

..... **Capítulo 16**  
**A ADMINISTRAÇÃO**  
**DA JUSTIÇA EM ESTADOS**  
**DE EMERGÊNCIA .....**

*Objetivos do Aprendizado*

- *Familiarizar os participantes do curso com as regras específicas que os Estados deverão seguir em caso de derrogação das obrigações de direitos humanos internacionais.*
- *Fornecer informações detalhadas sobre direitos e obrigações inderrogáveis.*
- *Familiarizar os participantes com os princípios básicos aplicáveis aos direitos derogáveis.*
- *Desenvolver a consciência, entre os juízes, procuradores e advogados participantes, sobre seu papel essencial ao cumprimento da lei, incluindo a proteção dos direitos humanos em estados de emergência.*
- *Estimular a discussão e conscientização de formas alternativas de resolução de conflitos.*

*Perguntas*

- *É possível que em seu sistema jurídico seja derogado ou suspenso o pleno gozo de direitos humanos e liberdades fundamentais?*
- *Se sua resposta foi afirmativa:*
  - *Em que circunstâncias isso pode ser feito?*
  - *Qual órgão decide?*
  - *Que direitos podem ser afetados por uma decisão para derogar ou suspender o pleno gozo desses direitos e liberdades?*
- *Se um estado de emergência / estado de exceção / lei marcial, ect. for declarado em seu país, quais medidas saneadoras estão disponíveis para:*
  - *Contestar a decisão que declarou o estado de emergência / estado de exceção / estado de alarme / estado de sítio / lei marcial, etc.?*
  - *Contestar a decisão que derogou ou suspendeu o pleno gozo de direitos humanos específicos?*
  - *Examinar o pleno gozo de direitos inderrogáveis?*

- *Contestar a necessidade de uma medida de emergência a ser aplicada em um caso específico (i.e. privação extrajudicial de liberdade por suspeita de terrorismo)?*
- *Sob seu ponto de vista, qual é, ou deveria ser, o objetivo da declaração de um estado de emergência e da derrogação de obrigações de direitos humanos?*
- *Sob seu ponto de vista, porque poderia ser necessário suspender o pleno gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais para administrar uma situação de crise intensa?*
- *Poderia existir, de acordo com seu ponto de vista, uma razão segundo a qual seria contraprodutivo para um Governo suspender o pleno gozo de determinados direitos humanos para administrar uma situação de crise intensa?*
- *Sob seu ponto de vista, existem direitos humanos que poderiam ser considerados vulneráveis em situações de crise?*
- *Poderiam existir, sob seu ponto de vista, outros meios que não a derrogação das obrigações relativas a direitos humanos por meio dos quais os Estados poderiam administrar construtivamente uma situação de crise intensa?*

## *Documentos Legais Importantes*

### **Documentos Universais**

- Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1966
- Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966
- Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, 1965
- Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, 1984
- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulheres, 1979
- Convenção sobre os Direitos das Crianças, 1989

### **Documentos Regionais**

- Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, 1981

- Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969
- Convenção Interamericana de Prevenção e Punição da Tortura, 1985
- Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, 1994
- Convenção Européia sobre Direitos Humanos, 1950
- Carta Social Européia de 1961 e Carta Social Européia (Revisada) de 1996

## 1. Introdução

### 1.1 Comentários gerais introdutórios

O presente capítulo fornecerá informações básicas sobre os principais princípios da legislação internacional sobre direitos humanos que governam o direito dos Estados de tomarem medidas que derroguem suas obrigações legais em situações de emergência.

É indiscutível o fato de que muitos Estados, em determinados estágios de sua existência, enfrentarão situações sérias de crise, tais como guerras ou outras formas de levantes sociais, e que nessas situações, seria considerado necessário, como forma de se restabelecer a paz e a ordem, limitar o gozo dos direitos e liberdades individuais e, possivelmente, até suspender o gozo desses direitos e liberdades. Entretanto, o resultado pode ser desastroso não somente para as pessoas afetadas por tais restrições, mas também para o estabelecimento da paz e da justiça em geral.

Os redatores do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que aprenderam suas lições durante uma longa e devastadora guerra, sabiam que o reconhecimento dos direitos humanos para todos “é a fundamentação da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.<sup>1</sup> Entretanto, é evidente que estavam cientes dos sérios problemas que poderiam se desenvolver em um país, comprometendo sua própria sobrevivência. Incluíram, portanto, após muitas discussões (e *somente após a inclusão de proteções contra abusos*) uma disposição permitindo aos Estados-parte recorrer a medidas derogatórias em determinadas condições restritas (art. 4º). Disposições semelhantes foram incluídas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 27) e na Convenção Européia sobre Direitos Humanos (art. 15). Contrariamente ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que contém somente uma limitação generalizada inspirada pelo art. 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Carta Social Européia objetiva a possibilidade de derrogação em sua versão original (art. 30) e revisada (Parte V, art. F).

Os Estados podem valer-se de diversos recursos especiais para manterem a ordem legal em situações de crise, tais como “estados de exceção”, “estados de emergência”, “estados de alarme”, “estados de sítio”, “lei marcial” e outros. Estas situações excepcionais envolvem, freqüentemente, a introdução de poderes especiais de prisão e detenção, tribunais militares e, por exemplo, a promulgação de leis penais que são aplicadas de forma retroativa e limitam o direito de liberdade de expressão, associação e reunião. Não obstante, em situações de levante os Estados têm recorrido à tortura e outras formas de maus tratos para obter confissões, recorrendo ainda a seqüestros e assassinatos extrajudiciais, com ou sem a ajuda de grupos privados ou paraestatais. Ademais, o direito

---

<sup>1</sup> Primeiro parágrafo preambular do Pacto, que é idêntico ao parágrafo do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

de recorrer a medidas saneadoras domésticas, tais como *habeas corpus*, pode ser suspenso para que, por exemplo, vítimas de prisões e detenções arbitrárias fiquem sem qualquer proteção legal, produzindo resultados devastadores.

Este uso abusivo de poderes extraordinários não é permitido sob os tratados acima citados. Tais tratados outorgam aos Estados-parte poderes excepcionais limitados mais flexíveis e balanceados, os quais foram criados para restabelecer uma ordem constitucional na qual os direitos humanos poderão ser assegurados em sua plenitude.

A finalidade deste capítulo é, portanto, explicar as diversas condições que os tratados internacionais impõem ao direito dos Estados-parte de recorrerem à derrogação. Após a realização de uma pesquisa geral dos *travaux préparatoire* acerca das disposições relevantes, analisaremos o conceito de emergência pública que ameaça a existência de uma nação. Os direitos e obrigações que não puderem, em circunstância alguma, ser derogados serão tratados de forma mais detalhada. Posteriormente, será feita uma análise do conceito restrito de necessidade, bem como uma breve descrição da condição de conformidade com outras obrigações legais internacionais, incluindo a proibição da discriminação. O capítulo será encerrado com um número de sugestões relativas ao papel a ser desempenhado pelos profissionais da área jurídica em situações de emergência, seguido de alguns comentários conclusivos.

## **1.2 Reflexões iniciais sobre limitação e derrogação em relação aos direitos humanos**

Antes de abordarmos de forma detalhada as derrogações em questão, consideraremos brevemente a natureza da derrogação a partir das obrigações de direitos humanos em comparação às limitações impostas ao exercício de direitos humanos em circunstâncias normais. Conforme visto no capítulo 12 deste Manual, os Estados podem impor limitações ao gozo de direitos, tais como o direito de liberdade de expressão, associação e reunião para certos propósitos legítimos. Tais limitações são freqüentemente denominadas limitações “comuns”, já que podem ser impostas permanentemente em tempos normais. As chamadas derrogações, por outro lado, são criadas especialmente para situações sérias de crise, que exigem a introdução de medidas extraordinárias.

Portanto, derrogações são também denominadas “limitações extraordinárias” no exercício dos direitos humanos. Na verdade, em uma análise mais detalhada será demonstrado que as limitações comuns ao exercício de direitos humanos e as limitações extraordinárias, na forma de derrogações, “estão unidas e... [sic] ao invés de serem duas categorias distintas de limitação, formam um contínuo jurídico”.<sup>2</sup> Esta união existente

---

<sup>2</sup> Vide Anna-Lena Svensson-McCarthy, *International Law of Human Rights and States of Exception - With Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-Law of the International Monitoring Organs* (The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1998) (International Studies in Human Rights, vol. 54), págs. 49 e 721 (doravante denominada Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*).

entre limitações comuns e extraordinárias de direitos humanos torna-se mais evidente pelo fato de que, conforme será demonstrado na subseção 2.3.2 abaixo, enquanto alguns direitos podem estar sujeitos a limitações em situações de emergência, tais limitações não podem aniquilar a substância desses direitos inerentes à pessoa humana. Deverá haver, em outras palavras, a qualquer tempo, um contínuo em relação à substância legalmente protegida de um direito. Este é um fato importante que todos os profissionais da área jurídica deverão ter em mente quando lidarem com questões sobre poderes de emergência que possam vir a interferir no efetivo gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

## **2. O Conceito de Emergência Pública de acordo com a Legislação Internacional de Direitos Humanos**

### **2.1 Disposições legais aplicáveis**

O artigo 4(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos dispõe que:

“Em tempos de emergência pública que ameace a existência de uma nação e a existência da qual esteja oficialmente proclamada, os Estados-parte deste Pacto poderão tomar medidas derogando suas obrigações sob o presente Pacto na medida em que seja estritamente exigido pela situação, desde que tais medidas não estejam em desacordo com suas outras obrigações previstas em leis internacionais e que não envolvam discriminação com base em raça, cor, sexo, idioma, religião ou classe social.”

O artigo 27(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe que:

“Em tempos de guerra, ameaça pública ou outra ameaça que ponha em risco a independência ou segurança de um Estado-parte, poderão ser tomadas medidas que derroguem suas obrigações previstas na presente Convenção, na medida e pelo período de tempo estritamente exigido pela situação, desde que tais medidas não estejam em desacordo com suas outras obrigações previstas em leis internacionais e que não envolvam discriminação com base em raça, cor, sexo, idioma, religião ou classe social.”

O artigo 15(1) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos dispõe que:

“Em tempos de guerra ou outra emergência pública que ameace a vida de uma nação, qualquer Alta Parte Contratante poderá tomar medidas que derroguem suas obrigações previstas na presente Convenção na medida estritamente exigida pela situação, desde que tais medidas não estejam em desacordo com suas obrigações previstas em leis internacionais.”

Finalmente, o artigo 30 da Carta Social Européia de 1961 estipula que:

“Em tempos de guerra ou outra emergência pública que ameace a existência de uma nação, qualquer Parte Contratante poderá tomar medidas que derroguem suas obrigações previstas na presente Carta Social na medida estritamente exigida pela situação, desde que tais medidas não estejam em desacordo com suas obrigações previstas em leis internacionais.”

A redação do artigo F da Carta Social Européia Revisada de 1996 possui conteúdo idêntico ao referido dispositivo.

### **2.1.1 Derrogações e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**

Contrastando com as Convenções Americana e Européia sobre Direitos Humanos, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos não prevê qualquer dispositivo sobre derrogação. Sob o ponto de vista da Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, isto significa que a Carta “não permite aos Estados-parte derrogar suas obrigações decorrentes do tratado, durante situações de emergência”.<sup>3</sup> Em outras palavras, mesmo uma guerra civil “não poderá ser utilizada como desculpa pelo Estado para violar ou permitir violações de direitos na Carta Africana”.<sup>4</sup> Em um comunicado contra o Chade, a Comissão declarou que o Governo “deixou de oferecer segurança e estabilidade ao país, permitindo, desta forma, sérias ou diversas violações dos direitos humanos”. As forças armadas nacionais foram “participantes na guerra civil” e houve diversas vezes em que o Governo “deixou de intervir para impedir o assassinato e extermínio de determinados indivíduos”. Mesmo que não seja possível “provar que as violações foram cometidas por agentes governamentais, o governo tinha a responsabilidade de garantir a segurança e a liberdade de seus cidadãos, inclusive de conduzir investigações sobre os assassinatos”.<sup>5</sup> A guerra civil, desta forma, não pode ser utilizada como um escudo legal para justificar o

---

<sup>3</sup> ACHPR, *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés v. Chad*, Comunicação no. 74/92, decisão adotada durante a 18ª Sessão Ordinária realizada em outubro de 1995, parágrafo 40, conforme publicado no site <http://www.upág.ac.za/chr/>

<sup>4</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>5</sup> *Ibidem*, parágrafo 41.

descumprimento das obrigações previstas na Carta Africana. Considerou-se que o Chade violou os arts. 4º, 5º, 6º, 7º e 9º.<sup>6</sup>

## 2.2. Derrogações das obrigações legais: Um dilema para os legisladores

Conforme pode ser visto nas disposições acima, o conceito de emergência previsto no art. 4(1) do Pacto Internacional é bastante semelhante àquele contido no art. 15 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos. Esta semelhança se dá pelo fato de que a redação dos dois tratados foi inicialmente realizada de forma simultânea por duas organizações diferentes, i.e. pela Organização das Nações Unidas e pelo Conselho Europeu. Entretanto, a Convenção Européia foi adotada em 4 de novembro de 1950, mas o Pacto continuou sofrendo alterações. Seu art. 4º foi alterado até sua redação final ser concluída pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas em 1952.<sup>7</sup>

A introdução no Pacto de um dispositivo de derrogação foi inicialmente proposta pelo Reino Unido no Comitê Redacional da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em junho de 1947. O dispositivo estava contido no art. 4º do Projeto de Lei Internacional dos Direitos Humanos do Reino Unido e objetivava possíveis derrogações de todas as obrigações enumeradas no art. 2º do Projeto de Lei, “na medida que se limitasse estritamente às exigências da situação”. Isto implicava que os Estados também poderiam derrogar suas obrigações de apresentar medidas saneadoras efetivas em caso de violação dos direitos humanos, medidas essas que deveriam “ser exequíveis pelo Judiciário, cuja autonomia estava assegurada”.<sup>8</sup> Uma versão ligeiramente modificada da proposta de derrogação foi subseqüentemente vetada por um Grupo de Trabalho, embora, em seguida, aprovada com ressalvas pela própria Comissão. Antes da votação, o Reino Unido expressou a opinião que “se tal disposição não fosse incluída, poderia se deixar o caminho aberto para que um Estado suspendesse as disposições da Convenção, em tempos de guerra.” Era “mais importante que medidas de proteção fossem tomadas contra tal eventualidade”.<sup>9</sup>

Os argumentos a favor e contra a derrogação de uma disposição continuaram durante as sessões subseqüentes da Comissão de Direitos Humanos. Os Estados Unidos, por exemplo, foram contra tal disposição e a favor de uma cláusula de limitação geral, enquanto os Países Baixos temeram que isto poderia “colocar em risco o trabalho da Comissão”, enfatizando que “as circunstâncias sob as quais uma Parte poderia evadir-se

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, parágrafos 41-54.

<sup>7</sup> Para a análise da redação do artigo 4(1) (então artigo 3(1)) conforme adotado, vide *UN doc. E/2256 (E/CN.4/669)*, Relatório da 8ª Sessão da Comissão sobre Direitos Humanos 1952, anexo I, pág. 47. Para informações adicionais sobre a definição de emergência no artigo 4º do Pacto, vide Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, págs. 200-217.

<sup>8</sup> Vide *UN doc. E/CN.4/AC.1/4*, anexo 1, pág. 7 (art. 4º) e pág. 6 (art. 2º). O artigo 4(1) da proposta estabelece o seguinte: “Em tempos de guerra ou outra emergência nacional, o Estado poderá tomar medidas que derroguem suas obrigações nos termos do Artigo 2º supra, na medida em que exclusivamente limitado pelas exigências da situação.”

<sup>9</sup> *UN docs. E/CN.4/AC.3/SR.8*, pág. 11 (Grupo de Trabalho), e *E/CN.4/SR.42*, pág. 5 (Comissão, declaração de representante do Reino Unido e voto).

de suas obrigações deveriam ser definidas o mais precisamente possível”.<sup>10</sup> Embora tenha posteriormente abandonado a idéia de uma disposição de limitação general, os Estados Unidos ainda se posicionavam contra a disposição de derrogação.<sup>11</sup> A URSS estava “a favor da menor limitação possível” e, desta forma, propôs limitar o escopo do artigo de derrogação adicionando a frase “guiados contra os interesses do povo” depois de “em tempos de guerra ou outra emergência pública”.<sup>12</sup>

Embora se opondo anteriormente ao artigo de derrogação “temendo a supressão arbitrária dos direitos humanos em favor de uma emergência nacional”,<sup>13</sup> a França expressou sua opinião durante a quinta sessão da Comissão em 1949, afirmando que o art. 4º “não deveria ser excluído tampouco limitado em tempos de guerra”. Considerou-se que “existiam casos em que os Estados poderiam estar em perigo extraordinário ou em estado de crise, não em guerra, quando tais derrogações seriam tidas como essenciais”. Sob o ponto de vista da França, os seguintes princípios deveriam ser reconhecidos:

- “que as limitações de direitos humanos fossem permitidas em tempos de guerra ou outra emergência”;
- “que certos direitos não estivessem sujeitos a limitações sob quaisquer condições”; e
- “que a derrogação do Pacto deverá estar sujeita a um procedimento específico e que tal derrogação, assumida sob circunstâncias excepcionais, deverá ser objeto de publicidade excepcional”.<sup>14</sup>

A França considerou que o princípio da inderrogabilidade de certos direitos “era uma salvaguarda útil e permanente” e que existia, ademais, “uma distinção essencial entre a restrição de certos direitos e a suspensão da aplicação do Pacto”.<sup>15</sup>

Durante a mesma sessão, a Índia, o Egito e o Chile aceitaram os princípios contidos na minuta do artigo de derrogação, mas os Estados Unidos e as Filipinas continuavam contra.<sup>16</sup> O Líbano posicionava-se igualmente contra o artigo de derrogação, temendo que se o termo “guerra” fosse excluído – como muitos queriam – seria “difícil determinar os casos em que as derrogações seriam permitidas, tendo como base um termo tão abrangente como “emergência pública”. Comparado com o termo “guerra”, o significado do conceito de “emergência pública” era, de acordo com o Líbano, “muito

---

<sup>10</sup> *UN doc.* E/CN.4/82/Rev.1, Comentários dos Governos sobre a Minuta da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Minuta do Pacto Internacional sobre Direitos Humanos e a questão da implementação, pág. 22 (Estados Unidos da América), e pág. 5 (Países Baixos).

<sup>11</sup> *UN doc.* E/CN.4/SR.126, pág. 3.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pág. 6.

<sup>13</sup> *UN doc.* E/CN.4/SR.127, pág. 7.

<sup>14</sup> *UN doc.* E/CN.4/SR.126, pág. 8

<sup>15</sup> *UN doc.* E/CN.4/SR.127, pág. 7.

<sup>16</sup> *UN docs.* E/CN.4/SR.126, pág. 8 (Índia), E/CN.4/SR.127, pág. 6 (Egito), pág. 3 (Chile), pág. 3 (Estados Unidos da América) e pág. 5 (Filipinas).

confuso [e] poderia dar margem a interpretações muito mais abrangentes do que se intencionava.”<sup>17</sup>

Na sexta sessão da Comissão em 1950, o Uruguai expressou seu apoio ao dispositivo de derrogação, “apesar dos sérios problemas que tal dispositivo levantou”, pois “estipulava um novo princípio na legislação internacional, ou seja, o princípio da responsabilidade dos Estados perante os membros da comunidade das nações por quaisquer medidas que derrogassem os direitos humanos e liberdades fundamentais”. Este princípio era, além de tudo, “previsto na maioria das legislações nacionais sob as quais o Poder Executivo era responsável por tais medidas suspendendo as garantias constitucionais”.<sup>18</sup> O Chile retirou neste momento seu apoio anteriormente declarado ao art. 4º e propôs sua exclusão, já que ele havia “sido redigido em termos tão indefinidos que seriam permitidos todos os tipos de abuso”. Na opinião do Chile, conceitos como “segurança nacional” e “ordem pública” incluídos em alguns artigos “cobriram suficientemente todos os casos que poderiam surgir em tempos de guerra ou outras situações de calamidade”.<sup>19</sup> A França discordou e solicitou a manutenção do dispositivo de derrogação já que “seria essencial ao Pacto incluir uma lista de artigos em que não poderia haver qualquer espécie de derrogação”. Essa lista seria necessária para “prevenir abusos por parte de regimes ditatoriais”.<sup>20</sup> A França propôs neste momento a inserção da “cláusula relacionada à proclamação oficial” de emergência pública, objetivando impedir que os Estados “derroguem arbitrariamente suas obrigações previstas no Pacto quando essa ação não estiver garantida por acontecimentos”.<sup>21</sup>

Na mesma sessão, a Comissão decidiu, ao final, preservar o Artigo 4º na minuta do Pacto, substituindo a frase “Em tempo de guerra ou de outra emergência pública em ameaça aos interesses do povo” por “Em caso de proclamação oficial de um estado de emergência pelas autoridades, ou em caso de calamidade pública”.<sup>22</sup>

A última discussão relevante da Comissão sobre o dispositivo derogatório realizou-se em sua oitava sessão em 1952, quando, atendendo à sugestão do Reino Unido, decidiu-se alterar os termos do primeiro parágrafo, onde passaria a constar “Em época de emergência pública em ameaça à existência da nação”. Por sugestão da França, decidiu-se ainda incluir a exigência de proclamação oficial para evitar “ações arbitrárias e abuso de poder”. Esta cláusula havia sido omitida da alteração proposta pelo Reino Unido.<sup>23</sup> O Chile também salientou “quão difícil era estabelecer uma definição legal precisa de

---

<sup>17</sup> *UN doc.* E/CN.4/SR.126, págs. 6 e 8.

