da testemunha ocular, entretanto, a forma como o depoimento é tomado pode resultar em uma violação do artigo 2, quando, por exemplo, o testemunho não é exaustivo quanto aos fatos<sup>82</sup>.

Além disso, entre outros meios de prova, o Tribunal entendeu que sendo possível, deviam ser produzidas as provas forenses, caso em que deve ser realizada uma autópsia que forneça um registo completo e preciso da lesão e uma análise objectiva das conclusões clínicas, incluindo a causa da morte<sup>83</sup>.

Destaca-se ainda, que essa exigência de uma razoável instrução probatória na investigação não pode ser suplantada sob a alegação da dificuldade local quanto a obtenção das provas<sup>84</sup>.

#### iv. DURAÇÃO RAZOÁVEL

O tribunal reconhece que no contexto de uma investigação, as exigências de prontidão e expedição razoável encontram-se implícitas<sup>85</sup>. E não obstante deve-se admitir que pode haver obstáculos ou dificuldades que impedem o progresso em uma investigação, uma resposta rápida das autoridades pode geralmente ser considerada essencial para manter a confiança do público na sua adesão ao Estado de Direito<sup>86</sup>.

Nessa linha, o TEDH entendeu como uma das razões de não satisfação do artigo 2 da CEDH no caso *Hugh Jordan v United Kingdom* (Application n. 24747/94), o atraso do processo, visto que o inquérito não havia sido concluído mesmo depois de 8 anos após a morte<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> Cfr. ALASTAIR R. MOWBRAY. Ob. cit. p. 34.

<sup>83</sup> Cfr. OVEY and WHITE. Ob. cit., p. 66.

<sup>84</sup> Cfr. DUTERTRE GILLES. Ob. cit., p. 43.

<sup>85</sup> Cfr. ALASTAIR R. MOWBRAY. Ob. cit., p. 31.

<sup>86</sup> Cfr. OVEY and WHITE. Ob. cit., p. 67.

<sup>87</sup> PIETER DIJK; G. J. H. VAN HOOF and OTHERS. Ob. cit., p. 368.

O Tribunal também já constatou uma deficiência na investigação em face da demora na oitiva de um indivíduo que tentou suicídio e estava fisicamente suscetível a ser interrogado, pois segundo o Tribunal, os ferimentos dele tornavam sua sobrevivência incerta e, portanto, deveriam as autoridades ter agido prontamente para obter as provas que não estariam disponíveis após a sua morte<sup>88</sup>.

#### v. DETERMINAÇÃO SE O “USO DA FORÇA” FOI JUSTIFICADO

Em uma jurisprudência mais antiga, o Tribunal costumava entender que um inquérito eficaz seria aquele suscetível de conduzir à identificação e punição dos responsáveis<sup>89</sup>. Todavia, essa exigência vem sendo aperfeiçoada pelas decisões mais recentes de modo a exigir que o inquérito seja capaz de determinar se o uso da força foi ou não justificado nas circunstâncias e de identificar e, se for o caso, punir os responsáveis<sup>90</sup>.

Para se atestar a absoluta necessidade no uso da força letal, segundo o TEDH deve haver um teste de necessidade mais rigoroso do que o normalmente utilizado para determinar se a intervenção do Estado é necessária em uma sociedade democrática, nos termos do n.º 2 dos artigos 8 e 11. Dessa via, apesar de não ter estipulado pormenorizadamente sobre o teste, entendeu que esse deveria verificar todas as circunstâncias do caso, incluindo a preparação e o controle dos atos em questão<sup>91</sup>.

Ademais, como a autorização dada pelo artigo 2, n.º 2, quanto ao uso da força potencialmente letal não permite um uso arbitrário, este deve ser suficientemente regulado por um sistema

---

<sup>88</sup> Cfr. KHANLAR HAJIVEV. Ob. cit., p. 211.

<sup>89</sup> Cfr. TEDH. Oğur v. Turkey (Aplicação n. 21594/93, julgado em 20 de Maio de 1999). Parágrafo 88.

<sup>90</sup> Cfr. TEDH. *Armani da Silva*... parágrafo 257. Cfr. OVEY and WHITE. Ob. cit., p. 66.