<sup>18</sup> *UN doc.* E/CN.4/SR.195, pág. 11, parágrafo 52.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pág. 13, parágrafos 63-64.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pág. 14, parágrafo 69.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pág. 16, parágrafo 82.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pág. 18, parágrafo 97, comparado com *UN doc.* E/CN.4/365, pág. 20. Para visualizar o texto integral, vide *UN doc.* E/1681 (E/CN.4/507), Relatório da 6ª Comissão sobre Direitos Humanos, realizada em 27 de março – 19 de maio de 1950, anexos, pág. 15 (o artigo sobre derrogação foi incluído no artigo 2º).

<sup>23</sup> Vide *UN docs.* E/CN.4/L.211 (alteração francesa) e E/CN.4/SR.330, pág. 7.

existência de uma nação, [contudo] destacou que o texto não se reportou à existência do governo ou do estado.”<sup>24</sup>

\*\*\*\*\*

Ao vislumbrar o processo de elaboração do conceito de emergência incluído no Artigo 4(1) do Pacto, podemos ter uma noção do dilema apresentado aos redatores, que tinham que atender às expectativas de um mundo ávido de paz, justiça e respeito pelos direitos básicos do ser humano. Ao mesmo tempo, não poderiam desconsiderar a complexa realidade que vários países enfrentam em épocas de crise. O temor do uso abusivo do direito derogatório era real e palpável, motivando a minuta de um artigo que impunha severas condições ao seu exercício e que haviam sido totalmente omitidas da minuta original. Assim, as discussões favoreceram, de modo salutar, a proteção – em tese – do indivíduo em situações de emergência, na medida em que o Estado teria sua liberdade de ação cerceada, no âmbito dos direitos humanos, pelo:

- princípio da ameaça extraordinária;
- princípio da proclamação oficial;
- princípio da inderrogabilidade de determinados direitos;
- princípio da necessidade vital;
- princípio da compatibilidade com outras obrigações legais no âmbito internacional;
- princípio da não-discriminação; e
- princípio da notificação à comunidade internacional.

\*\*\*\*\*

Via de regra, as discussões eram menos complexas na esfera regional, sendo as contendas superadas com maior rapidez.

O conceito de emergência inserido no Artigo 27(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos diferenciou-se de seu fim em âmbito universal e europeu. Ao invés de aludir à ameaça “à existência da nação”, autoriza derrogações “em época de guerra, perigo público ou outra situação de emergência que ameace a independência ou a segurança de um Estado-parte”. A minuta do artigo derogatório apresentada à Conferência Interamericana Especializada sobre Direitos Humanos realizada em San José, Costa Rica, em 1969, não fazia menção a “perigo público”.<sup>25</sup> Contudo, durante a Conferência, El Salvador propôs alterar o texto, inserindo a expressão “ou outra calamidade pública” (“*u otra calamidade pública*”), pois, no seu entender, muito embora não constituísse, forçosamente, uma ameaça à segurança interna ou externa, tal situação poderia se apresentar”.<sup>26</sup> Esta alteração foi inserida, tendo sido, posteriormente,

---

<sup>24</sup> UN doc. E/CN.4/SR.330, pág. 4.

<sup>25</sup> OAS doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, *Actas y Documentos*, OAS, Washington D.C., pág. 22.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pág. 264; tradução do original em espanhol.

modificada para “de perigo público” (“*de peligro público*”).<sup>27</sup> Durante a Conferência, o México propôs suprimir a alusão ao princípio da compatibilidade com outras obrigações internacionais, princípio da não-discriminação e princípio da inderrogabilidade dos direitos. A proposta Mexicana foi rejeitada.<sup>28</sup>

\*\*\*\*\*

As únicas diferenças entre o conceito de emergência inserido no Artigo 15(1) da Convenção Europeia e o inserido no Artigo 4(1) do Pacto Internacional é que o primeiro também faz menção à “guerra” e o verbo figura no gerúndio (“ameaçando”), e não no presente do indicativo (“que ameça”). Os trabalhos preliminares levam-nos a concluir que a elaboração e a consolidação do Artigo 15 foram, de certa forma, rotineiros. Quanto ao Pacto, o Reino Unido propôs inserir o dispositivo derogatório na minuta da Convenção.<sup>29</sup> A minuta inicial elaborada pela Assembléia Consultiva do Conselho Europeu carecia de um dispositivo derogatório, contendo apenas um dispositivo geral de limitação.<sup>30</sup> O Comitê dos Peritos encarregado de elaborar uma convenção apresentou, posteriormente, duas alternativas à Comissão Ministerial do Conselho Europeu. A primeira apresentava uma mera enumeração de direitos passíveis de proteção, ao passo que a segunda especificava os direitos e suas particularidades, incorporando dispositivos que especificavam as restrições para cada um dos direitos. Contudo, o dispositivo derogatório fora inserido em ambas as alternativas.<sup>31</sup> Não se registram críticas à inserção de um dispositivo derogatório na versão final, ou seja, a que definiu os direitos passíveis de proteção, ao invés de enumerá-los, pura e simplesmente. Entretanto, a França e a Itália rejeitaram o dispositivo derogatório nesta última versão, alegando ser “contrário ao sistema”. Outros integrantes do Comitê dos Peritos julgaram essencial preservá-lo, também naquele contexto,

“por ter a vantagem de excluir, mesmo em caso de guerra ou de ameaça à existência da nação, qualquer derrogação de determinados direitos fundamentais, e ainda, por amparar, através do procedimento instituído no parágrafo 3º, a proteção dos direitos humanos em circunstâncias extraordinárias.”<sup>32</sup>

\*\*\*\*\*

Os representantes dos Estados americanos e europeus admitiram, como no resto do mundo, que os Estados podem carecer de poderes mais amplos para administrar crises, sob a condição de impor **severos** limites ao exercício dos poderes emergenciais e de **compartilhar com a comunidade internacional** a responsabilidade pelas medidas adotadas. Os anos de injustiça com o ser humano desencadearam um cataclisma global,

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, pág. 319.

<sup>28</sup> *Ibidem*, págs. 264-265.

<sup>29</sup> Conselho da Europa, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights*, vol. III, Comitê dos Peritos, 2 de fevereiro - 10 de março de 1950, págs. 190, 280 e 282.

<sup>30</sup> Conselho Europeu, Assembléia Consultiva, 1ª Sessão Ordinária, 10 de agosto - 8 de setembro de 1949, *TEXTOS ADOTADOS*, Strasbourg, 1949, Recomendação 38 (Doc. 108), pág. 50 (art. 6º).

<sup>31</sup> Conselho Europeu, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights*, vol. IV, Comitê dos Peritos - Comissão Ministerial, Conferência realizada em 30 de março - junho de 1950; vide pág. 56 (Alternativas A e A/2) e págs. 56 e 58 (Alternativas B e B/2).

<sup>32</sup> *Ibidem*, pág. 30.

revelando que não se poderia, forçosamente, conceder aos Governos amplos poderes para administrar crises. Ou seja, os dispositivos derogatórios contemplam um equilíbrio bem dosado entre, de um lado, as necessidades do Estado e, do outro, o direito de preservar, ao máximo, os direitos e liberdades individuais em situações de emergência pública e de garantir que o exercício de outros direitos não seja cerceado por restrições desmedidas. Muito embora se configurem algumas diferenças entre os três dispositivos relevantes, este princípio básico prevalece, da mesma forma, para todos.

*Alguns dos mais importantes tratados internacionais de direitos humanos permitem derogar algumas obrigações impostas aos Estados-parte em situações de crise.*

*O direito de derogar é um instrumento flexível concebido para auxiliar os Governos a superar crises.*

*O direito de derogar não significa que o Estado possa, a seu critério, fugir às obrigações assumidas no tratado. É um direito circunscrito por uma série de condições como o princípio da inderrogabilidade de determinados direitos, o princípio da necessidade vital e o princípio da notificação à comunidade internacional.*

*Resta claro, dos trabalhos preliminares, que a finalidade do direito de derogar não é conferir poderes aos regimes autoritários para suprimir direitos humanos, não podendo ser empregado para resguardar um Governo em particular.*

## 2.3 A interpretação dos organismos de controle internacionais

### 2.3.1 Artigo 4(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

No Comentário Geral no. 29 adotado em julho de 2001, em substituição ao Comentário Geral no. 5 de 1981, o Comitê dos Direitos Humanos reafirma que o “Artigo 4º submete a própria medida derogatória e suas conseqüências práticas a um regime específico de salvaguardas”.<sup>33</sup>, declarando, com respeito à **finalidade** da derrogação, que:

<sup>33</sup> UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 202, parágrafo 1º.

“A restauração de um estado de normalidade, sempre que se possa reassegurar o respeito pelo Pacto, deverá constituir o objetivo predominante de um Estado-parte que tenha aplicado dispositivos derogatórios.”<sup>34</sup>

Isto significa que, sempre que a finalidade derogatória contrariar a restauração de uma ordem constitucional de respeito para com os direitos humanos, ela se tornará ilegal, consoante o Artigo 4(1) da Convenção, devendo-se julgar os atos do Estado em questão à luz das obrigações que assumiu, em caráter regular, como signatário do tratado.

Como observou o Comitê, um Estado-parte deverá atender a “dois requisitos fundamentais” antes de invocar o Artigo 4(1) do Pacto, ou seja (1) “enfrentar uma situação típica de uma emergência pública que ameace a existência da nação” e (2) “emitir uma proclamação oficial de estado de emergência.”<sup>35</sup> Este, de acordo com o Comitê,

“é essencial para a preservação do Princípio da Legalidade e do Princípio do Estado de Direito, sempre que forem imprescindíveis. Ao proclamar um estado de emergência que implique a derrogação de qualquer dispositivo do Pacto, os Estados deverão agir segundo suas normas constitucionais e outros dispositivos de lei que regem tal proclamação e o exercício dos poderes emergenciais; cabe ao Comitê assegurar que as leis em questão permitam e garantam o cumprimento do Artigo 4º.”<sup>36</sup>

Com respeito à **condição de ameaça extraordinária**, resta claro que “nem todo distúrbio ou catástrofe configura uma emergência pública, ameaçando a existência de uma nação” segundo o significado expresso no Artigo 4(1).<sup>37</sup> Neste sentido, o Comitê declara que:

“Durante um conflito armado, em âmbito internacional ou regional, aplicam-se as normas da legislação humanitária internacional que – além dos dispositivos do Artigo 4º e do Artigo 5º, parágrafo 1º do Pacto – ajudam a prevenir o abuso dos poderes emergenciais de um Estado. O Pacto estabelece que, mesmo durante um conflito armado, sejam permitidas medidas derogatórias apenas se e na medida em que a situação configure ameaça à existência da nação. Se os Estados-parte considerarem a possibilidade de invocar o Artigo 4º em situações externas a um conflito armado, deverão

---

<sup>34</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>35</sup> *Ibidem*, pág. 202, parágrafo 2º.

<sup>36</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>37</sup> *Ibidem*, pág. 202, parágrafo 3º.

analisar com cuidado a motivação que justifique e legitime a necessidade de tal medida em tais circunstâncias.”<sup>38</sup>

O Comitê deixa claro que, independentemente de invocar-se o Artigo 4(1) num conflito armado ou em outra crise, a situação deverá tornar-se tão grave a ponto de constituir “uma ameaça à existência da nação”.

Prosseguindo, o Comitê destaca que “não se pode separar a questão de quando e em que medida se podem derogar os direitos do dispositivo inserido no Artigo 4º, parágrafo 1º, do Pacto”, segundo o qual quaisquer medidas derogatórias devem ater-se “aos limites estritamente necessários para atender às exigências impostas pela situação”. Esta condição requer que os Estados-parte apresentem uma justificativa minuciosa não apenas de sua decisão de proclamar um estado de emergência, mas também de quaisquer medidas específicas com base em tal proclamação. Se um Estado decidir invocar o direito derogatório durante, por exemplo, uma catástrofe natural, um protesto popular, inclusive com práticas de violência, ou um acidente industrial grave, deverá estar apto a justificar que tal situação configura uma ameaça à existência da nação e, ainda, que todas as medidas derogatórias são essenciais para atender às exigências impostas pela situação. No entender do Comitê, a possibilidade de cercear determinados direitos previstos no Pacto como, por exemplo, a liberdade de movimento (Artigo 12) ou liberdade de reunião (Artigo 21) é, via de regra, suficiente em tais situações, não se justificando a derrogação de tais dispositivos.”<sup>39</sup> Ou seja, parte-se de um pressuposto contrário à derrogação dos Artigos 12 e 21 em reação à **catástrofes naturais, protestos populares e acidentes industriais graves**, em virtude do qual os Estados-parte deveriam apresentar sólidas evidências contestando este pressuposto.

Ao apreciar os relatórios dos Estados-parte, o Comitê, “inúmeras vezes ...[sic] mostrou-se apreensivo com Estados-parte que parecem ter derogado direitos protegidos pelo Pacto, ou cuja legislação parece admitir tal concessão em circunstâncias omitidas pelo Artigo 4º”.<sup>40</sup> Assim, o Comitê manifestou inquietação no caso da República Unida da Tanzânia, entre outros países, alegando ser vastíssima “a justificativa para declarar um estado de emergência, quando os poderes extraordinários conferidos ao Presidente são despropositados. Sugeriu então “proceder a uma ampla revisão dos dispositivos relativos a estados de emergência, assegurando sua plena compatibilidade com o Artigo 4º”.<sup>41</sup> O Comitê manifestou igual preocupação no caso da República Dominicana, onde “são inumeráveis as justificativas para declarar um estado de emergência”. Via de regra, o Comitê recomendou “aos Estados-parte empenhar-se na harmonização da legislação nacional com os dispositivos do Pacto.”<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>39</sup> *Ibidem*, pág. 203, parágrafo 5º.

<sup>40</sup> *Ibidem*, págs. 202-203, parágrafo 3º.

<sup>41</sup> *UN doc. GAOR, A/48/40* (vol. I), pág. 43, parágrafo 184, e pág. 44, parágrafo 188.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pág. 101, parágrafo 459.

Da mesma forma, o Comitê manifestou sua inquietação sobre os dispositivos constitucionais “relativos à declaração de um estado de emergência” no Uruguai, classificando-os de “desmedidos”, e recomendando ao Estado-parte sua restrição.<sup>43</sup> O Comitê também manifestou-se apreensivo com a legislação da Bolívia, declarando que “o estado de sítio não cumpre os dispositivos do Pacto” e que a expressão “*commoción interior*” (motim, desordem), por ser abrangente demais, não se enquadra na finalidade do Artigo 4º.<sup>44</sup>

As propostas para elaborar uma reforma constitucional na Colômbia deixou o Comitê “apreensivo”, pois, se aceita, “acarretaria graves problemas em relação ao Artigo 4º”. As propostas impugnadas destinavam-se a “suprimir a limitação do prazo para os estados de emergência, anulando os poderes do Tribunal Constitucional para reconsiderar a declaração de estado de emergência, concedendo poderes da polícia judicial às autoridades militares, ampliando as circunstâncias que justificassem a declaração de um estado de emergência, e restringindo os poderes da Procuradoria e da Promotoria para investigar abusos de direitos humanos e a conduta dos paramilitares, respectivamente”. Assim sendo, o Comitê aconselhou retirar as propostas.<sup>45</sup> Recomendou ainda que Trinidad e Tobago “aceitem caracterizar emergência como uma ameaça à existência da nação, respeitando suas implicações legais”.<sup>46</sup>

Um Estado-parte somente poderá derogar o Artigo 4º do Pacto enquanto estiver diante de um autêntico “estado de emergência pública que ameace a existência da nação”. A legislação que rege o estado de emergência não pode, portanto, predominar por tanto tempo que se institucionalize a ponto de constituir regra, em vez de exceção. Neste sentido, o Comitê manifestou “sua profunda apreensão com o permanente estado de emergência que tem vigorado em Israel desde a sua independência”. Recomendou “ao Governo reconsiderar sua necessidade de constante renovação do estado de emergência, restringindo, ao máximo, o seu alcance e a sua aplicação no âmbito territorial, bem como a conseqüente derrogação de direitos.”<sup>47</sup> O Comitê mostrou-se igualmente apreensivo no caso da República Árabe Síria, onde o Decreto Legislativo no. 51 de 9 de março de 1963 declarou estado de emergência que tem vigorado desde então, colocando o território da ... [sic] República sob um estado de emergência quase permanente, comprometendo, desta forma, as garantias expressas no Artigo 4º”. Aconselhou, portanto, “revogar formalmente o estado de emergência, assim que possível”.<sup>48</sup>

O Comitê recomendou ao Reino Unido, em 1995, “adotar medidas concretas para permitir a restauração antecipada dos dispositivos do Artigo 4º e o dismantelamento do aparato de leis contra as liberdades civis concebidas para os períodos de emergência”. Dado o expressivo declínio da violência terrorista no Reino Unido, desde que o cessar

---

<sup>43</sup> UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. I), pág. 39, parágrafo 241.

<sup>44</sup> UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. I), pág. 36, parágrafo 204.

<sup>45</sup> *Ibidem*, págs. 46-47, parágrafo 286, e pág. 48, parágrafo 299.

<sup>46</sup> UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 32, parágrafo 9(a).

<sup>47</sup> UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. I), pág. 47, parágrafo 307.

<sup>48</sup> UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 71, parágrafo 6.

fogo passou a vigorar na Irlanda do Norte e o processo de paz foi iniciado, o Comitê [instou] o Governo a reconsiderar com atenção a situação de ‘emergência pública’ nos termos do Artigo 4º, parágrafo 1º, indagando se seria oportuno revogar o aviso de derrogação emitido em 17 de maio de 1976.”<sup>49</sup>

O Comitê esclareceu, nos comunicados emitidos de acordo com o Protocolo Facultativo, que cabe ao Estado-parte comprovar a alegação de estar, de fato, enfrentando circunstâncias extraordinárias que possam justificar uma derrogação segundo o Artigo 4(1). Não basta que o país envolvido limite-se a invocar “a existência de circunstâncias extraordinárias”,<sup>50</sup> pois, “comprometeu-se”, de acordo com as normas instituídas pelo Protocolo Facultativo, “a apresentar um relato minucioso dos fatos envolvidos para comprovar a ocorrência da situação tipificada no Artigo 4(1) no país em apreço”.<sup>51</sup> Como declarou o Comitê, no caso *Landinelli Silva e outros x Uruguai*,

“para desempenhar sua função e avaliar a existência da situação tipificada no Artigo 4(1) do Pacto no país envolvido, o Comitê necessita de informações completas e abrangentes. Se o Governo inquirido deixar de apresentar a justificativa solicitada, o que é sua obrigação, de acordo com o Artigo 4(2) do Protocolo Facultativo, e com o Artigo 4(3) do Pacto, o Comitê dos Direitos Humanos não poderá inferir a existência de razões válidas para legitimar o afastamento do regime judicial ordinário prescrito pelo Pacto.”<sup>52</sup>

Destes comentários e recomendações, fica claro **em primeiro lugar** que, para ser consistente com o artigo 4(1), a lei local deve autorizar derrogações das obrigações de direitos humanos apenas em situações de emergência autênticas, que sejam tão graves que signifiquem ameaça real à existência da nação. Quer a crise seja, ou não, causada por um conflito armado, a sobrevivência da nação estará em risco. Nenhuma situação de crise justifica, automaticamente, a declaração de emergência pública e derrogação das obrigações do Estado sob o Pacto. Com base nas declarações do Comitê, parece claro que situações como simples tumultos ou distúrbios internos não justificam, por si, o recurso para derrogação sob artigo 4(1) do Pacto.

**Segundo**, o estado de emergência com suas conseqüentes limitações ao acesso aos direitos humanos somente pode permanecer legalmente em vigor pelo tempo em que a situação assim justificar. Assim que a situação deixar de significar ameaça à existência da nação, as derrogações devem ser eliminadas. Em outras palavras, estados de emergência e derrogações de obrigações dos direitos humanos internacionais não podem ser mantidas

---

<sup>49</sup> UN doc. GAOR, A/50/40 (vol. I), pág. 69, parágrafos 429-430.

<sup>50</sup> Comunicação no. R. 8/34, J. Landinelli Silva e outros x Uruguai (Opiniões adotadas em 8 Abril 1981) em UN doc. GAOR, A/36/40, pág. 132, parágrafo 8.3.

<sup>51</sup> Comunicação no. R. 15/64, C. Salgar de Montejó x Colômbia (Opiniões adotadas em 24 de março de 1982), UN doc. GAOR, A/37/40, pág. 173, parágrafo 10.3

<sup>52</sup> Comunicação no. R. 8/34, J. Landinelli Silva e outros x Uruguai (Opiniões adotadas em 8 de Abril de 1981), em UN doc. GAOR, A/36/40, pág. 133, parágrafo 8.3.

legalmente por um período que se façam permanentemente ou quase permanentemente parte integrante do sistema jurídico interno do país.

**Terceiro**, os Estados-parte continuam obrigados pelo Princípio de Legalidade e pelo Princípio do Estado de Direito através de qualquer “emergência pública que ameace a existência da nação”.

### 2.3.2 Artigo 27(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Para interpretar o artigo 27 da Convenção Americana nos Direitos Humanos, deve-se primeiro determinar o significado do termo “suspensão de garantias”, que é o título do artigo e decorre das opiniões e julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O termo “suspensão” também é encontrado no artigo 27(2) e (3), enquanto a expressão “medidas que derrogam” é utilizada no artigo 27(1). A Corte Interamericana respondeu esta questão conforme segue:

“18...Uma análise dos termos da Convenção em seu contexto levamos à conclusão que não estamos aqui lidando nem com a ‘suspensão de garantias’ no sentido absoluto da palavra, nem com uma ‘suspensão de...(direitos) [sic],’ porque os direitos protegidos por estas cláusulas são inerentes ao homem. Segue-se que somente o que pode ser suspenso ou limitado é seu exercício efetivo e completo.”<sup>53</sup>

Embora feita no contexto do artigo 27 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, esta declaração é de relevância internacional para os direitos humanos internacionais em geral, que deriva do reconhecimento da natureza única e “dignidade inerente”<sup>54</sup> ao ser humano. Nos preâmbulos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos dois Pactos Internacionais, os direitos humanos são descritos como “direitos inalienáveis e igualitários de todos os membros da família humana”, cujo reconhecimento “é a fundamentação da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

\*\*\*\*\*

A Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua inovadora opinião, expressa no *Habeas Corpus em Situações de Emergência*, descreveu nos seguintes termos a função do artigo 27, que “é uma cláusula aplicável apenas às situações excepcionais”:

“20. Não se pode negar que, sob certas circunstâncias, a suspensão de garantias pode ser o único meio para lidar com situações de emergência e, conseqüentemente, de preservar os valores maiores da sociedade democrática. A Corte não pode, entretanto, ignorar o fato de que abusos podem resultar da aplicação de medidas de emergência não justificadas objetivamente, com base nos

---

<sup>53</sup> I-A Court HR, Opinião OC-8-87, 30 de janeiro de 1987, Habeas Corpus em Situações de Emergência (arts. 27(2), 25(1) e 7(6) Convenção Americana sobre Direitos Humanos), Série A, No. 8, pág. 37, parágrafo 18.

<sup>54</sup> Vide preâmbulos da Declaração Universal de Direitos Humanos, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

requisitos prescritos no Artigo 27 e princípios contidos em outros instrumentos internacionais relevantes. De fato, esta tem sido a experiência de nosso hemisfério. Entretanto, em vista aos princípios sob os quais o sistema interamericano se fundamenta, a Corte deve enfatizar que a suspensão de garantias não pode ser desassociada do “exercício efetivo da democracia representativa referida no Artigo 3º do Estatuto da Organização dos Estados Americanos (OEA). A consistência desta conclusão ganha validade especial dado o contexto da Convenção, cujo Preâmbulo reafirma a intenção (dos Estados Americanos) de ‘consolidar neste hemisfério, dentro de estrutura de instituições democráticas, um sistema de liberdade pessoal e justiça social baseado no respeito aos direitos essenciais do homem. A suspensão de garantias perde toda legitimidade sempre que for utilizada para fins de enfraquecimento do sistema democrático. O sistema democrático tem limites que não podem ser transgredidos, assegurando-se que certos direitos humanos fundamentais estejam sempre protegidos.

21. Está claro que nenhum direito garantido na Convenção poderá ser suspenso a não ser que condições muito restritas - aquelas declaradas no Artigo 27(1) – sejam preenchidas. Além disso, mesmo quando estas condições forem satisfeitas, o Artigo 27(2) prevê que certas categorias de direitos não poderão ser suspensas sob quaisquer circunstâncias. Portanto, mais adequado do que adotar uma filosofia que favoreça a suspensão de direitos, a Convenção estabelece o princípio contrário, a saber, que todos os direitos devam ser garantidos e aplicados a menos que circunstâncias muito especiais justifiquem a suspensão de alguns, além do que alguns direitos nunca deverão ser suspensos, por mais séria que seja a emergência.”<sup>55</sup>

Nesta opinião a Corte considerou, ainda, que:

“24. A suspensão de garantias também constitui uma situação de emergência na qual é legal para um governo submeter direitos e liberdades a certas medidas restritas que, em circunstâncias normais, seriam proibidas ou controladas mais estritamente. Isto não significa, entretanto, que a suspensão de garantias implique uma suspensão temporária da regra de lei, nem autoriza aqueles no poder a agir em desconsideração do princípio de legalidade pelo qual estão obrigados durante todo o tempo. Quando garantias são suspensas, algumas limitações legais aplicáveis aos atos de autoridades públicas podem diferir daquelas em vigor sob condições normais. Estas limitações não podem ser consideradas

---

<sup>55</sup> *I-A Court HR*, Opinião OC-8-87, 30 de janeiro de 1987, Habeas Corpus em Situações de Emergência (arts. 27(2), 25(1) e 7(6) Convenção Americana sobre Direitos Humanos), Série A, no. 8, págs. 38-39, parágrafos 20-21.

inexistentes, entretanto, nem pode se considerar que o governo adquira poderes absolutos que vão além das circunstâncias excepcionais que justificaram as medidas excepcionais. A Corte já observou, com relação a isto, que há um vínculo inseparável entre o princípio de legalidade, instituições democráticas e a regra de direito.”<sup>56</sup>

Se por um lado cada Estado tem o dever legal de proteger efetivamente os direitos e liberdades do indivíduo, o Estado também tem, de acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não apenas o direito, mas o **dever** de garantir sua própria segurança.<sup>57</sup> A Corte salienta, todavia, que:

“independentemente da seriedade de certas ações e da culpabilidade dos perpetradores de certos crimes, o poder do Estado não é ilimitado, tampouco poderá o Estado recorrer a quaisquer meios para alcançar seus fins. O Estado está sujeito à lei e moralidade. O desrespeito à dignidade humana não pode servir como base para qualquer ação do Estado”<sup>58</sup>

\*\*\*\*\*

Estes excertos das opiniões e julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos mostram que o artigo 27 da Convenção Interamericana deve ser utilizado em situações verdadeiramente excepcionais quando o Estado-parte interessado não tiver outros meios disponíveis para defender a autonomia e segurança de sua ordem constitucional democrática. Por outro lado, derrogações com base no artigo 27 não podem, sob quaisquer circunstâncias, ser invocadas para estabelecer um regime autoritário. Adicionalmente ao princípio da democracia, os Estados-parte estão também sempre obrigados ao Princípio da Legalidade e do Estado de Direito. Enquanto o exercício de alguns direitos humanos pode estar sujeito a limitações especiais em um estado de emergência, essas limitações nunca deverão extrapolar a ponto de aniquilar a essência dos direitos inerentes ao ser humano.

### 2.3.3 Artigo 15(1) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos

A interpretação pela Corte Européia de Direitos Humanos do artigo 15 da Convenção define o que constitui uma ameaça à existência da nação. Como os casos são complexos e o raciocínio jurídico detalhado, apenas os aspectos mais importantes da jurisprudência serão salientados neste contexto.

**Direito de Revisão / Função da Corte:** é aplicado, em primeiro lugar, a cada Estado Contratante, com sua responsabilidade pela ‘existência de (sua) nação’ para determinar se a existência da nação está ameaçada por uma ‘emergência pública’ e, em

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, pág. 40, parágrafo 24.

<sup>57</sup> *I-A Court HR*, Caso: Velásquez Rodríguez, decisão proferida em 20 de julho de 1988, Série C, no. 4, pág. 146, parágrafo 154.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pág. 147, parágrafo 154.

caso afirmativo, quanto tempo será necessário para superar a emergência”.<sup>59</sup> De acordo com a Corte Europeia:

“Em virtude de seu contato contínuo e direto com as necessidades imediatas do momento, as autoridades nacionais estão, em princípio, em melhor posição que o juízo internacional para decidir sobre a existência dessa emergência, bem como sobre a natureza e âmbito das derrogações necessárias para preveni-la. Neste caso, o Artigo 15, §1º, dá uma ampla margem de apreciação às autoridades.”<sup>60</sup>

“Todavia, os Estados não gozam de um poder ilimitado neste sentido. A Corte, que é responsável por assegurar a observância das obrigações dos Estados (Artigo 19), tem poderes para decretar se os Estados foram além do “limite estritamente requerido pelas exigências” da crise. A margem local de apreciação é, portanto, acompanhada de uma supervisão europeia.”<sup>61</sup> Em casos recentes, a Corte especificou que, no exercício dessa supervisão, deve-se levar em consideração

“esses fatores relevantes, como a natureza dos direitos afetados pela derrogação, as circunstâncias que levaram à situação de emergência e sua duração”.<sup>62</sup>

***A existência de uma emergência pública que ameace a existência da nação:*** No caso *Lawless*, a Corte manteve que “o significado habitual e natural da frase ‘outra emergência pública que ameace a existência da nação’ é suficientemente claro, considerando que”

“refere-se a uma situação excepcional de crise ou emergência, afetando toda a população e representando uma ameaça à existência da vida estruturada da comunidade da qual o Estado é composto”.<sup>63</sup>

De acordo com a versão francesa do julgamento, que é o texto original, o significado habitual e natural do conceito de emergência no artigo 15(1) indica:

---

<sup>59</sup> *Eur. Court HR*, Caso: Irlanda x Reino Unido, decisão proferida em 18 de janeiro de 1978, Série A, no. 25, págs. 78-79, parágrafo 207.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pág. 79, parágrafo 207.

<sup>61</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>62</sup> *Eur. Court HR*, Caso: Brannigan & McBride x Reino Unido, decisão proferida em 26 de maio de 1996, Série A, no. 258-B, pág. 49, parágrafo 43 e pág. 50 e *Eur. Court HR*, Caso: Demir e outros x Turquia, decisão proferida em 23 de setembro de 1998, Relatórios 1998-VI, pág. 2654, parágrafo 43.

<sup>63</sup> *Eur. Court HR*, Caso *Lawless* (Mérito), decisão proferida em 01º de julho de 1961, Série A, no. 3, pág. 56, parágrafo 28.

“en effet, une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l’ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l’État.”<sup>64</sup>

O acréscimo do termo “imminente” significa que a situação excepcional de perigo ou crise deve ser real ou estar prestes a acontecer e que o artigo 15 não poderá ser invocado de modo a justificar derrogações, em caso de uma crise hipotética ou remota ou perigo à existência da nação.

Com base nesta definição, a Corte prosseguiu para determinar se o Governo foi justo ao declarar que, em julho de 1957, houve uma emergência pública na República da Irlanda que colocasse em risco a existência da nação, justificando, assim, a derrogação sob o artigo 15(1).<sup>65</sup> A situação referia-se às atividades do Exército Republicano Irlandês (IRA) e grupos afins na Irlanda. Desta forma, a derrogação autorizou o Ministro da Justiça a recorrer à detenção extrajudicial de pessoas suspeitas de exercer atividades em detrimento do Estado. A Corte concluiu que “a existência, na época, de uma ‘emergência pública que ameaçasse a existência da nação’ foi razoavelmente deduzida pelo Governo da Irlanda a partir da combinação de diversos fatores, a saber”:

- a existência, em seu território, “de um exército secreto engajado em atividades inconstitucionais, fazendo uso da violência para atingir tal finalidade”;
- “o fato de que este exército também atuava em território fora do Estado colocando em risco, assim, as relações da República da Irlanda com seus vizinhos”; e
- “o aumento alarmante e constante das atividades terroristas desde o segundo semestre de 1956 até o primeiro semestre de 1957”.<sup>66</sup>

A Corte admitiu, posteriormente, que “o Governo foi bem-sucedido ao utilizar os meios disponíveis previstos em legislação ordinária, mantendo instituições públicas em funcionamento praticamente normal”. Entretanto, “a emboscada homicida” realizada no início de julho de 1957 na Irlanda do Norte, próximo à fronteira da República [da Irlanda], “trouxe à tona... [sic] um perigo iminente à nação, resultante da continuidade das atividades ilícitas praticadas na Irlanda do Norte pelo IRA e vários grupos afins, que agiam a partir do território da República da Irlanda”.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>65</sup> *Ibidem*

<sup>66</sup> *Ibidem*

<sup>67</sup> *Ibidem*, pág. 56, parágrafo 29. Embora o Tribunal tenha proferido uma decisão unânime, o processo foi anteriormente examinado pela Comissão Europeia dos Direitos Humanos, cuja maioria dos membros (9 x 5) concluiu que houve uma

Dezessete anos depois, a Corte foi convocada para deliberar sobre o artigo 15 no caso *Irlanda x Reino Unido*, referente também à legislação terrorista utilizada pelo Reino Unido na Irlanda do Norte. A existência de um estado de emergência “que ameaçava a existência da nação” era, na opinião da Corte, “perfeitamente clara a partir dos fatos” do caso e não foi contestada pelas partes perante a Corte.<sup>68</sup> A Corte simplesmente fez menção ao seu resumo dos fatos, relatando, entre outras coisas, que naquela época, na Irlanda do Norte, “mais de 1.100 pessoas foram mortas, mais de 11.500 feridas e inúmeras propriedades foram destruídas totalizando prejuízos de aproximadamente £140.000.000. Esta violência foi expressa parte em desordem civil e parte em terrorismo, constituindo violência organizada para fins políticos.”<sup>69</sup>

No caso *Brannigan & McBride x Reino Unido*, que foi extinto no julgamento proferido em 1993, a Corte concluiu mais uma vez, após “realizar sua própria avaliação à luz de todo o material apresentado, quanto ao impacto e extensão da violência terrorista na Irlanda do Norte e outros lugares no Reino Unido”, que “não há dúvida de que tal emergência pública existiu à época relevante”.<sup>70</sup>

A situação a qual se encontrava a Irlanda do Norte em 1998 foi considerada no caso *Marshall x Reino Unido*, que era muito semelhante ao caso *Brannigan & McBride*, mas o caso foi arquivado em fase de admissibilidade em julho em 2001. O requerente argumentou que “a situação de segurança tinha mudado de tal forma que impossibilitara seu reconhecimento”, de modo que “qualquer emergência pública que poderia ter existido na Irlanda do Norte estava efetivamente extinta à época de sua detenção ilegal”. Ainda em sua opinião, “o Governo não poderia, sob a Convenção, impor um estado permanente de emergência na província com conseqüências perniciosas fundamentado em regra de direito.”<sup>71</sup> O Governo argumentou que “no tempo devido, a situação de segurança na Irlanda do Norte ainda poderia ser descrita de forma justificada como uma emergência pública que ameaçava a existência da nação”. Observou-se que “no prazo de sete semanas dedicado à prisão dos suspeitos... [sic] ocorreram treze assassinatos na província. Houve também numerosos incidentes com bombas.”<sup>72</sup>

A Corte acatou o argumento do Governo, observando que “as autoridades continuaram a ser confrontadas com a ameaça de violência terrorista, não obstante a

---

emergência pública ameaçando a vida da nação. Vide opinião da maioria e da minoria dos membros em *Eur. Court HR, Caso Lawless*, Série B 1960-1961, págs. 81-102.

<sup>68</sup> *Eur. Court HR*, Caso: Irlanda x Reino Unido, decisão proferida em 18 de janeiro de 1978, Série A, no. 25, pág. 78, parágrafo 205.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pág. 10, parágrafo 12. Para informações adicionais sobre os fatos, vide págs. 14-30, parágrafos 29-75.

<sup>70</sup> *Eur. Court HR*, Caso: Brannigan & McBride x Reino Unido, decisão proferida em 26 de maio de 1993, Série A, no. 258-B, pág. 50, parágrafo 47.

<sup>71</sup> *Eur. Court HR*, Caso: Marshall x Reino Unido, decisão proferida em 10 de julho de 2001 sobre admissibilidade, vide pág. 7 da versão não-publicada da decisão no website do Tribunal: <http://hudoc.echr.coe.int>

<sup>72</sup> *Ibidem*, pág. 6.

redução de sua incidência”. Referindo-se ao “surgimento de violência fatal” nas semanas que antecederam a detenção de suspeitos, a Corte declarou que:

“Isto confirma que não houve retorno à normalidade desde a data do julgamento do caso *Branningan & McBride*, de modo que a Corte foi levada a contestar a avaliação das autoridades sobre a situação na província, em termos de ameaça, cuja violência organizada ameaçou a vida da comunidade, objetivando-se um acordo pacífico.”<sup>73</sup>

No que diz respeito à situação no sudeste da Turquia, a Corte concluiu, no caso *Aksoy*, que “o impacto e a abrangência da atividade terrorista do Partido dos Trabalhadores do Curdistão criou, indubitavelmente, na região afetada ‘uma emergência pública que ameaçava a existência da nação’.”<sup>74</sup> Entretanto, no caso *Sakik e outros*, a Corte declarou que o mais importante seria “trabalhar contra o objeto e a finalidade do [artigo 15] se, quando avaliado o limite territorial da derrogação em questão, seus efeitos fossem estendidos a uma parte do território turco não determinada explicitamente na notificação de derrogação”, apresentada de acordo com os termos do artigo 15(3) ao Secretário-Geral do Conselho Europeu.<sup>75</sup> Como os decretos do Legislativo impugnados neste caso eram aplicáveis apenas à região onde o estado de emergência foi proclamado, o que não incluiu, de acordo com a notificação de derrogação, o caso *Ankara*, a derrogação não foi aplicada *ratione loci* aos fatos do caso”.<sup>76</sup>

*O Estado-parte que invocar o direito de derrogar deverá provar que está diante de uma emergência pública, conforme definido no acordo relevante.*

*O último propósito das derrogações sob lei internacional é possibilitar aos Estados-parte afetados o retorno à normalidade, ou seja, restaurar a ordem constitucional na qual os direitos humanos possam ser novamente garantidos de forma integral.*

*É direito e dever dos órgãos fiscalizadores internacionais, nos casos a eles apresentados, fazer uma avaliação independente da situação de crise à luz das disposições do tratado relevante.*

*Em nível europeu, entretanto, uma ampla margem de apreciação é garantida aos Estados Contratantes ao decidirem sobre a presença de uma “emergência pública que ameace a existência da nação”*

<sup>73</sup> *Ibidem*, pág. 9.

<sup>74</sup> *Eur. Court HR*, Caso: *Aksoy x Turquia*, decisão proferida em 18 de dezembro de 1996, Relatórios 1996-VI, pág. 2281, parágrafo 70.

<sup>75</sup> *Eur. Court HR*, Caso: *Sakik e outros x Turquia*, decisão proferida em 26 de novembro de 1997, Relatórios 1997-VII, pág. 2622, parágrafo 39.

<sup>76</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

*dentro de suas fronteiras.*

*A situação de crise, que justificar a derrogação, deverá ser tão séria que verdadeiramente constituirá um risco à existência da nação (em nível universal ou europeu) ou à sua autonomia e segurança (das Américas). Isto exclui, por exemplo, pequenas desordens, perturbações e manifestações em massa.*

*A Lei nacional deverá definir cuidadosamente as situações nas quais o estado de emergência poderá ser declarado.*

*A natureza excepcional das derrogações significa que elas devem ser limitadas no tempo e no espaço conforme estritamente requerido pelas exigências da situação.*

*Os Estados-parte não podem legalmente estender seus poderes extraordinários além dos territórios mencionados em suas notificações de derrogação.*

*As derrogações sob a lei de direitos humanos internacionais não devem afetar a **essência** dos direitos, uma vez que esses direitos são inerentes ao ser humano. As derrogações podem somente limitar legalmente seu pleno exercício efetivo.*

### **3. Direitos e Obrigações Inderrogáveis previstos nas Leis Internacionais de Direitos Humanos**

#### **3.1 Observações iniciais**

A estrutura das disposições derogatórias pode levar ao entendimento de que os únicos direitos com relação aos quais a derrogação não é admitida são aqueles enumerados no artigo 4(2) do Pacto Internacional, artigo 27(2) da Convenção Americana e artigo 15(2) da Convenção Européia. De qualquer forma, juridicamente a situação é mais complexa. O conceito de inderrogabilidade abrange, por exemplo, direitos e obrigações inerentes às leis internacionais de direitos humanos ou direitos garantidos

pelas leis de direito humanitário. Tendo em vista a complexidade envolvendo a natureza do assunto, apenas os principais pontos serão considerados a seguir.

\*\*\*\*\*

Apesar de sua inderrogabilidade, os direitos humanos, como o direito à vida ou não submissão à tortura e outras formas de maus tratos, são frequentemente violados. Além disso, como repetidamente apontado com preocupação pelo Comitê de Direitos Humanos, as leis locais dos Estados-parte do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos muitas vezes não estão de acordo com as exigências do artigo 4(2) e, desse modo, falham na tentativa de providenciar proteção legal aos direitos humanos em tempos de crise.<sup>77</sup>

### 3.2 Disposições legais relevantes

O artigo 4(2) do Pacto Internacional estipula que:

“Não haverá derrogação dos artigos 6º, 7º, 8º (parágrafos 1º e 2º), 11, 15, 16 e 18, nos termos deste dispositivo.”

Os artigos enumerados no dispositivo acima protegem os seguintes direitos:

- direito à vida – artigo 6º;
- direito à não submissão à tortura, crueldade, tratamento desumano ou degradante, punição, ou experimentos médicos ou científicos sem o livre consentimento do participante -- artigo 7º;
- direito à liberdade, com a proibição da escravidão, tráfico de escravos ou servidão -- artigo 8º;
- direito a não ser encarcerado arbitrariamente por descumprimento de obrigação contratual - artigo 11;
- direito a não ser submetido à legislação retroativa (leis *ex post facto*) – artigo 15;
- direito ao reconhecimento da personalidade jurídica – artigo 16;
- direito à liberdade de pensamento, consciência e religião – artigo 18; e
- direito a não ser submetido à pena de morte – artigo 6º do Segundo Protocolo Facultativo.

O artigo 27(2) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estipula que:

“O dispositivo acima não autoriza a suspensão de nenhum dos seguintes artigos: Artigo 3º (Direito ao Reconhecimento da

---

<sup>77</sup> Vide *UN docs*, comentários: *GAOR*, A/48/40 (vol. I), pág. 43, parágrafo 184 (Tanzânia); pág. 101, parágrafo 459 (República Dominicana); *GAOR*, A/53/40 (vol. I), pág. 39, parágrafo 241 (Uruguai); *GAOR*, A/56/40 (vol. I), pág. 32, parágrafo 9(b) (Trinidad e Tobago).

Personalidade Jurídica), Artigo 4º (Direito à Vida), Artigo 5º (Direito a Tratamento Humano), Artigo 6º (Proibição da Escravidão), Artigo 9º (Proibição das Leis Retroativas - *Ex Post Facto*), Artigo 12 (Direito à Liberdade de Pensamento, Consciência e Religião), Artigo 17 (Direitos da Família), Artigo 18 (Direito ao Nome), Artigo 19 (Direitos da Criança), Artigo 20 (Direito à Nacionalidade), e Artigo 23 (Direito de Participação no Governo) ou das medidas judiciais essenciais à proteção de tais direitos.”

O artigo 15(2) da Convenção Européia estabelece que:

“Não haverá a derrogação do artigo 2º, exceto no que diz respeito às mortes decorrentes de atos legais de guerra, ou dos artigos 3º, 4º (parágrafo 1º) e 7º, nos termos deste dispositivo.”