<sup>91</sup> Cfr. JEAN-PIERRE MARGUÉNAUD. Ob. cit., p. 77



legal adequado que se salvguarde contra arbitrariedades e abuso da força sob a invocação das exceções mencionadas<sup>92</sup>.

Outrossim, a expressão «absolutamente necessária» indica que a força utilizada deve ser estritamente proporcional à realização de um dos objectivos enunciados nas alíneas a-c do n° 2. Dado este teste estrito, não é suficiente que a pessoa que administra a força honestamente acredite que suas ações são válidas, mas este argumento deve basear-se em fundamentos razoáveis, à luz das informações disponíveis no momento relevante<sup>93</sup>.

Assim, seria possível a justificação do uso da força baseada em uma crença equivocada, desde que honesta e boas razões entendidas como válidas no evento, pois se assim não o fosse, seria imposta uma carga irrealista aos Estado e suas autoridades<sup>94</sup>.

No caso paradigma do presente trabalho, ao analisar a alegação de que as autoridades investigadoras não puderam avaliar se o uso da força foi justificado, na medida em que o critério de legítima defesa nos termos do direito interno britânico era inferior ao exigido pelo artigo 2 da CEDH, o Tribunal entendeu que tratando-se de uma questão de proporcionalidade, exige-se que as autoridades voltem a abordar a questão da razoabilidade: isto é, se o grau de força utilizado foi razoável, tendo em conta o que a pessoa honesta e genuinamente acreditava<sup>95</sup>.

Dessa via, constatou que o objetivo da prova de “auto-defesa” na Inglaterra é de saber se existia uma crença honesta e genuína de que o uso da força era necessário e, para tanto, deve ser analisada a razoabilidade subjetiva dessa crença.

Assim, o Tribunal entendeu que não poderia afirmar que, diante dessa concepção de legítima defesa no Reino Unido, as autoridades nacionais ao realizar as investigações, não tenham

---

<sup>92</sup> Cfr. WILLIAM A. SCHABAS. Ob. cit., p 147.

<sup>93</sup> Cfr. DOUWE KORFF. Ob. cit., p. 24.

<sup>94</sup> Cfr. WILLIAM A. SCHABAS. Ob. cit., p 147.

<sup>95</sup> Cfr. Cfr. TEDH. *Armani da Silva*... Parágrafo 251.

considerado de forma compatível com as exigências do artigo 2 da Convenção, se o uso da força pelos agentes britânicos se justificava nas circunstâncias. Portanto, concluiu que esse requisito pode ser determinado pela investigação sob a qual não foi reconhecida nenhuma falha.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme analisado, o TEDH a partir do caso *McCann and others v. United Kingdom* passou a desenvolver uma rica jurisprudência relativa a proteção do direito à vida, em especial, realizando uma interpretação evolutiva da CEDH, possibilitada pela verificação de um consenso europeu, quanto ao alcance das obrigações positivas atribuídas aos Estados para atingir esse objetivo.

Assim, a tutela desse direito abrange também um aspecto processual concernente a previsão nos ordenamentos jurídicos internos da atuação estatal em um momento *post mortem*, relativa a investigação e, sendo o caso, punição dos responsáveis.

Não obstante o reconhecimento pelo TEDH dessas dimensões sob as quais a proteção da vida encontra amparo, face o caráter subsidiário da Convenção e, ainda, considerando não ser constatado um consenso europeu relativo as formas com que estas obrigações positivas devem ser cumpridas, é concedido aos Estados uma margem de apreciação para fazê-lo.

Dessa via, cabe ao TEDH verificar no caso concreto, se ao adotar os mecanismos internos de implementação dessas obrigações positivas os Estados o fizeram dentro da margem de manobra que lhes foi concedida ou as excederam, caso em que serão condenados pela violação do artigo em questão.

Ademais, também vem sendo realizada uma verificação das investigações de óbitos por parte dos Estados sob os parâmetros mínimos fixados pela jurisprudência do Tribunal considerados para que esta seja efetiva, quais sejam eles:

independência dos responsáveis pela investigação, escrutínio público, participação da família, tomadas as medidas razoáveis disponíveis para obtenção das provas, duração razoável, determinação se o uso da força foi razoável.