Além disso, o artigo 3º do Protocolo no. 6 da Convenção, relativo à abolição da pena de morte, estipula que não haverá derrogação dos dispositivos deste Protocolo, conforme dispõe o artigo 15 da Convenção. Por fim, o princípio do *ne bis in idem*, disposto no artigo 4º do Protocolo no. 7 da Convenção, é igualmente inderrogável, de acordo com o artigo 4(3).

Os direitos inderrogáveis, nos termos da Convenção Européia, são os seguintes:

- direito à vida – artigo 2º;
- direito à não submissão à tortura, tratamento desumano ou degradante, ou punição - artigo 3º;
- direito a não ser submetido à escravidão ou servidão - artigo 4(1);
- direito a não ser submetido à legislação penal retroativa - artigo 7º;
- direito a não ser submetido à pena de morte - artigo 3º do Protocolo no. 6;
- princípio do *ne bis in idem* ou duplo risco – artigo 4º do Protocolo no. 7.

\*\*\*\*\*

Uma breve descrição segue abaixo acerca das obrigações dos Estados com relação aos direitos inderrogáveis. Os casos escolhidos para ilustrar as obrigações legais dos Estados-parte neste capítulo são aqueles com maior relevância para situações de emergência e/ou de luta contra o crime organizado e o terrorismo. Para maiores detalhes acerca da interpretação de alguns dos direitos citados, tais como o direito à vida, o direito a não ser submetido à tortura, a proibição da escravidão, o direito à liberdade de expressão, consciência e religião, bem como a proibição à discriminação, os leitores devem examinar os capítulos relevantes deste Manual. Apesar de sua natureza inderrogável, esses direitos tendem, em muitos casos, a ser os direitos mais frequentemente violados em situações de emergência, dificultando, dessa maneira, o retorno à situação de normalidade. Nesses casos, a

conduta dos juízes, promotores e advogados em contribuição à efetiva proteção dos indivíduos, torna-se mais crucial do que nunca, e suas respectivas responsabilidades devem ser exercidas com total independência e imparcialidade a fim de prover proteção legal ao indivíduo.

### 3.3 O direito à vida

O direito fundamental à vida é tido como inderrogável nos três tratados, o que significa que deve ser protegido por lei e que ninguém pode ser arbitrariamente morto. É verdade que a extensão da proteção que é proporcionada pelo artigo 6º do Pacto Internacional, artigo 4º da Convenção Americana e artigo 2º da Convenção Européia, varia de acordo com as limitações do acordo específico na imposição da pena de morte. Como apontado pelo Comitê de Direitos Humanos, essas limitações são “independentes da questão da derogabilidade”.<sup>78</sup> Dos três tratados, só a Convenção Européia define situações específicas em que a “privação à vida não deve ser considerada contravenção a este artigo”, quando resulta do uso de força que se faz absolutamente necessário:

- (a) em defesa a qualquer pessoa contra violência ilegítima;
- (b) para efetuar uma prisão legítima ou para evitar a fuga de uma pessoa legalmente detida;
- (c) em ação legítima com o propósito de abrandar tumulto ou revolta”. (art. 2(2)).

De acordo com a Corte Européia de Direitos Humanos, “as exceções delineadas no parágrafo 2º indicam que o dispositivo se aplica à morte intencional, mas não objetiva exclusivamente evitá-la”. O parágrafo 2º prefere “descrever as situações onde se é permitido o uso da força que possa resultar em privação não intencional da vida”.<sup>79</sup> O termo “absolutamente necessário” indica que “a força usada deve ser estritamente proporcional para atingir os objetivos descritos nos subparágrafos 2(a), (b) e (c) do artigo 2º”.<sup>80</sup> Os exemplos podem servir como indicadores úteis tanto para juízes locais como para membros de outros órgãos de controle internacionais, que devem estar atentos ao uso da força com consequência fatal no exercício do cumprimento das leis.

O fato de o direito à vida ser protegido pelas leis internacionais de direitos humanos significa, *inter alia*, que os Estados não devem tolerar ou perdoar mortes arbitrárias ou extrajudiciais de indivíduos e que, como mencionado no Capítulo 15, existe a obrigação legal de se evitar, investigar, processar, punir e reparar violações ao direito à vida. A obrigação legal de tomar as providências corretas e

---

<sup>78</sup> Comentário Geral no. 29 (72), *UN doc GAOR, A/56/40* (vol. I), pág. 204, parágrafo 7.

<sup>79</sup> *Eur. Court HR*, Caso: *McCann e outros x Reino Unido*, Série A, no. 324, pág. 46, parágrafo 148.

<sup>80</sup> *Ibidem*, pág. 46, parágrafo 149.

efetivas para proteger o direito à vida é igualmente válida em estados de emergência.

*Os Estados deverão tomar providências efetivas para a proteção do direito à vida.*

*Os Estados não deverão nunca participar ou perdoar mortes arbitrárias ou extrajudiciais.*

*Mesmo em situações de emergência pública que ameacem a estabilidade da nação, os Estados permanecem com a obrigação legal de evitar, investigar, processar, punir e reparar violações ao direito à vida.*

### **3.4 O direito a não ser submetido à tortura, crueldade, tratamento desumano ou degradante ou punição**

O direito a não ser submetido à tortura ou a qualquer outra forma de maus tratos também é inderrogável nos três tratados (artigo 7º do Pacto Internacional, artigo 5(2) da Convenção Americana e artigo 3º da Convenção Européia). Isso significa que os Estados não devem permitir tortura ou crueldade, tratamento desumano ou degradante ou penalidades para, por exemplo, punir ou extrair confissões ou informações de suspeitos terroristas ou outros criminosos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos especificou que, em tempos de paz, o Estado cumpre o papel de garantidor dos direitos humanos, incluindo o direito das pessoas privadas de sua liberdade, sendo também responsável pelas condições dos estabelecimentos de detenção.<sup>81</sup>

\*\*\*\*\*

A Convenção Européia entendeu que o uso combinado e premeditado “por horas a fio” das seguintes técnicas “desorientativas” ou de “privação sensorial” “aliadas a tratamento desumano” contrariam o artigo 3º da Convenção Européia, a saber: posicionamento de pessoas contra a parede, vedação dos olhos, sujeição a barulho, privação de sono e alimentos. Essas técnicas foram usadas em diversos centros de interrogatório na Irlanda do Norte no começo dos anos 70.<sup>82</sup> A Corte também entendeu que houve a violação do artigo 3º no caso *Tomasi x França*, no qual o requerente, durante um interrogatório policial que durou “quatro longas horas”, foi “estapeado, chutado,

<sup>81</sup> Cf. I-A Court HR, Caso: Castillo Petruzzi e outros, decisão proferida em 30 de maio de 1999, Série C, no. 52, pág. 219, parágrafo 195.

<sup>82</sup> Eur. Court HR, Caso: Irlanda x Reino Unido, decisão proferida em 18 de janeiro de 1978, Série A, no. 25, pág. 41, parágrafo 96, e págs. 66-67, parágrafos 167-168.

socado, espancado, pendurado por longo período, algemado com suas mãos nas costas, obrigado a ficar sem roupa na frente de uma janela aberta, privado de comida, ameaçado por arma de fogo e muito mais”.<sup>83</sup> A Corte concluiu que este tratamento foi “desumano e degradante”, contrariando o artigo 3º da Convenção Européia, adicionando que “os requisitos de uma investigação e as evidentes dificuldades inseridas na luta contra o crime, particularmente com relação ao terrorismo, não podem resultar em limitações impostas à proteção a ser oferecida em respeito à integridade física dos indivíduos”.<sup>84</sup> O tratamento aplicado ao requerente do caso *Aksoy* foi, de qualquer maneira, “de natureza tão cruel que só poderia ser descrito como tortura”. O requerente, detido por suspeita de estar envolvido em atividades terroristas, foi “despido, com suas mãos amarradas às suas costas e suspenso pelos braços”. Os maus tratos, os quais foram “deliberadamente impostos” e “que aparentam ter sido aplicados com o objetivo de obter informações ou confissões do requerente”, causaram a paralisia temporária de ambos os braços”.<sup>85</sup>

\*\*\*\*\*

No caso *Castillo Petruzzi e outros*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que a combinação da prisão por 36 ou 37 dias sem comunicação e a aparição das pessoas envolvidas no tribunal “quer com os olhos vendados, quer com amarras ou algemas” constituiu, por si só, uma violação ao artigo 5(2) da Convenção.<sup>86</sup>

No mesmo caso, a Corte concluiu que os termos da prisão impostos às vítimas por tribunais militares “constituíram formas cruéis, desumanas e degradantes de punição”, violando o artigo 5º da Convenção Americana.<sup>87</sup> De acordo com as regras dos tribunais militares, os termos do encarceramento “incluíam prisão permanente em uma pequena cela durante primeiro ano... [sic] e trabalho forçado, cuja condenação elas (vítimas) deverão cumprir em celas de confinamento solitário escolhidas pelo Diretor do Departamento Nacional das Prisões” no Peru.<sup>88</sup> Em sua justificativa, a Corte utilizou sua jurisprudência, a qual prevê que “o isolamento prolongado e a privação de comunicação são, por si só, punições cruéis e desumanas, prejudiciais à integridade moral e psicológica da pessoa, constituindo violação do direito de qualquer detento de ter respeitada sua dignidade humana”.<sup>89</sup> De acordo com a Corte, “detenções sem comunicação são consideradas um método de prisão aplicáveis em situações excepcionais por causa dos sérios efeitos produzidos sobre os demais detentos.” “Isolamento do mundo exterior causam sofrimento moral e psicológico a qualquer pessoa, colocam-na em posição particularmente vulnerável e aumentam o risco de agressões e atos arbitrários na prisão”.<sup>90</sup> Neste sentido, portanto, “prisões sem comunicação, ...[sic] celas de

---

<sup>83</sup> *Eur. Court HR*, Caso: Tomasi x França, decisão proferida em 27 de agosto de 1992, Série A, no. 241-A, pág. 40, parágrafo 108.

<sup>84</sup> *Ibidem*, pág. 42, parágrafo 115.

<sup>85</sup> *Eur. Court HR*, Caso: Aksoy x Turquia, decisão proferida em 18 de dezembro de 1996, Relatórios 1996-VI, pág. 2279, parágrafo 64.

<sup>86</sup> I-A Court HR, Caso: Castillo Petruzzi e outros, decisão proferida em 30 de maio de 1999, Série C, no. 52, pág. 218, parágrafo 192.

<sup>87</sup> *Ibidem*, págs. 220-221, parágrafo 198.

<sup>88</sup> *Ibidem*, pág. 219, parágrafo 193.

<sup>89</sup> *Ibidem*, pág. 219, parágrafo 194.

<sup>90</sup> *Ibidem*, pág. 219, parágrafo 195.

confinamento solitário sem luz natural, ... [sic] um calendário de visitas restrito...[sic] são formas de crueldade, tratamento desumano ou degradante nos termos do artigo 5(2) da Convenção Americana.”<sup>91</sup> Em relação ao uso da força contra os detentos, a Corte invocou sua jurisprudência, que estabelece o seguinte:

“Qualquer uso da força que não seja estritamente necessário para assegurar o comportamento devido por parte dos detentos, constitui violação à dignidade da pessoa... [sic] em violação ao artigo 5º da Convenção Americana. As exigências das investigações e as evidentes dificuldades encontradas em qualquer força antiterrorista não pode restringir a proteção aos direitos à integridade física da pessoa.”<sup>92</sup>

Ainda sobre o tema “tortura”, vide Capítulo 8, item 2 e Capítulo 11, item 4.

*O uso de tortura e punição ou tratamento desumano, degradante ou cruel é proibido em qualquer situação, incluindo situações de guerra ou qualquer situação de emergência que ameace a nação.*

*A proibição a [sic] torturas ou qualquer outra forma de maus tratos é também estritamente proibido na luta contra o terrorismo ou contra o crime organizado.*

*Tortura ou qualquer outra forma de maus tratos não podem ser utilizados para a extração de informações ou confissões de suspeitos.*

*A detenção prolongada sem comunicação é uma forma de maus tratos proibida pela leis internacionais mesmo em situações de emergência.*

### 3.5 O direito a tratamento humano

O direito a tratamento humano foi declarado inderrogável pelo artigo 27(2) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, lido à luz do artigo 5(2), o qual declara que “todas as pessoas que foram privadas de sua liberdade devem ser tratadas com respeito à sua dignidade humana”.

<sup>91</sup> *Ibidem*, pág. 220, parágrafo 197.

<sup>92</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

Sobre o mesmo assunto, o artigo 10º do Pacto Internacional declara que “todas as pessoas privadas de sua liberdade devem ser tratadas com humanidade e com o respeito à sua dignidade humana”. De qualquer modo, o artigo 10º não é mencionado como direito inderrogável no artigo 4(2) do Pacto. Entretanto, no Comentário Geral no. 29, o Comitê declara que “o Pacto dita uma norma de direito internacional geral não sujeita à derrogação. Isto é amparado pela referência à inerente dignidade do ser humano no preâmbulo do Pacto e pela íntima relação entre os artigos 7º e 10º.”<sup>93</sup>

\*\*\*\*\*

A distinção feita no trabalho do Comitê dos Direitos Humanos entre os artigos 7º e 10º não é clara. A violação do artigo 10(1) foi apontada, por exemplo, no caso *S. Sextus x Trinidad e Tobago*, no qual o autor reclamava de sua condição na detenção: sua cela media aproximadamente 3 metros quadrados e não havia as mínimas condições sanitárias necessárias, apenas um balde de plástico que era usado para suas necessidades básicas. Um pequeno buraco (de aproximadamente 15 centímetros) não fornecia ventilação adequada e, na ausência de luz natural, a única luz fornecida era fluorescente, iluminando 24 horas por dia. Depois que sua pena de morte foi convertida em 75 anos de prisão, o autor teve de dividir uma cela do mesmo tamanho com outros 9 ou 12 detentos e, como só havia uma cama, tinha de dormir no chão. Na falta de qualquer comentário do Estado-parte, o Comitê se baseou no relato detalhado do autor para entender que houve violação do artigo 10(1).<sup>94</sup> Um dos muitos casos envolvendo violação do artigo 10(1) foi o caso *M. Freemantle x Jamaica*, no qual também envolvia condições deploráveis de detenção. O Estado-parte deixou de refutar as alegações do autor, que ficava confinado em uma cela de 2 metros quadrados 22 horas por dia, “passava a maior parte das horas acordado na escuridão”, permanecia isolado dos outros na maior parte do tempo e não podia trabalhar ou estudar.<sup>95</sup>

*O direito positivo de todas as pessoas privadas de sua liberdade de serem tratadas humanamente deve ser garantido a qualquer tempo, incluindo em situações de emergência.*

*O direito de ser tratado humanamente implica, inter alia, que as pessoas privadas de sua liberdade devem viver em condições que respeitem a dignidade humana.*

### 3.6 Proibição da escravidão e servidão

<sup>93</sup> *UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 205, parágrafo 13(a).*

<sup>94</sup> Comunicação no. 818/1998, *S. Sextus x Trinidad e Tobago* (Opiniões adotadas em 16 de julho de 2001), em *UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. II), pág. 117, parágrafo 7.4, juntamente com pág. 112, parágrafos 2.2 e 2.4.*

<sup>95</sup> Comunicação no. 625/1995, *M. Freemantle x Jamaica* (Opiniões adotadas em 24 de março de 2000), em *UN doc. GAOR, A/55/40 (II), pág. 19, parágrafo 7.3.*

O direito à liberdade (proibição da escravidão e servidão) é inderrogável nos termos das disposições previstas no Pacto Internacional (arts. 4(2) e 8(1) e (2)) e na Convenção Europeia (arts. 15(2) e 4(1)). Entretanto, somente o artigo 8(1) do Pacto Internacional especifica *expressis verbis* que “a escravidão e o comércio de escravos em todas as suas formas deverão ser proibidos”.

De acordo com o art. 27(2) da Convenção Americana, por outro lado, o artigo 6º é inderrogável em sua totalidade, o que significa que não só o direito de não estar sujeito à escravidão, servidão involuntária, comércio de escravos e tráfico de mulheres é inderrogável, mas também o direito de não ser solicitado para realizar trabalho forçado e compulsório.

Do mesmo modo que os artigos que regulam o direito à vida admitem exceções, os artigos que definem o direito de não estar sujeito à realização de trabalho forçado e compulsório possui disposições excepcionais as quais isentam da definição de “trabalho forçado ou compulsório” alguns tipos de trabalho, tais como os serviços exigidos em situações de emergência, perigo ou calamidade, que ameacem o bem-estar da comunidade. Na medida em que o trabalho requisitado se enquadre na categoria acima mencionada, poderá também, certamente, ser requerido em situações de emergência pública (para a leitura dos textos das disposições relevantes, vide artigo 8(3)(c)(iii) do Pacto Internacional, artigo 6(3)(c) da Convenção Americana e artigo 4(3)(c) da Convenção Europeia).

Vale ressaltar que, sob os artigos 34 e 35 da Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual não contém nenhuma disposição derogatória, os Estados-parte têm o dever legal de proteger as crianças da exploração e abuso sexual e, também, de “prevenir o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças por qualquer motivo ou de qualquer forma”. Essas obrigações legais são reforçadas pelo Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil, o qual entrou em vigor em 18 de janeiro de 2002.<sup>96</sup>

*A escravidão, o comércio de escravos, a servidão e o tráfico de crianças e mulheres são estritamente proibidos em qualquer instante, inclusive em situação de emergência pública que ameace a existência da nação (em nível universal e europeu), a autonomia ou segurança do Estado (nas Américas).*

*Mesmo em momentos de conflito armado ou outros tipos de emergência, os Estados têm, do mesmo modo, a obrigação legal de tomar medidas positivas para prevenir, investigar, processar e punir tais práticas ilegais, bem como indenizar suas vítimas.*

---

<sup>96</sup> Para informações adicionais sobre o Protocolo Facultativo, vide website da ONU: [www.unhchr.ch/html/menu2/dopchild.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu2/dopchild.htm)

## 3.7 Proibição das leis retroativas e o princípio do *ne bis in idem*

### 3.7.1 Proibição das Leis Retroativas (*ex post facto*)

O direito de não ser culpado por crime devido a ato ou omissão que não constitui crime no momento do seu cometimento está garantido pelo artigo 15(1) do Pacto Internacional, artigo 9º da Convenção Americana e artigo 7(1) da Convenção Européia. As mesmas disposições também proíbem a imposição de penas mais pesadas que as aplicáveis no momento do cometimento do crime. Ademais, o artigo 15(1) do Pacto Internacional e o artigo 9º da Convenção Americana garantem ao culpado o direito de beneficiar-se de uma pena mais leve vigente após o cometimento do crime.

Embora a tentação de se aplicar legislação retroativa para lidar particularmente com atos censuráveis seja considerável em situações de crise, este ato é expressamente proibido pela lei internacional de direitos humanos. A finalidade desta norma é óbvia: a pessoa deve estar apta a prever a qualquer momento – inclusive em situações emergenciais – as consequências de qualquer ação específica, inclusive possíveis instaurações de processos penais e respectivas sanções (**Princípio da Previsibilidade**). Qualquer outra situação resultaria em insegurança legal intolerável em um Estado governado pelas regras de direito, o que pressupõe respeito aos direitos humanos.

O artigo 15(2) do Pacto Internacional, entretanto, admite algumas exceções para “o julgamento e punição de indivíduo por ato ou omissão que, no momento de seu cometimento, era ilícito de acordo com os princípios gerais do direito reconhecidos pela comunidade das nações”. O artigo 7(2) da Convenção Européia contempla disposição idêntica, no entanto, referindo-se a “nações civilizadas” ao invés de “comunidade das nações”.

\*\*\*\*\*

O Comitê de Direitos Humanos concluiu que o artigo 15(1) foi violado no caso *Weinberger x Uruguai*, no qual a vítima foi condenada com fundamento na aplicação retroativa da lei penal. O réu foi condenado e sentenciado a 8 anos de prisão de acordo com o Código Penal Militar por “associação subversiva” “com circunstâncias agravantes de conspiração contra a Constituição”. A condenação estava baseada, *inter alia*, na “filiação a um partido político que existiu legalmente enquanto durou a associação” da vítima.<sup>97</sup>

\*\*\*\*\*

No julgamento do caso *Kokkinaskis x Grécia*, a Corte Européia decidiu que o artigo 7(1) da Convenção Européia não somente proíbe “a aplicação retrospectiva da lei criminal para desfavorecer o acusado, como também engloba, mais genericamente, o princípio de que somente a lei pode definir um crime e prescrever uma pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) e o princípio de que a lei criminal não poderá ser extensivamente interpretada em detrimento do acusado, isto é, por analogia; concluiu-se, então, que um crime deve estar claramente previsto em lei. Esta condição estará satisfeita

---

<sup>97</sup> Comunicação no. R.7/28, *Weinberger x Uruguai* (Opiniões adotadas em 29 de outubro de 1978), em *UN doc. GAOR, A/36/40*, págs. 118-119, parágrafos 12 e 16.

quando o indivíduo souber por quais atos e omissões será considerado responsável de acordo com o disposto em lei e, se necessário, de acordo com a interpretação dos tribunais”.<sup>98</sup> Em outras palavras, a *insegurança injustificada das disposições legais tipificando certa conduta* também constitui infração de acordo com os requisitos do artigo 7(1) da Convenção Européia. No entanto, sempre que a aplicação retroativa da lei criminal significar *vantagem* ao acusado, não se configurará violação do artigo 7(1) da Convenção.<sup>99</sup>

Embora *medidas preventivas* não estejam enquadradas no artigo 15(1) do Pacto Internacional ou nos artigos 9º e 7(1) da Convenção Americana e Convenção Européia respectivamente, elas podem, em circunstâncias especiais, ser consideradas “pena” para as finalidades destas disposições. A Corte Européia de Direitos Humanos concluiu no caso *Welch x Reino Unido* que uma ordem de confiscar constituía uma “pena” dentro do significado do artigo 7(1), embora o Governo tenha considerado que isto foi uma medida preventiva enquadrada fora do âmbito do artigo 7(1).<sup>100</sup> O réu foi condenado por crime de entorpecentes e foi sentenciado a 20 anos de prisão; ademais, o juiz do processo decretou uma ordem confisco com base em uma lei que entrara em vigor *após* o réu ter cometido os atos criminais.<sup>101</sup> Se o réu não pagasse a soma relevante, deveria cumprir uma sentença de dois anos de prisão.<sup>102</sup>

### 3.7.2 Princípio do *ne bis in idem*

O princípio do *ne bis in idem* foi criado expressamente como inderrogável somente sob a Convenção Européia sobre Direitos Humanos e, então, somente com relação a processos criminais em curso no mesmo país (vide artigo 4º do Protocolo no. 7 da Convenção). De acordo com o artigo 4(1) do Protocolo:

“Ninguém será responsabilizado, processado ou punido novamente em processos criminais, sob a jurisdição do mesmo Estado, por um crime pelo qual tenha sido finalmente absolvido ou condenado de acordo com as leis e o procedimento penal daquele Estado”.

Os processos podem, todavia, ser desarquivados em determinadas condições “se houver evidência da descoberta de novos fatos ou se houver um vício fundamental no processo anterior, o qual poderia afetar o julgamento do caso” (art. 4(2) do Protocolo No. 7).

A Corte Européia de Direitos Humanos concluiu que o Princípio do *ne bis in idem* foi violado no caso *Gradinger x Áustria*. O réu foi condenado primeiramente por homicídio pela Corte Regional da Áustria por negligência ao dirigir um carro e

<sup>98</sup> Eur. Court HR, Caso: Kokkinakis x Grécia, decisão proferida em 25 de maio de 1993, Série A, no. 260-A, pág. 22, parágrafo 52.

<sup>99</sup> Eur. Court HR, Caso: G. x França, decisão proferida em 27 de setembro de 1995, Série A, no. 325-B, pág. 38, parágrafos 24-27.

<sup>100</sup> Eur. Court HR, Caso: Welch x Reino Unido, decisão proferida em 9 de fevereiro de 1995, Série A, no. 307-A, pág. 14, parágrafo 35.

<sup>101</sup> *Ibidem*, pág. 7, parágrafo 9.

<sup>102</sup> *Ibidem*, pág. 7, parágrafos 9-10.

sentenciado a pagar uma multa. Além disso, uma autoridade distrital aplicou-lhe outra multa baseada na Legislação de Trânsito, por dirigir alcoolizado.<sup>103</sup> A Corte Regional, entretanto, concluiu que o réu não estava alcoolizado a ponto de causar tal acidente, de acordo com o disposto previsto no Código Criminal.<sup>104</sup>

O Princípio do *ne bis in idem* disposto no artigo 14(7) do Pacto Internacional é aplicável tanto para condenações quanto para absolvições, enquanto a disposição correspondente no artigo 8(4) da Convenção Americana limita-se somente a absolvições “por decisão inapelável”.

*Todos os indivíduos têm o direito de não serem responsabilizados por crime em virtude de ato ou omissão não tipificado como crime no momento em que foi cometido.*

*Na Europa, a proibição da aplicação retroativa da lei penal também significa que o crime deve ser claramente definido em lei e que esta não pode ser interpretada extensivamente, visando à desvantagem do acusado.*

*A lei internacional dos direitos humanos também proíbe a aplicação retroativa de penas em detrimento do condenado.*

*O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos garantem ainda o direito de um indivíduo julgado culpado beneficiar-se de uma pena mais leve vigente após o cometimento do crime.*

*O Princípio do **ne bis in idem** é inderrogável de acordo com a Convenção Européia sobre Direitos Humanos e protege contra dupla condenação em relação a processos instaurados em um Estado.*

*Esses direitos devem ser garantidos efetivamente em qualquer momento, inclusive em tempos de guerra ou qualquer outra emergência pública.*

### 3.8 Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica

O direito inderrogável de todas as pessoas ao reconhecimento de sua personalidade jurídica é expressamente garantido pelos artigos 16 e 4(2) do Pacto Internacional e artigos 3º e 27(2) da Convenção Americana. O direito de ser reconhecido por lei como pessoa é de importância fundamental, já que não somente a torna titular de

<sup>103</sup> *Eur. Court HR*, Caso: Gradinger x Áustria, decisão proferida em 23 de outubro de 1995, Série A, no. 328-C, pág. 55, parágrafos 7-9.

<sup>104</sup> *Ibidem*, pág. 55, parágrafo 8.

direitos e obrigações, como também lhe permite reivindicar seus direitos e liberdades perante cortes nacionais e outros órgãos competentes, permitindo, ainda, que a pessoa, em diversas instâncias, apresente queixas aos grupos de controle internacionais. A natureza fundamental do direito à personalidade jurídica, como uma precondição para o gozo e exercício dos direitos humanos, é reconhecida pela Convenção Americana, que logicamente a coloca antes do direito à vida.

\*\*\*\*\*

No contexto do artigo 16 do Pacto Internacional, o Comitê de Direitos Humanos exigiu que o Egito apresentasse informações sobre a condição legal dos Muçulmanos que se converteram a outra religião, visto que estavam “legalmente mortos” de acordo com o Código Muçulmano de Leis Religiosas.<sup>105</sup> O artigo 16 foi também analisado em um caso contra a Argentina relativo a uma criança, cujos pais estavam desaparecidos, que fora adotada por uma enfermeira. O Comitê não aceitou a alegação de que o direito da menina à personalidade jurídica tivesse sido, neste caso, violado, uma vez que a Corte Argentina “envidara esforços para estabelecer sua identidade e emitira seus papéis de identidade do modo apropriado”.<sup>106</sup> Na opinião da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por outro lado, a remoção de crianças, cujos pais estão desaparecidos, constitui violação a seu direito “de serem reconhecidas legalmente como pessoas” de acordo com o artigo 3º da Convenção Americana.<sup>107</sup>

*Todo ser humano tem o direito de ter reconhecida, a qualquer momento, sua personalidade jurídica. Nenhuma circunstância ou comportamento poderá justificar qualquer limitação a este direito fundamental.*

### 3.9 Direito à liberdade de pensamento, consciência e religião

O direito de todas as pessoas à liberdade de pensamento, de consciência e de religião – inclusive a liberdade de mudar de crença - são inderrogáveis sob artigo 18 do Pacto Internacional, lido em conjunto com o artigo 4(2), enquanto a liberdade de consciência e religião é inderrogável nas Américas, conforme previsto nos artigos 12 e 27(2) da Convenção Americana.

A essência desses direitos foi considerada no Capítulo 12 e não será, portanto, analisada neste contexto. Importante ressaltar, entretanto, que os artigos 18(3) do Pacto Internacional e o artigo 12(3) da Convenção Americana autorizam certas limitações sobre a liberdade de manifestar a religião ou crenças de alguns, limitações essas também lícitas em casos de emergência pública. Porém, mesmo durante essas situações graves de crise,

<sup>105</sup> UN doc. GAOR, A/39/40, pág. 57, parágrafo 301.

<sup>106</sup> Comunicação no. 400/1990, D.R. Mónaco de Gallichio, em seu próprio nome e em nome de sua neta X. Vicario (Opiniões adotadas em 3 de abril de 1995), em UN doc. GAOR, A/50/40 (vol. II), pág. 14, parágrafo 10.2.

<sup>107</sup> Estudo sobre a situação de menores, filhos de pessoas desaparecidas que foram separadas de seus pais, cuja educação é reivindicada por membros de suas legítimas famílias, em OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.74, doc. 10, rev. 1, Relatório Anual da Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos, 1987-1988, pág. 340.

o Princípio da Legalidade deverá ser respeitado, pois as limitações devem estar “prescritas em lei” e são “necessárias para proteger a segurança pública, ordem, saúde, moral ou os direitos e liberdades (fundamentais) dos outros indivíduos”.<sup>108</sup> Limitações ao direito de manifestar a liberdade de pensamento, consciência e religião de alguns não devem, portanto, ser impostas por qualquer outra razão, mesmo em conflitos armados ou outras situações graves de crise.<sup>109</sup>

*De acordo com o Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Cíveis e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião deverá ser garantido a qualquer momento, não podendo ser derogado em nenhuma circunstância.*

*Em tempos de guerra ou outra emergência pública, o direito de manifestar a religião e a crença de alguns deve ser determinado exclusivamente por disposições ordinárias de limitação.*

### **3.10 Direito de não ser encarcerado arbitrariamente por descumprimento de obrigação contratual**

O direito de não ser “encarcerado arbitrariamente por descumprimento de obrigação contratual” é garantido pelo artigo 11 do Pacto Internacional e é inderrogável, conforme dispõe o artigo 4(2). Com respeito ao Gabão, o Comitê de Direitos Humanos expressou “preocupação com a prática de prender pessoas por dívidas civis, o que viola o artigo 11 do Pacto”. O Estado-parte foi avisado de que deve abolir o encarceramento por dívidas.<sup>110</sup> O Comitê também questionou a razão pela qual o Governo de Madagascar “não revogou o decreto que aprovara o encarceramento por descumprimento de obrigação contratual”, o que estava em desconformidade com o artigo 11.<sup>111</sup> Em outras palavras, este direito deve ser assegurado em todos os Estados a qualquer tempo, independentemente do estado de desenvolvimento do país em questão.

*O direito de não ser encarcerado por descumprimento de obrigação contratual deve ser garantido pelos Estados a qualquer tempo, inclusive em tempos de guerra ou emergência pública.*

<sup>108</sup> O artigo 18(3) do Pacto Internacional inclui o termo “fundamental”, porém o artigo 12(3) da Convenção Americana não inclui esse termo.

<sup>109</sup> Vide também Comentário Geral no. 29 do Comitê dos Direitos Humanos, em *UN doc. GAOR, A/56/40* (vol. I), pág. 204, parágrafo 7º.

<sup>110</sup> *UN doc. GAOR, A/56/40* (vol. I), pág. 44, parágrafo 15.

<sup>111</sup> *UN doc. GAOR, A/46/40*, pág. 134, parágrafo 544.

### 3.11 Direitos da família

Os direitos da família são considerados inderrogáveis apenas pela Convenção Americana (artigo 27(2) lido em conjunto com o artigo 17). De acordo com o artigo 17(1), “a família é a unidade de grupo natural e fundamental da sociedade, tendo o direito à proteção pela sociedade e pelo Estado”. Este artigo também garante “o direito do homem e da mulher, atingindo a idade de casamento, se casarem e constituírem família” (art. 17(2)) e estipula que “nenhum casamento poderá ser realizado sem que haja o livre consentimento dos cônjuges” (art. 17(3)). Isto também impõe um dever aos Estados-parte de “tomar as devidas providências para assegurar a igualdade de direitos e o equilíbrio adequado da responsabilidade dos cônjuges na celebração do casamento, na constância deste e em caso de sua dissolução” e, por fim, impõe que “a lei deve reconhecer direitos iguais para crianças nascidas fora ou dentro do casamento” (art 17(5)).

Embora o direito da família, conforme previsto no artigo 23 do Pacto Internacional e artigo 12 da Convenção Européia, não tenha sido considerado como inderrogável, é difícil compreender o motivo pelo qual, em caso de emergência pública, sua derrogação seria estritamente necessária. Os direitos que correspondem a estes contidos no artigo 17 da Convenção Européia são também reconhecidos no artigo 16 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, acordo esse que não traz disposições sobre derrogação.

*Os direitos da família, inclusive o direito do homem e da mulher se casarem mediante livre consentimento e o direito de constituir família foram considerados inderrogáveis nos termos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e deverão ser protegidos a qualquer tempo.*

### 3.12 Direito ao nome

O direito ao nome é garantido pelo artigo 18 da Convenção Americana, de acordo com o que “toda pessoa tem o direito a um nome dado e ao sobrenome de seus pais ou de um deles. A lei deve regular o modo pelo qual este direito será assegurado a todos, pelo uso de nomes presumidos, se necessário”. A Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos expressou seu ponto de vista relativo a crianças menores de pais desaparecidos, as quais tiveram negado o direito à identidade e ao nome, em virtude da sua separação de seus pais, resultando em violação ao artigo 18.<sup>112</sup>

O direito ao nome não é expressamente garantido pelo Pacto Internacional ou pela Convenção Européia, mas é reconhecido pelos artigos 7º e 8º da Convenção sobre os Direitos da Criança. Esta Convenção não possui disposições sobre derrogação, sendo

<sup>112</sup> Estudo sobre a situação de menores, filhos de pessoas desaparecidas que foram separadas de seus pais, cuja educação é reivindicada por membros de suas legítimas famílias, em *OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.74, doc. 10, rev. 1, Relatório Anual da Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos, 1987-1988, pág. 340.*

ressaltado pelo Comitê de Direitos Humanos que, “como indica claramente o artigo 38 da Convenção, é aplicável em situações de emergência”.<sup>113</sup> De acordo com o artigo 38(1) da Convenção sobre os Direitos da Criança, “os Estado-parte encarregam-se de respeitar e assegurar o respeito pelas regras da lei internacional humanitária aplicáveis à criança em conflitos armados que sejam relevantes para ela.”

*O direito de toda pessoa a um nome, de acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e o direito de todas as crianças a um nome de acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança, deve ser garantido a qualquer tempo, inclusive em tempos de guerra ou qualquer outro estado de emergência pública.*

### 3.13 Direitos da criança

Nos termos do Artigo 19 da Convenção Americana, “toda criança tem o direito a medidas de proteção requeridas pela sua condição de menor de idade por parte de sua família, da sociedade e do Estado”. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos considera que afastar uma criança de seus pais desaparecidos é equivalente a uma violação dos termos desse Artigo.<sup>114</sup> A Comissão também concluiu que o referido Artigo foi violado quando as Forças Armadas do Peru mantiveram quatro crianças do antigo Presidente Garcia sob prisão domiciliar por vários dias, constituindo uma violação do dispositivo.<sup>115</sup>

O direito da criança a medidas especiais de proteção é também garantido pelo Artigo 24 do Pacto Internacional, incluindo o direito de “ser registrado imediatamente após o nascimento”, o direito ao nome e o direito à nacionalidade. Essa disposição não é inderrogável *expressis verbis*, porém o dever de conceder proteção especial aos menores é muito significativo nos dias de hoje, em tempos de turbulência social.

Dentre as diversas disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança que impõem deveres aos Estados de adotar medidas especiais de proteção à criança, referência especial deve ser feita ao Artigo 19, que exige que os Estados adotem medidas de proteção das crianças com relação a “formas de violência física ou mental”, e o Artigo 34, que exige que sejam “adotadas todas as medidas nacionais, bilaterais e multilaterais” para prevenir a exploração sexual e abusos sobre crianças. Como a Convenção não possui normas sobre revogação, há uma presunção em favor de sua aplicação em quaisquer situações, inclusive em situações de emergência. De qualquer forma, todas as formas de tratamento inadequado, físico ou mental, de uma criança, cometidas ou toleradas pelo

<sup>113</sup> Comentário Geral no. 29, em *UN doc. GAOR, A/56/40* (vol. I), pág. 208, nota de rodapé “e”.

<sup>114</sup> Estudo sobre a situação de menores, filhos de pessoas desaparecidas que foram separadas de seus pais, cuja educação é reivindicada por membros de suas legítimas famílias, em *OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.74*, doc. 10, rev. 1, Relatório Anual da Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos, 1987-1988, pág. 340c

<sup>115</sup> Relatório no. 1/95, Processo no. 11.006 x Peru, 7 de fevereiro de 1995, em *OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.88*, doc. 9 rev., Relatório Anual da Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos, 1994, pág. 101.

Estado incluem-se na proibição geral da tortura e outras formas não aceitáveis de tratamento.

*O direito da criança a medidas de proteção especial foi estabelecido de maneira irrevogável nas Américas.*

*A criança tem o direito à proteção total e eficaz de seus direitos inalienáveis, e medidas especiais devem ser adotadas a qualquer tempo, inclusive em tempos de guerra ou outros casos de emergência pública, a fim de proteger a criança contra quaisquer formas de maus tratos e exploração.*

### 3.14 Direito à nacionalidade

Nos termos do Artigo 20(1) e (2) da Convenção Americana, “toda pessoa tem o direito à nacionalidade” e “toda pessoa tem o direito à nacionalidade do Estado em cujo território nasceu, caso não tenha direito a outra nacionalidade”. O Artigo 20(3) estabelece que “ninguém será arbitrariamente impedido de ter sua nacionalidade ou do direito a mudá-la”. Sob o Pacto Internacional, somente a criança tem direito à nacionalidade (cf. artigo 24(3) do Pacto e subseção 3.13 supra).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos “definiu nacionalidade como o vínculo político e jurídico entre a pessoa e determinado Estado, que os une com seus vínculos de aliança e lealdade, dando-lhe o direito à proteção diplomática daquele Estado”.<sup>116</sup> Nesse sentido, porém, “a lei internacional impõe certos limites aos amplos poderes detidos pelos Estados e a nacionalidade é hoje percebida como incluindo a jurisdição do Estado, bem como as questões relativas aos direitos humanos”.<sup>117</sup>

Com relação aos poderes excepcionais do Presidente do Chile, de privar os chilenos de sua nacionalidade em estado de emergência durante a ditadura militar dos anos 70, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos estipulou que considerando que todas as emergências são transitórias por natureza, não seria possível aceitar “como possível ou necessária a adoção de medidas de natureza irreversível, que afetem os cidadãos e suas famílias pelo resto de suas vidas”.<sup>118</sup>

*O direito à nacionalidade é irrevogável nas Américas e, portanto, deve ser garantido a qualquer tempo.*

<sup>116</sup> *I-A Court HR*, Caso: Castillo Petruzzi, decisão proferida em 30 de maio de 1999, Série C, no. 52, pág. 182, parágrafo 99.

<sup>117</sup> *Ibidem*, pág. 183, parágrafo 101.

<sup>118</sup> *OAS doc.* OEA/Ser.L/V/II.40, doc. 10, Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos – 3º Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Chile (1977), pág. 80, parágrafo 8º.

### 3.15 Direito de participação no governo

O Artigo 23 da Convenção Americana garante o direito de todo cidadão a:

- “Participar na condução dos assuntos públicos, diretamente ou através de representantes eleitos livremente” – artigo 23(1)(a);
- “Votar e ser votado em períodos eleitorais autênticos, que deverão ser por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores” – artigo 23(1)(b); e
- “Ter acesso, sob condições gerais de igualdade, ao serviço público de seu país” – artigo 23(1)(c).

O Artigo 23(2) torna possível regular o exercício desses direitos, porém, “somente com base na idade, nacionalidade, residência, idioma, educação, capacidade civil e mental, ou sentença de juízo competente em processo crime”. A inclusão do direito de participar no governo entre os direitos inderrogáveis do Artigo 27(2) da Convenção Americana é uma expressão da convicção dos Estados americanos da importância fundamental da manutenção da ordem democrática e constitucional para o fim de atingir as exigências de situações de emergência. Os direitos correspondentes no Artigo 25 do Pacto Internacional não foram estabelecidos como não revogáveis. O mesmo aplica-se aos direitos mais limitados contidos no Artigo 3º do Protocolo No. 1 da Convenção Europeia.

*O direito de participar no governo deve ser garantido a qualquer tempo nas Américas, inclusive em situações de emergência pública que ameacem a independência ou segurança dos Estados- parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.*

### 3.16 Direitos inderrogáveis e direito à proteção judicial e processual eficaz

Para assegurar a total e eficaz proteção dos direitos inderrogáveis em situações de emergência, não é suficiente tornar esses direitos inderrogáveis per se: ***esses direitos devem, além do mais, estar acompanhados, a qualquer tempo, de remédios eficazes para as alegadas vítimas de violações desses direitos.*** No Comentário Geral no. 29 ao Artigo 4º do Pacto Internacional, o Comitê de Direitos Humanos determinou que:

“É inerente à proteção de direitos explicitamente reconhecidos como inderrogáveis no Artigo 4º, parágrafo 2º, que eles estejam assegurados por garantias processuais, inclusive garantias judiciais.

As disposições do Pacto relacionadas a salvaguardas processuais não podem sujeitar-se a medidas que afastem a proteção de direitos inalienáveis. O Artigo 4º não pode ser utilizado de forma que resulte em revogação de direitos inalienáveis. Assim por exemplo, como o Artigo 6º do Pacto é inderrogável em sua totalidade, qualquer julgamento que resulte na imposição de pena de morte durante um estado de emergência deve cumprir as normas do Pacto, inclusive todos os requisitos dos Artigos 14 e 15.”<sup>119</sup>

Com relação aos Princípios de Legalidade e do Estado de Direito, o Comitê expressa que:

**“16. As salvaguardas relativas à derrogação, conforme contidas no Artigo 4º do Pacto, estão baseadas no Princípio da Legalidade e Princípio do Estado de Direito inerentes ao Pacto como um todo.** Como certos elementos do direito ao devido processo estão explicitamente garantidos sob a legislação internacional humanitária durante conflitos armados, o Comitê não encontrou justificativa para a revogação desses direitos durante estados de emergência. **O Comitê é da opinião que o Princípio da Legalidade e o Princípio do Estado de Direito exigem que requerimentos fundamentais de processo justo sejam respeitados durante estados de emergência.** Somente um tribunal pode julgar e condenar uma pessoa por um crime. A presunção de inocência deve ser respeitada. A fim de proteger os direitos inderrogáveis, o direito de iniciar um processo perante um juízo a fim de permitir que a Corte decida sem demora sobre a legalidade da detenção de uma pessoa não pode ser afetado pela decisão de um Estado-parte do Pacto de derrogar o referido direito.”<sup>120</sup>

\*\*\*\*\*

Além de incluir uma lista longa de direitos que não podem, sob nenhuma circunstância, ser revogados, o Artigo 27(2) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos torna inderrogáveis as “garantias judiciais essenciais para a proteção desses direitos”. Essa frase, que teve destaque especial na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi adotada pela Conferência Especializada Interamericana de 1969 em resposta à proposta dos Estados Unidos.<sup>121</sup>

Com relação ao significado do termo “garantias judiciais essenciais para a proteção de direitos inderrogáveis, a Corte Interamericana sustentou que:

---

<sup>119</sup> UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 206, parágrafo 15.