Nesse contexto, é possível atestar que apesar de o TEDH não funcionar como um tribunal de apelação das decisões no âmbito interno dos Estados-membros, esse ocupa papel de relevo na interpretação evolutiva dos direitos previstos na CEDH, em especial pelo estabelecimento de deveres dos Estados e pela fiscalização dos padrões mínimos de tutela, para que esta de fato seja efetiva e se adeque as necessidades contemporâneas.

Nessa exegese, afirma J. J. GOMES CANOTILHO que “parece indiscutível a força conformadora de alguns instrumentos internacionais dos direitos humanos no sentido de [...] estabelecerem um conjunto de *standards* materiais mínimos impositivos da observância, por parte dos estados, de obrigações jurídicas quanto a observância de um sistema penal e processual justo”<sup>96</sup>.

Ademais, o cumprimento das obrigações processuais pelos Estados, em especial de promover uma efetiva investigação, para além do cumprimento da Convenção, possibilita a constatação de falhas do Estado na proteção do direito e, portanto, clarifica os aspectos sob os quais urgem mudanças e aprimoramentos na legislação e operações internas, como foi o caso *Armani da Silva*, em que apesar de não ter ocorrido o processamento individual de nenhum agente envolvido no evento, as falhas da operação antiterrorista constatadas no inquérito foram responsáveis por mudanças significativas nas políticas antiterroristas britânicas e na condução das posteriores operações<sup>97</sup>.

Desse viés, não basta a mera positivação de medidas preventivas protetivas, mas a esta deve estar associado o cumprimento das obrigações processuais cujos reflexos, conforme

---

<sup>96</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO. Ob. cit., p. 1371.

<sup>97</sup> Cfr. TEDH. *Armani da Silva*... Parágrafo 143-146.

observados, são essenciais para a constatação das falhas estatais que levaram a violação desse direito e, portanto, tornam possível a constante atualização do direito para que a vida seja propriamente “*protected by law*” como determina a Convenção.



## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIAV, Roe, «National Investigations of Human Rights Between the National and International Law», *Goettingen Journal of International Law*. n. 3-4 (2012), p. 853-871. Disponível em: <[www.gojil.eu/issues/43/43\\_article\\_ariav.pdf](http://www.gojil.eu/issues/43/43_article_ariav.pdf)>.
- BARRETO, Irineu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: anotada*. 5 ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2016.
- BREMS, Eva, «The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights», *Zeitschrift fuer Auslaendisches Oeffentliches Recht und Voelkerrecht*, n. 56 (1996).
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 18 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHEVALIER-WATTS, Juliet, «Effective investigation under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or na Onerous Burden on a State?», in *The European Journal of International Law*, v. 21, n. 3 (2010), p. 701-721.
- DIJK, Pieter; VAN HOOFF, G. J. H. and others, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. Fourth Edition. Oxford: Intersentia, 2006.
- DZEHTSIAROU, Kanstantsin, *European Consensus and the*

- legitimacy of the European Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- GILLES, Dutertre, *Key case-law extracts: European Court on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2003.
- GREER, Steven, «The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation», in *UCL Human Rights. Review*, vol. 3 (2010), p. 3-58. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/unco-lhurre3&div=5&id=&page=>>.
- \_\_\_\_\_, *The Margin of Appreciation: Interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, n. 17. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000.
- HAJIYEV, Khanlar, «The evolution of positive obligations under the European Convention on Human Rights – BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS», in *The European Convention on Human Rights, a living instrument*. Bruxelles: Bruylant, 2011.
- KORFF, Douwe, *The right to life: A guide of implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights - Human rights handbooks*, n. 8. Belgium: Council of Europe, 2006.
- LETSAS, George, *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and its Legitimacy* (March 14, 2012). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2021836> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2021836>>.
- MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, *La Cour Européenne des Droits de L'homme*. 6 ed. Paris: Dalloz, 2012.
- MOWBRAY, Alastair R, *The Development of Positive Obligation under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford - Portland Oregon: Hart Publishing, 2004.
- OPSAHL, Torkel, «The Right to Life», in *The European System*

- for the Protection of Human Rights*. MACDONALD, Ronald St. John; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (eds.). Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- OVEY, Clare; WHITE, Robin, *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*. 4 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- PETZOLD, Herbert, «The Convention and the Principle of Subsidiarity», in *The European System for the Protection of Human Rights*. MACDONALD, Ronald St. John; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (eds.). Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- SCHABAS, William A, *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2015.