<sup>120</sup> *Ibidem*, pág. 206, parágrafo 16; grifos nossos.

<sup>121</sup> OAS doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, *Conferencia Especializada Inter-Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica*, 7-22 de novembro de 1969, *Actas y Documentos*, pág. 448.

“As garantias destinam-se a proteger, assegurar ou afirmar um direito ou seu exercício. Os Estados-parte não têm apenas a obrigação de reconhecer, mas também respeitar os direitos e liberdades das pessoas, tendo também a obrigação de proteger e assegurar o exercício desses direitos e liberdades por meio das respectivas garantias (art. 1.1), i. e. através de medidas adequadas que em quaisquer circunstâncias assegurem a eficácia desses direitos e liberdades.”<sup>122</sup>

Qualquer que seja a determinação judicial sobre os remédios judiciais essenciais para a proteção dos direitos que não podem ser suspensos dependerá dos direitos em questão. A garantia judicial ‘essencial’ necessária para assegurar os direitos à integridade física do indivíduo deve diferir daqueles que procuram proteger o direito ao nome, por exemplo, que também é inderrogável.<sup>123</sup> Decorre disso que os remédios judiciais “essenciais” dentro do conceito do Artigo 27(2) “são aqueles que normalmente garantiriam efetivamente o exercício total dos direitos e liberdades protegidos sob o dispositivo e cuja negação ou restrição colocaria em perigo seu exercício pleno”.<sup>124</sup>

Contudo:

“As garantias precisam ser não somente *essenciais* senão também *judiciais*. O termo ‘judicial’ deve referir-se aos remédios judiciais que sejam realmente capazes de proteger esses direitos. Implícito nesse conceito está o envolvimento ativo de um Poder Judiciário independente e imparcial com poderes para julgar a legalidade das medidas adotadas em estado de emergência.”<sup>125</sup>

Assim, a Corte deve decidir se as garantias contidas nos Artigos 25(1) e 7(6) da Convenção “devem ser interpretados como dentro daquelas ‘garantias judiciais’ que são ‘essenciais’ à proteção dos direitos inderrogáveis”.<sup>126</sup> O Artigo 25(1) da Convenção Americana estabelece:

“Todos têm o direito de recurso ou qualquer outro recurso eficaz perante uma corte ou tribunal competente visando à proteção contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição ou as leis do estado em questão ou por esta Convenção, mesmo que tal violação tenha sido praticada por pessoas atuando no desempenho de suas funções oficiais.”

---

<sup>122</sup> *I-A Court HR*, Opinião OC-8/87 de 30 de janeiro de 1987, Habeas Corpus em Situações de Emergência (arts. 27(2), 25(1) e 7(6) Convenção Americana sobre Direitos Humanos), Série A, no. 8, págs. 40-41, parágrafo 25.

<sup>123</sup> *Ibidem*, pág. 41, parágrafo 28.

<sup>124</sup> *Ibidem*, pág. 42, parágrafo 29.

<sup>125</sup> *Ibidem*, pág. 42, parágrafo 30; grifos nossos.

<sup>126</sup> *Ibidem*, pág. 42, parágrafo 31.

O Artigo 7(6) prevê:

“Quem quer que tenha sido privado de sua liberdade terá direito a recurso perante o juízo competente a fim de que essa Corte possa decidir prontamente sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordenar sua liberação se a prisão ou detenção for ilegal. Nos Estados-parte em que suas leis estabelecem que aquele que acredita estar sob ameaça de privação de liberdade tem direito a recurso a juízo competente para que seja definida a legalidade dessa ameaça, tal remédio não pode ser limitado ou abolido. A parte interessada, ou outra pessoa em seu lugar, terá direito a esses remédios.”

No que tange ao Artigo 25(1), a Corte concluiu que esse dispositivo “expressa o instituto processual conhecido como ‘amparo’, o qual é simples e rápido como remédio destinado a proteger todos os direitos reconhecidos pelas constituições e as leis dos Estados-parte e pela Convenção.” Claramente, “pode-se também aplicar àqueles que são expressamente mencionados no Artigo 27(2) como direitos inderrogáveis em situações de emergência”.<sup>127</sup> O Artigo 7(6) foi um dos componentes do instituto denominado “amparo” protegido pelo Artigo 25(1).<sup>128</sup> Sobre a importância do *habeas corpus* na proteção dos direitos da pessoa à vida e à integridade física, a Corte estabeleceu:

“35. Para que seja possível o *habeas corpus*, cujo objetivo é a obtenção de uma decisão judicial sobre a legalidade de uma detenção, é necessário que a pessoa detida compareça perante um juízo competente com jurisdição sobre a mesma pessoa. Aqui, o *habeas corpus* tem o papel vital de assegurar que a vida e a integridade física da pessoa sejam respeitadas, impedindo seu desaparecimento ou manutenção em lugar desconhecido ou secreto, e de protegê-la de tortura ou tratamento cruel, desumano, ou punição ou tratamento degradante.

36. Essa conclusão é dada pelas realidades que têm sido experimentadas por certas pessoas desse hemisfério nas últimas décadas, particularmente desaparecimentos, torturas e assassinatos cometidos ou tolerados por alguns governos. Essa experiência tem demonstrado que o direito à vida e ao tratamento humano são ameaçados cada vez que o direito ao *habeas corpus* é total ou parcialmente suspenso.”<sup>129</sup>

A Corte, portanto, concluiu “que o *habeas corpus* e o ‘amparo’ estão entre aqueles remédios judiciais que são essenciais à proteção dos diversos direitos cuja

---

<sup>127</sup> *Ibidem*, págs. 42-43, parágrafo 32.

<sup>128</sup> *Ibidem*, pág. 44, parágrafo 34.

<sup>129</sup> *Ibidem*, pág. 44, parágrafos 35-36.

revogação está proibida pelo Artigo 27(2) e que serve para preservar a legalidade na sociedade democrática”.<sup>130</sup>

Com relação ao Artigo 25(1) da Convenção, a Corte decidiu que a ausência de um remédio eficaz contra a violação de um direito garantido pela Convenção constitui violação à Convenção. Deve existir um remédio “realmente eficaz” e quando se prova que é “ilusório por causa das condições gerais que prevalecem no país, ou mesmo nas circunstâncias particulares de determinado caso, [ele] não pode ser considerado eficaz”.<sup>131</sup> Em “circunstâncias normais”, essas conclusões “são válidas com respeito a todos os direitos reconhecidos pela Convenção”. Contudo, a visão da Corte é no sentido de que:

“deve se entender que a declaração de estado de emergência – qualquer que seja a extensão ou definição na lei interna – não pode resultar na eliminação ou ineficácia das garantias judiciais que a convenção exige de cada Estado-parte de proteger os direitos não sujeitos à derrogação ou suspensão pelo estado de emergência.”<sup>132</sup>

Além disso, de acordo com a Corte, “o conceito de devido processo legal expresso no Artigo 8º da Convenção deve ser entendido como aplicável a todas as garantias judiciais referidas na Convenção Americana, inclusive durante a suspensão regida pelo Artigo 27 da Convenção.”<sup>133</sup> Uma leitura do Artigo 8º junto com os Artigos 7(6), 25 e 27(2) da Convenção

“nos leva à conclusão de que os princípios do devido processo legal não podem ser suspensos em estados de exceção, pois são eles condições necessárias para que os institutos processuais regulados pela Convenção possam ser considerados garantias judiciais. Este resultado é ainda mais claro com relação ao *habeas corpus* e ao amparo, que são indispensáveis para a proteção dos direitos humanos não sujeitos à derrogação.”<sup>134</sup>

Num parágrafo que resume bem suas conclusões básicas sobre a questão das garantias judiciais, a Corte sustenta que:

“as garantias judiciais essenciais para a proteção dos direitos humanos não sujeitos à derrogação, nos termos do Artigo 27(2) da Convenção, são aqueles que a Convenção destaca nos Artigos 7(6) e 25(1), considerados dentro do marco legal e dos princípios do Artigo 8º, e também aqueles necessários a preservação da regra

---

<sup>130</sup> *Ibidem*, pág. 48, parágrafo 42; grifos nossos.

<sup>131</sup> *I-A Court HR*, Opinião OC-9/87 de 6 de outubro de 1987, Garantias Judiciais em Estados de Emergência (arts. 27(2), 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), Série A, No. 9, pág. 33, parágrafo 24.

<sup>132</sup> *Ibidem*, págs. 33-34, parágrafo 25.

<sup>133</sup> *Ibidem*, pág. 35, parágrafo 29.

<sup>134</sup> *Ibidem*, pág. 35, parágrafo 30.

legal, mesmo durante o estado de exceção que resulta da suspensão de garantias.”<sup>135</sup>

Estes critérios interpretativos foram posteriormente aplicados no caso *Neira Alegría e outros*, onde a Corte concluiu que o Peru teria, em detrimento de três pessoas, violado o direito ao *habeas corpus* garantido pelo Artigo 7(6) em relação à proibição do Artigo 27(2) da Convenção Americana. Neste caso “o controle e a jurisdição das forças armadas sobre a Prisão de San Juan Bautista traduziu-se numa suspensão implícita da ação de *habeas corpus*, em virtude da aplicação dos Decretos Supremos que impunham o estado de emergência e o estado de Zona Militar Restrita.”<sup>136</sup> A condução de um motim na prisão em questão resultou na morte de inúmeros prisioneiros. O processo de *habeas corpus* foi requerido em nome do Sr. Neira-Alegría e dois outros prisioneiros que desapareceram no motim. Os pedidos de *habeas corpus* foram, contudo, denegados com base na presunção de **que** os prisioneiros não provaram o desaparecimento, **que** os incidentes foram investigados pelas cortes militares **e que** “tais ocorrências estavam fora do escopo sumário do pedido de *habeas corpus*”.<sup>137</sup>

*Em direitos humanos internacionais, o Princípio da Legalidade e o Princípio do Estado de Direito devem ser garantidos a qualquer tempo, inclusive em casos de situação de emergência pública que ameacem a vida da nação (Pacto Internacional e Convenção Européia) ou a segurança ou autonomia do Estado (Convenção Americana). Isso significa que numa ordem constitucional que respeita os direitos humanos e as liberdades fundamentais, a lei rege a conduta do Estado e dos indivíduos.*

*Os direitos inderrogáveis devem ser protegidos de forma eficaz nessas situações de emergência.*

*Nesse sentido, os Estados devem sempre colocar à disposição **remédios eficazes internamente** que permitam às vítimas a reivindicação de seus direitos perante as cortes locais ou outras autoridades independentes e imparciais. Nenhuma medida derogante, por mais legítima que possa ser, poderá deteriorar a eficácia desses remédios.*

*O direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial é absoluto sob o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, nos casos em que os procedimentos criminais possam resultar na imposição de **penas capitais**. Tais procedimentos devem, a qualquer*

<sup>135</sup> *Ibidem*, pág. 39, parágrafo 38.

<sup>136</sup> *I-A Court HR*, Caso: Neira Alegría e outros, decisão proferida em 19 de janeiro de 1995, *OAS doc.* OAS/Ser.L/V/III.33, doc. 4, Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos 1995, pág. 60, parágrafo 84.

<sup>137</sup> *Ibidem*, pág. 59, parágrafo 79. Sobre a violação dos artigos 7(6) e 25 da Convenção Americana, vide *I-A Court HR*, Caso: Suárez Rosero, decisão proferida em 12 de novembro de 1997, Série C, no. 35, págs. 72-75, parágrafos 57-66.

*tempo, respeitar a garantia ao devido processo legal contida no Artigo 14 do Pacto, que é nesse sentido inderrogável. Eles devem também ser coerentes com a proibição de aplicação retroativa da lei criminal definida nas disposições inderrogáveis do Artigo 15 do Pacto.*

*Na esfera americana, os remédios locais que assegurem o pleno gozo dos direitos inderrogáveis devem ser de natureza **judicial**, tais como o **habeas corpus** e o **amparo**, e os procedimentos relativos devem respeitar os **princípios do devido processo legal**. Esses princípios são, nesse sentido, também inderrogáveis sob a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.*

## 4. Direitos Derrogáveis e Condições de Estrita Necessidade

O artigo 4(1) do Pacto Internacional e o artigo 15(1) da Convenção Européia estabelecem o Princípio da Proporcionalidade Estrita, o qual significa que, em caso de emergência pública que ameace a existência da nação, o Estado derogante deverá tomar medidas que derroguem suas obrigações legais, apenas “na medida estritamente requerida pelas exigências da situação”. De acordo com o artigo 27(1) da Convenção Americana, o Estado interessado deve tomar tais medidas somente “na medida e pelo tempo estritamente requeridos pelas exigências da situação”. Entretanto, conforme será demonstrado a seguir, a especificação do elemento tempo no artigo 27(1) não acrescenta substância ao que já está contido na condição de estrita necessidade prevista pelos artigos 4(1) do Pacto e 15(1) da Convenção Européia. Por fim, o artigo 30 da Carta Social Européia de 1961 e o artigo F da Carta Social Européia de 1996 (Revisada) estipulam que quaisquer medidas derogatórias tomadas deverão limitar-se “à medida estritamente requerida pelas exigências da situação”.

## 4.1 Abordagem geral de interpretação

### 4.1.1 Artigo 4(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

O Comitê de Direitos Humanos observou que o princípio da estrita proporcionalidade é “um requisito fundamental para quaisquer medidas derogatórias do Pacto” e que tal requisito refere-se “à duração, cobertura geográfica e extensão material do estado de emergência e quaisquer medidas derogatórias utilizadas em razão da emergência. A derrogação de algumas obrigações do Pacto sobre situações de emergência é claramente distinta das restrições ou limitações previstas, mesmo em tempos normais, nas diversas disposições do Pacto. Contudo, a obrigação de limitar quaisquer derrogações àquelas estritamente requeridas pelas exigências da situação reflete o Princípio da Proporcionalidade, que é comum aos poderes de derrogação e limitação.”<sup>138</sup> Além disso, o Comitê enfatizou que:

“O mero fato de uma derrogação permissível de disposição específica poder ser justificada pelas exigências da situação não elimina o requisito de que medidas específicas tomadas em consequência da derrogação devem também demonstrar que são requeridas pelas exigências da situação. Na prática, isso assegura que nenhuma disposição do Pacto, apesar de validamente derogada, seja inteiramente inaplicável ao comportamento do Estado-parte”.<sup>139</sup>

Além disso, a enumeração de direitos inderrogáveis no artigo 4(2) não justifica, mesmo quando exista uma ameaça à existência da nação, um argumento contrário ao efeito de que derrogações ilimitadas de direitos não contidos em tal disposição são permissíveis, uma vez que, “a obrigação legal de estreitar todas as derrogações àquelas estritamente requeridas pelas exigências da situação estabelece, tanto para os Estados-parte quanto para o Comitê, o dever de conduzir uma análise cuidadosa de todos os artigos do Pacto, baseada em uma avaliação objetiva da atual situação.”<sup>140</sup>

Tal afirmação deixa claro que o Comitê fará sua própria análise da estrita necessidade de quaisquer medidas derogatórias tomadas. O Comitê, desta forma, confirma a visão adotada no caso *Landinelli Silva e outros*, considerada no início de seu trabalho. Apesar de os fatos de tal caso, que envolveu drásticas limitações aos direitos políticos de membros de certos grupos políticos, não serem considerados nos termos do

---

<sup>138</sup> Comentário Geral no. 29, em *UN doc. GAOR, A/56/40* (vol. I), pág. 203, parágrafo 4.

<sup>139</sup> *Ibidem*

<sup>140</sup> *Ibidem*, pág. 203, parágrafo 6º.

artigo 4º do Pacto, o Comitê realizou um exame hipotético da estrita necessidade das medidas impugnadas caso uma situação de emergência existisse no Uruguai.<sup>141</sup>

O Comitê, em várias ocasiões, levantou dúvidas acerca da compatibilidade com a condição de estrita proporcionalidade, quando considerados relatórios periódicos de Estados-parte. Por exemplo, expressou “profunda preocupação com o contínuo estado de emergência predominante em Israel, o qual é corrente desde sua independência” e recomendou “que o Governo revisasse a necessidade da contínua renovação do estado de emergência, buscando limitar, o tanto quanto possível, seu alcance e aplicabilidade territorial, bem como a derrogação associada de direitos”. O Comitê lembrou, em particular, que alguns artigos nunca serão derogados e que outros deverão apenas “ser limitados na medida estritamente requerida pelas exigências da situação”.<sup>142</sup> A Espanha e o Reino Unido, entre outros países, têm sido criticados pelo uso prolongado e excessivo de medidas de emergência. No caso da Espanha, o Comitê se preocupou, por exemplo, com “a suspensão dos direitos de suspeitos terroristas nos termos do artigo 55 (2) da Constituição e com o fato de que as circunstâncias originaram as disposições previstas na legislação de emergência permanente”. No caso do Reino Unido, o Comitê manifestou-se sobre “os poderes excessivos desfrutados pela política de leis antiterroristas” na Irlanda do Norte, sobre “as regras liberais acerca do uso de armas de fogo pela polícia” e sobre “as diversas medidas emergenciais e sua prolongada aplicação”.<sup>143</sup>

Estes poucos exemplos mostram que o Comitê está claramente preocupado com a extensão *territorial*, *temporal* e *material* de quaisquer medidas emergenciais tomadas pelos Estados-parte.

#### 4.1.2 Artigo 27(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Em sua opinião consultiva sobre o *habeas corpus* em situações de emergência, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que:

“Como o artigo 27(1) [da Convenção] prevê diferentes situações e como, além disso, as medidas que devam ser tomadas em cada uma destas emergências precisam ser adaptadas às ‘exigências da situação,’ está claro que aquilo que é permissível em um tipo de emergência não será lícito em outro. A legalidade das medidas tomadas para lidar com cada situação especial prevista no artigo 27(1) dependerá, além disso, do caráter, intensidade, abrangência e

---

<sup>141</sup> Comunicação no. R.8/34, J. Landinelli Silva e outros (Opiniões adotadas em 8 de abril de 1981), em *UN doc. GAOR*, A/36/40, pág. 133, parágrafo 8.4.

<sup>142</sup> *UN doc. GAOR*, A/53/40, pág. 47, parágrafo 307.

<sup>143</sup> *UN doc. GAOR*, A/46/40, pág. 45, parágrafo 183 (Espanha), e pág. 102, parágrafo 411 (Reino Unido)

contexto particular da emergência, bem como correspondente proporcionalidade e razoabilidade das medidas.”<sup>144</sup>

O direito de recorrer a medidas derogatórias nos termos do artigo 27 é, em outras palavras, uma ferramenta flexível para lidar com situações de emergência, ferramenta essa que pretende trazer de volta a normalidade à comunidade. Disso resulta que derrogações de artigos que não podem ser instrumentais para restaurar a paz, a ordem e a democracia, não são lícitas nos termos da Convenção.

Na opinião consultiva acima mencionada, a Corte Interamericana também estabeleceu que ações tomadas por autoridades públicas “devem ser especificadas com precisão no decreto que promulgar o estado de emergência” e que qualquer ação fora dos limites daquilo estritamente requerido para lidar com a emergência “também seria ilícita, não obstante a existência da situação de emergência”.<sup>145</sup> A Corte, então, ressaltou que, uma vez que é inadequado suspender garantias sem o cumprimento das seguintes condições,

“39. (...) as medidas específicas aplicáveis aos direitos e liberdades que foram suspensos poderão também não violar estes princípios gerais. Essa violação ocorreria, por exemplo, se as medidas tomadas infringissem o regime jurídico do estado de emergência, se perdurassem mais tempo que o limite especificado, se fossem manifestadamente irracionais, desnecessárias ou desproporcionais ou se, ao adotá-las, houvesse abuso de poder ou uso indevido.

40. Depreende-se, então, que em um sistema governado pelas regras de direito, uma ordem judicial autônoma e independente pode exercer o controle sobre a legalidade das referidas medidas, verificando, por exemplo, se uma detenção fundamentada na privação da liberdade pessoal está de acordo com a legislação autorizada pelo estado de emergência. Neste contexto, o *habeas corpus* adquire uma nova dimensão de fundamental importância.”<sup>146</sup>

### 4.1.3 Artigo 15(1) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos

A Corte Européia sobre Direitos Humanos examinou a coerência das medidas derogatórias com a condição de serem “estritamente requeridas pelas exigências

---

<sup>144</sup> *I-A Court HR*, Opinião OC-8/87, 30 de janeiro de 1987, Habeas Corpus em Situações de Emergência (arts. 27(2), 25(1) e 7(6) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), Série A, no. 8, pág. 39, parágrafo 22.

<sup>145</sup> *Ibidem*, pág. 46, parágrafo 38.

<sup>146</sup> *Ibidem*, pág. 46, parágrafos 39-40.

da situação”, em relação ao uso de poderes especiais de prisão e detenção.<sup>147</sup> De acordo com a jurisprudência, porém, uma “ampla margem de apreciação” deveria ser deixada às autoridades nacionais, não somente para determinar se o Estado está enfrentando uma “emergência pública que ameace a existência da nação”, mas também decidir sobre “a natureza e o objetivo das derrogações necessárias para evitá-la.”<sup>148</sup> Contudo,

“As partes contratantes não desfrutam de um poder ilimitado de apreciação. A Corte deverá regulamentar se, entre outras coisas, os Estados foram além do alcance estritamente requerido pelas exigências da crise. A margem doméstica de apreciação é, portanto, acompanhada de uma supervisão europeia... [sic] Ao mesmo tempo, ao exercer seu poder de supervisão, a Corte deverá considerar, de forma apropriada, esses fatores relevantes, tais como a natureza dos direitos afetados pela derrogação, as circunstâncias que levaram à situação de emergência e sua duração.”<sup>149</sup>

Após prestar especial atenção nos argumentos defendidos pelos Governos em favor das derrogações, a Corte deverá examinar detalhadamente, como demonstrado abaixo, a questão da alegada necessidade de medidas derogatórias, incluindo a questão das salvaguardas contra abusos.

*Derrogações de obrigações de direitos humanos não deverão ir além do que é estritamente requerido pelas exigências da situação. Isso significa que as medidas relevantes deverão ser cuidadosamente tomadas de acordo com as “exigências da situação” em termos de sua aplicação territorial, contexto material e duração.*

*Medidas derogatórias tomadas além da condição de estrita necessidade são ilegais e deverão ser julgadas nos padrões legais aplicáveis em tempos normais.*

*Os órgãos internacionais de controle têm o direito e o dever de fazer seu próprio julgamento da estrita necessidade de uma medida derogatória tomada pelos Estados-parte.*

*Os Estados contratantes da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos possuem uma “ampla margem de apreciação” na*

<sup>147</sup> *Eur. Court HR*, Caso: Irlanda x Reino Unido, decisão proferida em 18 de janeiro de 1978, Série A, no. 25, pág. 79, parágrafo 211.

<sup>148</sup> *Eur. Court HR*, Caso: Irlanda x Reino Unido, decisão proferida em 18 de janeiro de 1978, Série A, no. 25, pág. 79, parágrafo 207; *Eur. Court HR*, Caso: Brannigan & McBride x Reino Unido, decisão proferida em 26 de maio de 1993, Série A, no. 258-B, pág. 49, parágrafo 43; e *Eur. Court HR*, Caso: Aksoy x Turquia, decisão proferida em 18 de dezembro de 1996, Relatórios 1996-VI, pág. 2280, parágrafo 68.

<sup>149</sup>

*avaliação da estrita necessidade das medidas em questão, margem de apreciação essa supervisionada pelas autoridades europeias.*

## 4.2 Direito a remédio eficaz

O Comitê de Direitos Humanos observa no Comentário Geral no. 29 que o artigo 2(3) do Pacto Internacional “requer um Estado-parte para o Pacto que apresente remédios eficazes contra qualquer violação das disposições previstas no Pacto.” “Esta cláusula não está incluída na relação das disposições inderrogáveis do artigo 4º, parágrafo 2º, mas isso constitui uma obrigação herdada do Pacto como um todo. Mesmo se um Estado-parte, durante o estado de emergência e na medida em que essas medidas sejam estritamente requeridas pelas exigências da situação, introduzir adaptações ao prático funcionamento de seus procedimentos que governem remédios jurídicos ou outros, ele deverá cumprir a obrigação fundamental de acordo com o artigo 2º, parágrafo 3º do Pacto, apresentando remédio eficaz.”<sup>150</sup>

Em outras palavras, mesmo em situações nas quais o Estado-parte conclua que a ameaça à existência da nação requer a derrogação de suas obrigações sob o Pacto, ele permanecerá legalmente obrigado a oferecer remédios eficazes às vítimas de uma excessiva ou errônea aplicação das medidas de emergência.

O Comitê preocupou-se “com a falta de salvaguardas e remédios eficazes disponibilizados a indivíduos durante um estado de emergência” no Gabão, e recomendou ao Estado-parte “que estabelecesse remédios eficazes previstos em lei, aplicáveis durante uma situação de estado de emergência”.<sup>151</sup> O Comitê também enfatizou que as disposições legais e constitucionais da Colômbia “deveriam assegurar que o cumprimento das disposições previstas no artigo 4º do Pacto fosse supervisionado pelas Cortes”.<sup>152</sup>

\*\*\*\*\*

Em sua opinião consultiva sobre as *Garantias Judiciais em Estados de Emergência*, a Corte Interamericana declarou, acerca das medidas derogatórias,

<sup>150</sup> UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 206, parágrafo 14.

<sup>151</sup> *Ibidem*, pág. 43, parágrafo 10º.

<sup>152</sup> UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. I), págs. 48-49, parágrafo 301.

que do artigo 27(1) advém a exigência geral de “que em qualquer estado de emergência, haverá meios apropriados para controlar as medidas tomadas para que sejam proporcionais às necessidades e não excedam os limites estritos impostos pela Convenção ou suas derivações”.<sup>153</sup>

Com relação a direitos que não foram suspensos ou derogados, o Tribunal determinou expressamente que "a declaração de estado de emergência -- qualquer que seja a sua abrangência ou denominação na legislação local -- não pode resultar na supressão ou ineficácia das garantias judiciais que a Convenção requer sejam estabelecidas pelos Estados-parte para a proteção de [tais] direitos." Em outras palavras, "as garantias judiciais essenciais para a validade de direitos e liberdades que não estão sujeitos à derrogação deverão ser preservadas."<sup>154</sup>

\*\*\*\*\*

A questão das salvaguardas contra o uso excessivo ou abusivo de medidas de emergência na Europa será considerada na seção 4.3 abaixo, pois está intimamente ligada à condição de estrita necessidade do uso de poderes especiais de prisão e detenção.

*A obrigação legal dos Estados de disponibilizar remédios locais eficazes para violações de direitos humanos permanece em plena vigência em estados de emergência pública em relação a direitos que não foram derogados, incluindo direitos inderrogáveis que deverão ser totalmente garantidos a qualquer tempo.*

*À medida que os Estados recorrem a derrogações de suas obrigações advindas de tratados de direitos humanos, devem disponibilizar remédios eficazes para avaliar a estrita necessidade das medidas emergenciais e prevenir abusos em casos gerais e específicos.*

### **4.3. Direito à liberdade e poderes especiais de prisão e detenção**

O uso de poderes especiais de prisão e detenção é um dos meios mais comuns de se resolver situações de crise. Essas medidas podem ser mais abrangentes algumas

<sup>153</sup> *I-A Court HR*, Opinião OC-9/87 de 6 de outubro de 1987, Garantias Judiciais em Estados de Emergência (arts. 27(2), 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), Série A, no. 9, pág. 31, parágrafo 21.

<sup>154</sup> *Ibidem*, pág. 34, parágrafo 25, e pág. 39, parágrafo 39, e *I-A Court HR*, Caso: Castillo Petruzzi e outros, decisão proferida em 30 de maio de 1999, Série C, no. 52, págs. 215-216, parágrafo 186.

vezes, envolvendo a eliminação da revisão judicial da legalidade da ação implementada, bem como detenções ou prisões muito longas, que geram, como resultado, a possibilidade de se negar a pessoas privadas de sua liberdade o exame de quaisquer acusações por um tribunal independente e imparcial, que aplique as garantias do devido processo legal em seu julgamento. Do ponto de vista jurídico, a situação não é homogênea em nível internacional; a Corte Européia parece estar mais inclinada a excluir a revisão judicial em tempos de crise do que o Comitê de Direitos Humanos ou a Comissão Interamericana e a Corte de Direitos Humanos. Entretanto, desenvolvimentos jurídicos neste sentido podem estar evoluindo para uma abordagem mais uniforme.

\*\*\*\*\*

O Comitê de Direitos Humanos determinou expressamente que os Estados-Parte não podem "em circunstância alguma invocar o art. 4º do Pacto como justificativa para agir em violação à lei humanitária ou às normas peremptórias de direito internacional, como por exemplo... [sic] por meio de privações arbitrárias da liberdade."<sup>155</sup> Como notado na subseção anterior, o Comitê também declarou que o direito a um remédio eficaz deve ser preservado durante um estado de emergência. Ademais, pessoas privadas de sua liberdade em "um estado de emergência pública que ameace a existência da nação" têm o direito a um remédio eficaz para contestar a legalidade da prisão e detenção. Em outras palavras, remédios jurídicos, como o *habeas corpus*, devem estar efetivamente disponíveis a qualquer tempo. O Comitê foi mais receptivo com relação a este importante assunto em sua resposta à Subcomissão para a Prevenção contra a Discriminação e Proteção das Minorias da Organização das Nações Unidas (como ela era então chamada), acerca da sugestão de se preparar o Terceiro Protocolo Facultativo ao Pacto:

"O Comitê está satisfeito com o fato que geralmente os Estados-Parte entendem que o direito ao *habeas corpus* e ao amparo não devem ser limitados em situações de emergência. Além disso, o Comitê entende que os recursos previstos no art. 9º, parágrafos 3º e 4º, lidos em conjunto com o art. 2º, são inerentes ao Pacto como um todo. Assim sendo, o Comitê acredita que exista um risco considerável de o Terceiro Protocolo Facultativo proposto implicitamente convidar os Estados-Parte a se sentirem livres para derrogar as disposições do art. 9º do Pacto durante estados de emergência, se tais Estados não o ratificarem. Portanto, o protocolo pode ter o efeito indesejável de diminuir a proteção de pessoas detidas durante estados de emergência."<sup>156</sup>

Parece claro, através das diversas afirmações do Comitê de Direitos Humanos, que as garantias contidas no art. 9º, (3) (4) devem ser efetivamente aplicadas a

---

<sup>155</sup> UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 205, parágrafo 11.

<sup>156</sup> Vide UN doc. GAOR, A/49/40 (vol. I), anexo XI, pág. 120. A primeira parte desta declaração foi também incluída no Comentário Geral no. 29), porém apenas na nota de rodapé; vide GAOR, A/56/40 (vol. I), págs. 208-209, nota de rodapé "i".

qualquer tempo, mesmo em estados de emergência pública que ameacem a existência da nação. Essas garantias incluem, em particular, o direito de qualquer pessoa "presa ou detida por acusação criminal de ser levada imediatamente a um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer o poder judicial" (art. 9º, (3)) e o direito de qualquer pessoa "que estiver privada de sua liberdade por prisão ou detenção... [sic] de ser julgada por um tribunal, para que o mesmo decida, sem demora, sobre a legalidade da prisão e para que determine sua soltura se a prisão for ilegal" (art. 9º, (4)). Para a interpretação destes dispositivos, vide o Capítulo 5º sobre "Direitos Humanos e Prisão, Pré-Julgamento e Prisão Administrativa".

\*\*\*\*\*

Com relação à proteção do direito à liberdade e segurança prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a situação jurídica é clara, tendo em vista que, onde poderes especiais de prisão e detenção são usados "em tempos de guerra, perigo público ou outra emergência que ameace a autonomia ou segurança de um Estado-parte", toda pessoa sujeita a esses poderes tem o direito incondicional a um remédio eficaz, na forma de *habeas corpus* e amparo, conforme garantido pelos artigos 7(6) e 25(1) da Convenção, para a proteção de direitos que não podem ser derogados, de acordo com o artigo 27(2) da Convenção. Na medida em que poderes especiais de prisão e detenção possam ser autorizados de acordo com o artigo 27(1) da Convenção, deverão também existir recursos disponíveis a pessoas privadas de sua liberdade para que possam contestar a compatibilidade das medidas em questão com a condição de estrita necessidade.

\*\*\*\*\*

Na Europa, a Corte Européia de Direitos Humanos aceitou amplos e extraordinários poderes, tais como os de prisão e detenção, incluindo reclusão, para a situação ocorrida na Irlanda do Norte, sem a possibilidade de revisão judicial. Tais processos, como o caso *Irlanda x Reino Unido*, são complexos e este Capítulo apresentará apenas um breve resumo dos assuntos jurídicos por eles suscitados.

No caso *Lawless*, a Corte concluiu que os poderes especiais de detenção conferidos aos Ministros de Estado sob a Lei (Alterada) de 1940 sobre Crimes contra o Estado foram contrários ao artigo 5(1)(c) e (3) da Convenção Européia com base no fundamento de que o longo período de cinco meses de detenção do Sr. Lawless "não ocorreu com o intuito de tentar submetê-lo à presença da autoridade legal competente" e que durante sua detenção ele não foi efetivamente julgado por um juiz "dentro de um prazo razoável", conforme determinado pelas disposições acima<sup>157</sup>. De acordo com a Corte, o "sentido natural e objetivo" da redação do artigo 5(1)(c) e (3) "claramente impõe a obrigação de prender ou deter a todos na presença de um juiz em quaisquer das circunstâncias contempladas pelo parágrafo 1(c), com o propósito de examinar a questão da privação de liberdade ou com o propósito de decidir sobre o mérito"<sup>158</sup>. Considerando que o Sr. Lawless nunca foi levado à presença de um juiz com nenhum destes propósitos, sua detenção violou o artigo 5º da Convenção e, portanto, a Corte teve de examinar se tal

---

<sup>157</sup> Eur. Court HR, *Caso Lawless* (Mérito), decisão proferida em 1º de julho de 1961, Série A, No. 3, pág. 53, parágrafo 15.

<sup>158</sup> *Ibidem*, pág. 52, parágrafo 14.

violação poderia ser justificada de acordo com o artigo 15(1) da Convenção como sendo “estritamente necessária devido às exigências da situação” ocorrida na Irlanda em 1957.

Após uma análise dos fatos e argumentos das partes envolvidas no processo, a Corte concluiu que não havia outro meio disponível ao Estado Contratante que possibilitasse um melhor contorno da situação. Conseqüentemente, “a detenção administrativa...[sic] de indivíduos suspeitos de terem a intenção de participar de atividades terroristas **parecia** ser, apesar de sua gravidade, uma medida imposta pelas circunstâncias.”<sup>159</sup> Os meios que a Corte descartou para lidar com a emergência foram:

- “a aplicação da lei ordinária se provou incapaz de verificar o perigo crescente que ameaçava a República da Irlanda”;
- “os tribunais penais ordinários, ou até os tribunais especiais penais ou militares”;
- “o acúmulo de provas necessário para condenar pessoas envolvidas em atividades do Exército Republicano Irlandês (IRA) e de suas dissidências”, um processo que encontrou muitas dificuldades “causadas pelo caráter militar, secreto e terrorista daqueles grupos e o medo que eles criavam na população”;
- “pelo fato destes grupos operarem basicamente na Irlanda do Norte, suas atividades na República da Irlanda se limitavam virtualmente à preparação de ataques armados através da fronteira, o que constituía um impedimento adicional à coleta suficiente de provas”; e
- o fato de que “o bloqueio da fronteira teria tido repercussões extremamente sérias na população como um todo, além da extensão necessária às exigências da situação”.<sup>160</sup>

A Corte então notou que “a Lei (Alterada) de 1940 sobre Crimes contra o Estado estava sujeita a inúmeras salvaguardas destinadas a prevenir abusos na operação do sistema de detenção administrativa”. Tais salvaguardas eram: (1) a constante supervisão de crimes pelo Parlamento e a instituição de uma Comissão de Detenção composta por um membro das Forças Armadas e dois juízes; (2) a possibilidade de uma pessoa detida de acordo com a Lei de 1940 “direcionar o seu processo àquela Comissão, cuja decisão, se favorável à libertação da pessoa envolvida, obrigaria o Governo”; (3) a possibilidade de os tribunais comuns “compelirem a Comissão de Detenção a exercer suas competências”.<sup>161</sup> Por fim, o Governo anunciou publicamente que libertaria qualquer pessoa detida de acordo com a Lei “que assumisse um compromisso de respeitar a Constituição e a Lei, e não se engajasse em nenhuma atividade ilegal”.<sup>162</sup>

A Corte concluiu que, sujeita a tais salvaguardas, “a detenção sem julgamento, conforme estabelecido pela Lei 1940, **parece** ser uma medida estritamente necessária devido às exigências da situação” dentro do contexto do artigo 15 da Convenção. A Corte

---

<sup>159</sup> *Ibidem*, pág. 58, parágrafo 36; grifos nossos.

<sup>160</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>161</sup> *Ibidem*, pág. 58, parágrafo 37.

<sup>162</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

entendeu ainda que, conforme aplicado ao Sr. Lawless pessoalmente, a medida em questão não violou o princípio da estrita necessidade.<sup>163</sup>

Questões similares surgiram anos depois no caso *Irlanda x Reino Unido* com relação a vários poderes complexos de privação de liberdade extrajudicial utilizados pelo Reino Unido na Irlanda do Norte que tinham seu fundamento legal nos Regulamentos 10 (prisão), 11(1) (prisão), 11(2) (detenção) e 12 (reclusão), e nas Ordens Terroristas (custódia temporária e detenção) e na Lei sobre Disposições de Emergência (prisão, custódia temporária e detenção). Sem considerar esses poderes detalhadamente, poder-se-ia dizer que o Regulamento 10 permitiu que as pessoas fossem presas na falta de “suspeita” de uma ofensa simplesmente “para a preservação da paz e manutenção da ordem” e era “algumas vezes também usado para interrogar a pessoa preocupada com as atividades dos outros”. Os demais Regulamentos requeriam suspeita de uma “ofensa” e/ou “atividade ‘prejudicial à preservação da paz ou manutenção da ordem’”.<sup>164</sup> As Ordens Terroristas e a Lei sobre Disposições de Emergência “eram aplicáveis somente a indivíduos suspeitos de terem praticado ou terem tentado praticar qualquer ato de terrorismo, que é o uso de violência com fins políticos, ou a organização de pessoas com o propósito da prática de terrorismo”.<sup>165</sup>

Em termos gerais, a Corte concluiu que as medidas impugnadas violavam o disposto no artigo 5(1)(c), 5(2), 5(3) e 5(4) respectivamente, uma vez que (1) as detenções não foram realizadas com o intuito de levar o detido à presença da autoridade legal competente; (2) “as pessoas envolvidas não eram normalmente informadas do motivo pelo qual estavam sendo presas [mas] em geral elas simplesmente ouviam...[sic] que a prisão foi realizada de acordo com a legislação de emergência” sem serem informadas de quaisquer detalhes adicionais; (3) “as medidas impugnadas não se realizaram com o intuito de trazer “prontamente” as pessoas envolvidas à presença ‘da autoridade legal competente’”; (4) as pessoas presas ou detidas estavam “até mesmo menos sujeitas a ‘um julgamento dentro de um prazo razoável’ ou a ‘se livrarem de um julgamento pendente’”; (5) “não havia direito a ‘processos nos quais a legalidade [da] detenção [seria] decidida rapidamente por um tribunal’ e ‘a libertação ordenada se a detenção’ provasse “não ter sido legal.”<sup>166</sup>

Ao examinar se tais violações ao artigo 5º poderiam ser justificadas de acordo com o artigo 15(1) da Convenção Européia, a Corte primeiramente considerou se a privação de liberdade, contrária ao artigo 5(1), era necessária, e depois a falha das garantias em atingir o nível fixado nos parágrafos 2º a 4º do artigo 5º.<sup>167</sup>

---

<sup>163</sup> *Ibidem*, págs. 58-59, parágrafos 37-38; grifos nossos. Embora a opinião da Câmara do Tribunal tenha sido unânime, houve uma cisão na Comissão Européia de Direitos Humanos, que tinha anteriormente lidado com o caso. Na Comissão, a maioria (8 x 6) considerou que a detenção administrativa era estritamente necessária de acordo com as exigências da situação. A minoria apresentou bons argumentos para uma melhor compreensão das complexidades do Processo Ilícito [*Lawless case*]. Vide opinião da Comissão: *Eur. Court HR, Caso Lawless*, Série B, 1960-1961, págs. 113-156.

<sup>164</sup> *Eur. Court HR, Caso: Irlanda x Reino Unido*, decisão proferida em 18 de janeiro de 1978, Série A, Vol. 25, págs. 74-75, parágrafo 196.

<sup>165</sup> *Ibidem*, pág. 75, parágrafo 196.

<sup>166</sup> *Ibidem*, págs. 74-77, parágrafos 194-201.

<sup>167</sup> *Ibidem*, pág. 80, parágrafo 211.

Com relação ao artigo 5(1), a Corte concluiu que “os limites da margem de apreciação deixados aos Estados Contratantes de acordo com o Artigo 15, parágrafo 1º, não foram desrespeitados pelo Reino Unido quando este entendeu que a privação de liberdade extrajudicial se fez necessária de agosto de 1971 a março de 1975.”<sup>168</sup> “Sem dúvida, o exercício dos poderes especiais era principalmente, e antes de 5 de fevereiro de 1973 ainda mais exclusivamente, direcionado contra o Exército Republicano Irlandês (IRA) como uma força militar secreta ...[sic] a qual estava criando, em agosto de 1971 e posteriormente, um perigo particularmente significativo e amplo que ameaçava a integridade territorial do Reino Unido, as instituições dos seis condados e a vida dos habitantes das províncias... [sic] Sendo confrontados com uma massiva onda de violência e intimidação, o Governo da Irlanda do Norte e, após a introdução de norma direta, o Governo Britânico, estavam razoavelmente autorizados a considerar que a legislação ordinária oferecia fontes insuficientes para a campanha contra o terrorismo e que era necessário recorrer a medidas fora do escopo da lei ordinária, na forma de privação de liberdade extrajudicial.”<sup>169</sup>

Entretanto, a Corte teve alguns problemas com o Regulamento 10 que permitiu a prisão de uma pessoa “com o único propósito de obter dela informações sobre outros indivíduos”. Na opinião da Corte, “este tipo de prisão pode ser justificável apenas em uma situação excepcional, mas as circunstâncias prevalecentes na Irlanda do Norte não se encaixavam em tal categoria.” Ademais, o período de privação de liberdade devidamente autorizado foi limitado a um máximo de 48 horas.<sup>170</sup>

O Governo da Irlanda sustenta que as medidas extraordinárias se provaram “inefazes” pelo fato de “não terem apenas falhado na tentativa de conter o terrorismo, mas por terem acabado por aumentá-lo”, fatos que em sua visão confirmaram “que a privação de liberdade extrajudicial não era uma necessidade absoluta”. Este argumento não foi aceito pela Corte, que considerou que o Governo da Irlanda “deve chegar a sua decisão à luz não de um simples exame retrospectivo da eficácia de tais medidas, mas das condições e circunstâncias no momento em que elas eram primeiramente lembradas e subsequentemente aplicadas”.<sup>171</sup>

Com relação à falta de garantias descritas no artigo 5(2)-(4) da Convenção Européia, a Corte concluiu que “uma análise geral da legislação e prática em questão revela que eles evoluíram em direção ao crescente respeito pela liberdade individual. Desde o início, o direito de incorporação de garantias judiciais, ou pelo menos administrativas, mais satisfatórias teria sido certamente mais desejável...[sic] mas seria irrealista isolar a primeira da última fase. Quando um Estado luta contra uma emergência pública que ameaça a existência da nação, ele fica desprotegido se obrigado a alcançar tudo de uma só vez, fornecendo, desde o começo, todas as suas opções de meios de ação com cada uma das salvaguardas reconciliáveis com os requisitos de prioridade para o adequado funcionamento das autoridades e para restaurar a paz dentro da comunidade. A interpretação do Artigo 15 deve deixar espaço para adaptações progressivas.”<sup>172</sup>

---

<sup>168</sup> *Ibidem*, pág. 82, parágrafo 214.

<sup>169</sup> *Ibidem*, págs. 80-81, parágrafo 212.

<sup>170</sup> *Ibidem*, pág. 81, parágrafo 212.

<sup>171</sup> *Ibidem*, págs. 81-82, parágrafo 214.

<sup>172</sup> *Ibidem*, pág. 83, parágrafo 220.

Deve ser lembrado que o direito a um remédio judicial ou administrativo não só estava ausente no processo da privação de liberdade com duração de 48 a 72 horas, mas também nos processos em que os indivíduos eram internados ou privados de sua liberdade por vários anos com base, por exemplo, no Regulamento 12(1), artigo 5º da Ordem Terrorista e parágrafo 24 do Anexo I da Lei sobre Disposições de Emergência. No entanto, nas palavras da Corte, “o comitê consultivo estabelecido pelo Regulamento 12(1) acima mencionado, apesar do seu caráter não judicial, oferecia uma certa medida de proteção que não pode ser interrompida. Com a criação de comissários e de um tribunal de recursos, a Ordem Terrorista trouxe outras salvaguardas, as quais foram de alguma forma, fortalecidas pela Lei sobre Disposições de Emergência. Ainda, havia a valiosa, talvez limitada, revisão feita pelos tribunais quando a oportunidade surgiu, em virtude do direito consuetudinário.”<sup>173</sup>

No caso *Brannigan & McBride*, que também envolvia legislação antiterrorismo no Reino Unido, a Corte teve que considerar a falta de intervenção judicial no exercício do poder de detenção de terroristas suspeitos por até sete dias. O processo teve origem com a derrogação feita pelo Governo do Reino Unido depois que a Corte descobriu uma violação ao artigo 5(3) no caso *Brogan e outros*, em que foi concluído que os requerentes não haviam sido “imediatamente” levados à apreciação de um tribunal. Naquele processo, a Corte lembrou que “o controle judicial das interferências realizado pelo Executivo em relação ao direito das pessoas à liberdade é uma característica essencial da garantia contida no Artigo 5º, parágrafo 3º [e] está subentendido no estado de direito, ‘um dos princípios fundamentais da sociedade democrática expressamente referido no Preâmbulo da Convenção.’”<sup>174</sup>

Após rejeitar o argumento dos requerentes no caso *Brannigan & McBride* em que a derrogação, além de prematura, não foi uma resposta genuína a uma emergência,<sup>175</sup> a Corte concluiu que, com relação: (1) “à natureza da ameaça terrorista na Irlanda do Norte”, (2) “ao limitado escopo da derrogação e as razões utilizadas em seu suporte”, bem como (3) “à existência de salvaguardas básicas contra o abuso”, o Governo do Reino Unido “não excedeu sua margem de apreciação ao considerar que a derrogação foi estritamente necessária devido às exigências da situação”.<sup>176</sup> Em sua exposição de motivos a Corte se manifestou:

- “as opiniões externadas em vários relatórios que revêem a operação da legislação para a Prevenção do Terrorismo demonstra que as dificuldades de investigação e julgamento de crimes terroristas evidenciam a necessidade de um período maior de detenção que não

<sup>173</sup> *Ibidem*, pág. 83, parágrafos 218-219. É importante salientar que o Tribunal manteve anteriormente que a análise judicial apresentada em virtude do processo de habeas corpus “não foi suficientemente abrangente em seu escopo” para os fins do artigo 5(4) da Convenção, pág. 77, parágrafo 200.

<sup>174</sup> Eur. Court HR, *Caso: Brogan e outros x Reino Unido*, decisão proferida em 29 de novembro de 1988, Série A, no. 145-B, pág. 32, parágrafo 58.

<sup>175</sup> Eur. Court HR, *Caso: Brannigan & McBride x Reino Unido*, decisão proferida em 26 de maio de 1993, Série A, no. 258-B, págs. 51-52, parágrafos 49-54.

<sup>176</sup> *Ibidem*, pág. 56, parágrafo 66.

estaria sujeito ao controle judiciário”, dificuldades essas que foram reconhecidas no julgamento do caso *Brogan e outros*;

- que “permanece a opinião do Governo réu de que é essencial prevenir a divulgação ao detento e a seu advogado das informações que serviram de base para as decisões sobre a prorrogação da detenção e que, e no sistema adversário do direito consuetudinário, a independência do Judiciário seria compreendida se os juízes ou outros funcionários do Judiciário fossem envolvidos na concessão ou aprovação das prorrogações”;
- que “a apresentação de um ‘juiz ou outro funcionário autorizado por lei a exercer o poder judiciário’ em processos de prorrogação de períodos de detenção não necessariamente causaria, por si só, uma situação de observância ao disposto no Artigo 5º, parágrafo 3º. Tal dispositivo – assim como o Artigo 5º, parágrafo 4º – deve ser entendido como tendo que seguir um processo com caráter judicial, apesar de referido processo não ser necessariamente idêntico em todos os casos em que a intervenção de um juiz é necessária.”<sup>177</sup>

A Corte alegou que não era sua função “substituir sua opinião sobre quais medidas eram mais adequadas ou expedientes no momento oportuno para lidar com uma situação de emergência quando o Governo possui responsabilidade direta por estabelecer um equilíbrio entre adotar as medidas efetivas para combater o terrorismo e, ao mesmo tempo, respeitar os direitos individuais... [sic] No contexto da Irlanda do Norte, onde o Poder Judiciário é pequeno e vulnerável aos ataques terroristas, a confiança pública na independência do Judiciário é compreensivelmente um problema ao qual o Governo atribui grande importância.”<sup>178</sup> Se seguiu que, o Governo não “excedeu sua margem de apreciação ao decidir contra o controle judiciário nas circunstâncias prevalentes”.<sup>179</sup>

Por fim, a Corte verificou que as *salvaguardas contra o abuso* de fato existiam e forneceu uma “importante medida de proteção contra o comportamento arbitrário e a detenção incomunicável”. As salvaguardas eram:

- “o remédio do *habeas corpus* ... para testar a legalidade na prisão e detenção originais”;
- o fato de “os detentos possuírem um direito absoluto e legalmente exigível de consultar um advogado após quarenta e oito horas, contadas do momento da prisão. Ambos os requerentes eram, de fato, livres para consultar um advogado após tal período”;
- o fato de que “dentro deste período o exercício do direito de consultar um advogado só pode ser retardado quando houver uma fundamentação razoável para tanto. Resta claro ... que... [sic] a decisão de retardar o acesso a um advogado é suscetível à revisão judicial e que, em tais processos, o ônus de estabelecer uma fundamentação razoável para retardar o acesso a um advogado depende das autoridades. Em tais processos, a revisão judicial tem se

---

<sup>177</sup> *Ibidem*, pág. 54, parágrafo 58.

<sup>178</sup> *Ibidem*, pág. 54, parágrafo 59.

<sup>179</sup> *Ibidem*, pág. 54, parágrafo 60.

demonstrado um modo rápido e eficiente de garantir que o acesso a um advogado não seja arbitrariamente retirado”; e

- o fato de “os detentos terem direito a informar a um parente ou amigo sobre sua detenção e terem acesso a um médico”.<sup>180</sup>

Finalmente, é importante lembrar que, ao rejeitar as alegações dos requerentes de que a derrogação do Reino Unido foi prematura, a Corte decidiu que:

“A validade da derrogação não pode ser questionada pelo simples motivo de que o Governo decidiu examinar se no futuro poder-se-ia achar uma forma de garantir maior conformidade com as obrigações da Convenção. De fato, tal processo de contínua reflexão não está apenas na manutenção do Artigo 15, parágrafo 3º, o qual depende de revisões permanentes da necessidade de medidas de emergência, mas também se encontra implícito na noção básica de proporcionalidade.”<sup>181</sup>

Em outras palavras, a condição de que o Estado derogante possa tomar apenas as medidas que sejam “estritamente necessárias de acordo com as exigências da situação” significa que não só tais medidas devam ser estritamente proporcionais à ameaça sofrida pela nação quando aplicadas, mas também que o Estado derogante deva constantemente assegurar que as medidas permaneçam proporcionais à ameaça, caso em que se elas falharem, estarão em desacordo com os requisitos do artigo 15(1) da Convenção.

Tal conclusão foi confirmada no caso *Marshall x Reino Unido*, que foi declarado *inadmissível* pela Corte e, portanto, não foi julgado no mérito. O requerente reclamava que havia sido detido por um período de *sete dias* com base no artigo 14 da Lei 1989 de Prevenção contra o Terrorismo (Disposições Transitórias) sem ter sido levado à presença de um juiz. Em sua opinião, o atraso constituiu uma violação ao requisito da prontidão descrito no artigo 5(3) da Convenção, que não poderia ser justificado à luz do artigo 15(1) como sendo “estritamente necessário pelas exigências da situação” porque a estatística demonstrou que “naquele momento a maior parte dos indivíduos detidos com base no artigo 14 da Lei 1989 foi libertada sem acusação”, o que significava que a polícia estava “usando o poder de reunir informação, ou de prender indivíduos contra os quais [havia] muito pouca ou quase nenhuma prova”. O requerente posteriormente questionou a adequação das salvaguardas disponíveis.<sup>182</sup>

Conforme lembrado pela Corte, o próprio Governo se baseou nas mesmas justificativas para a medida da detenção prorrogada sem intervenção judicial, de acordo com o caso *Brannigan & McBride*, justificativas essas que a Corte havia aceitado naquele processo. No caso *Marshall* a Corte decidiu que:

---

<sup>180</sup> *Ibidem*, págs. 55-56, parágrafos 62-64. Entretanto, quatro membros do Tribunal discordaram das conclusões sobre este caso; vide págs. 61-69, 71 e 74-75.

<sup>181</sup> *Ibidem*, pág. 52, parágrafo 54.

<sup>182</sup> *Eur. Court HR*, Caso: *Marshall x Reino Unido*, decisão proferida em 10 de julho de 2001, págs. 7-8 da decisão publicada no website do Tribunal <http://echr.coe.int>

“no momento da prisão do requerente, a contínua confiança no sistema de detenção administrativa de terroristas suspeitos pelos períodos de até sete dias não resultou no desrespeito à margem de apreciação que é acordada pelas autoridades na determinação de sua resposta à ameaça feita à sociedade. As razões trazidas pelo Governo no caso *Brannigan & McBride* contra o controle judiciário continuam a ser relevantes e suficientes. A Corte afirma, a este respeito, que a ameaça de atentado terrorista ainda era real e que os grupos paramilitares na Irlanda do Norte retiveram a capacidade organizacional de matar e aleijar em grande escala. O requerente afirma que estaria aberto às autoridades para conter o nível de violência prevalecente no momento relevante através do uso da lei penal ordinária. Ele observa, em seguida, que a violência em uma escala similar em outras partes do Reino Unido foi dirigida sem recurso à retirada das garantias do devido processo. A Corte examinou este argumento. Entretanto, ela entende que a fundamentação do requerente não considera suficientemente a natureza específica da violência que envolveu a Irlanda do Norte, muito menos as considerações políticas e históricas, que serviram de pano de fundo para a situação de emergência, considerações essas que a Corte descreveu muito bem em seu julgamento no caso *Irlanda x Reino Unido*.”<sup>183</sup>

Ademais, oito anos após a adoção do julgamento no caso *Brannigan & McBride*, a Corte permaneceu “satisfeita” com o fato de que as salvaguardas impostas contra o abuso continuaram a “fornecer uma importante medida de proteção contra o comportamento arbitrário e a detenção incomunicável”.<sup>184</sup> Finalmente, a Corte não poderia aceitar a sujeição do requerente de que o Governo não havia conduzido “uma revisão significativa da contínua necessidade de derrogação do Artigo 5º, parágrafo 3º”. Realmente, ele estava “satisfeito com as evidências” de que as autoridades tinham “abordado tal assunto com frequência suficiente”, por exemplo, através de revisões anuais e debates parlamentares sobre qualquer proposta de renovar a legislação. A Corte notou que o Governo tinha finalmente retirado a derrogação em fevereiro de 2001.<sup>185</sup>

---

<sup>183</sup> *Ibidem*, pág. 10.

<sup>184</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>185</sup> *Ibidem*, págs. 10-11.

No caso *Aksoy*, o requerente foi mantido sob custódia na Turquia por pelo menos **quatorze dias**, particularmente sob suspeita de ajudar e instigar os terroristas do Partido dos Trabalhadores do Curdistão (PKK), sem ser levado à presença de um juiz ou de outra autoridade.<sup>186</sup> A Corte novamente reforçou a importância do artigo 5º no sistema da Convenção:

“Ele cultua um direito fundamental, ou seja, a proteção do indivíduo contra a interferência arbitrária do Estado sobre o seu direito à liberdade. O controle judicial das interferências realizado pelo Executivo com o direito do indivíduo à liberdade é uma característica essencial da garantia contida no Artigo 5º, parágrafo 3º, que pretende minimizar o risco de arbitrariedades e garantir o estado de direito... [sic] Além do mais, uma imediata intervenção judicial pode levar à detenção e à prevenção de maus tratos, que...[sic] são proibidos pela Convenção em termos absolutos e não derogáveis.”<sup>187</sup>

O Governo turco procurou neste processo justificar a longa detenção sem revisão judicial “através de referência às demandas particulares de investigações policiais em uma área geograficamente vasta enfrentando uma organização terrorista com suporte estrangeiro”.<sup>188</sup> Apesar de a Corte reiterar sua opinião de “que a investigação de crimes praticados por terroristas indubitavelmente apresenta problemas especiais às autoridades”, a Corte não poderia aceitar

“que fosse necessário manter um suspeito detido por quatorze dias sem intervenção judicial. Este período é excepcionalmente longo, e deixava o requerente vulnerável não apenas à interferência arbitrária sobre o seu direito à liberdade, mas também à tortura...[sic] Além do mais, o Governo não ofereceu nenhuma razão detalhada para a Corte sobre a razão pela qual a luta contra o terrorismo no sudoeste da Turquia tornou a intervenção judicial impraticável.”<sup>189</sup>

Com relação à questão das *salvaguadas*, a Corte considerou que, contrariamente ao caso *Brannigan & McBride*, “as salvaguadas disponíveis ao requerente que estava detido por um logo período eram insuficientes”.

“Particularmente, a negativa de acesso a um advogado, médico, parente ou amigo e a ausência de qualquer possibilidade realista de

---

<sup>186</sup> *Eur. Court HR*, *Aksoy x Turquia*, decisão proferida em 18 de dezembro de 1996, Relatórios 1996-VI, pág. 2281, parágrafo 71, e pág. 2282, parágrafo 77.

<sup>187</sup> *Ibidem*, pág. 2282, parágrafo 76. É importante salientar que, neste processo, o Tribunal concluiu que o requerente foi sujeito a tratamento, entretanto “de natureza tão cruel e grave que poderia apenas ser descrito como tortura”, pág. 2279, parágrafo 64.

<sup>188</sup> *ibid.*, pág. 2282, parágrafo 77.

<sup>189</sup> *Ibidem*, pág. 2282, parágrafo 78.

ser levado à apreciação de um tribunal para testar a legalidade da detenção significava que ele estava completamente à mercê daqueles que o mantinham detido.”<sup>190</sup>

A Corte tinha considerado o “problema sério e inquestionável de terrorismo no sudeste da Turquia e as dificuldades enfrentadas pelo Estado quando da adoção de medidas efetivas contra ele. No entanto, a Corte [não foi] convencida de que as exigências da situação necessitaram da manutenção do requerente, que estava sob suspeita de envolvimento em crimes terroristas, por quatorze dias ou mais em detenção incomunicável sem acesso a um juiz ou a outra autoridade judicial.”<sup>191</sup> A Turquia, portanto, violou o artigo 5(3) da Convenção, violação essa injustificável sob o artigo 15(1).

*O direito a uma efetiva proteção contra interferência arbitrária de um Estado sobre o direito à liberdade do indivíduo é fundamental. O direito ao imediato controle judicial contra a perda de liberdade desempenha um papel essencial na proteção do indivíduo contra prisão e detenção arbitrárias.*

*Poderes especiais de prisão e detenção, porém, podem afluir em casos de emergência pública que ameacem a existência da nação (nos planos universal e europeu) ou a independência ou segurança do Estado-parte relevante (as Américas), mas somente na medida em que e pelo tempo que forem estritamente necessários pelas exigências da situação.*

*Isso significa que poderes especiais de prisão e detenção são lícitos somente na medida em que forem estritamente proporcionais à ameaça estabelecida, de fato, pela emergência.*

*Compete ao Estado atingido provar que as medidas são estritamente necessárias pelas exigências da situação. Este dever legal significa que o Estado atingido deve manter a necessidade das medidas sob constante supervisão.*

*Poderes especiais de prisão e detenção não devem, em nenhum momento, conduzir à prisão ou detenção arbitrárias ou a abusos de qualquer natureza. Para prevenir arbitrariedade e abuso no exercício de tais poderes, remédios efetivos e salvaguardas adequadas devem ser mantidos durante situações de emergência e estar disponíveis para todos os indivíduos destituídos de sua liberdade mediante prisão ou detenção:*

<sup>190</sup> *Ibidem*, pág. 2283, parágrafo 83.

<sup>191</sup> *Ibidem*, pág. 2284, parágrafo 84.

- *Sob o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e sob a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o direito a um remédio judicial, como o **habeas corpus**, deve estar sempre disponível para avaliar a legalidade da perda da liberdade;*
- *A Jurisprudência da Convenção Européia sobre Direitos Humanos varia de acordo com a severidade da emergência enfrentada pelo Estado atingido e as salvaguardas disponíveis. Enquanto a Corte Européia tem, em casos mais recentes, aceito **sete** dias de detenção sem intervenção legal, desde que existam salvaguardas adequadas contra abuso, inclusive **habeas corpus**, para testar a legalidade da prisão ou detenção inicial (Reino Unido), essa mesma Jurisprudência não tem aceito, como estritamente requerido pelas exigências da situação, a manutenção de um detido por **quatorze** dias sem intervenção judicial e sem salvaguardas adequadas (Turquia).*
- *As salvaguardas que são consideradas adequadas na Europa incluem, além de revisão judicial por meio de habeas corpus, o acesso efetivo a um advogado, o direito a ter acesso a um médico e o direito de informar a família ou amigo sobre a prisão ou detenção. A Corte Européia usualmente examina a adequação dessas salvaguardas **na sua totalidade**.*
- *Embora a Corte Européia de Direitos Humanos tenha ressaltado o desejo de existir remédios judiciais ou ao menos administrativos disponíveis tão logo os poderes especiais de prisão ou detenção sejam introduzidos, a Corte Européia tem aceito, como sendo estritamente requerido pelas exigências da situação, os casos de detenção ou reclusão de longa duração sem tais remédios, mas com salvaguardas alternativas. No entanto, a tendência na Europa também parece ser na direção do fortalecimento dos direitos dos indivíduos privados de sua liberdade em razão de poderes emergenciais.*
- *Os órgãos de controle internacionais têm enfatizado a importância de uma revisão judicial da legalidade da privação de liberdade, com o objetivo de proteger os detidos*

*contra tortura ou outras formas de maus tratos.*

#### 4.4 O direito a um julgamento justo e a tribunais especiais

Como o direito a um julgamento justo, por um tribunal independente e imparcial, não é derogável *expressis verbis*, seja pelo Pacto Internacional, seja pelas Convenções Americana e Européia, surgem questões sobre quais elementos deste direito fundamental podem ser derogados em casos de emergência.

Para uma análise geral do direito a um julgamento justo, veja os Capítulos 6º e 7º deste Manual, que descrevem com alguns detalhes os direitos contidos no artigo 14 do Pacto Internacional, artigo 7º do Capítulo Africano sobre Direitos Humanos e dos Povos, artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e artigo 6º da Convenção Européia sobre Direitos Humanos. Nenhum desses dispositivos se refere, por exemplo, a cortes militares ou especiais. Eles simplesmente se referem a alguns princípios básicos que devem ser aplicados por todas as cortes que forem acionadas para determinar uma acusação criminal ou um direito ou uma obrigação (civil ou outro). A questão das "Cortes ou dos Tribunais Militares ou outros especiais" foi considerada no Capítulo 4º, subseção 4.7 deste Manual, e Capítulo 7º, seção 7, concernente ao "Direito a Um Julgamento Justo e a Tribunais Especiais".

É importante lembrar desde logo que o Princípio 5 dos Princípios Básicos das Nações Unidas sobre a Independência do Judiciário prevê que:

"Todos terão o direito de ser julgados por cortes ou tribunais comuns, mediante os procedimentos legalmente estabelecidos. Não deverão ser criados tribunais que não apliquem o devido processo legal em substituição à jurisdição das cortes ou dos tribunais comuns."

É importante mencionar ainda que o Comitê de Direitos Humanos, no Comentário Geral no. 13, afirma que "as disposições do artigo 14 aplicam-se a todas as cortes e tribunais...[sic] sejam ordinários ou especializados". Além disso, enquanto o Pacto não proibir cortes militares ou especiais,

"não importa as condições na qual ela se apóia, claramente indica que o julgamento de civis por tais cortes deve ser muito excepcional e ter lugar sob condições que genuinamente proporcionem as garantias totais estipuladas no artigo 14... [sic] Se os Estados-parte decidirem, em circunstâncias de emergência pública tais como as contempladas no artigo 4º, derrogar os procedimentos normais exigidos pelo artigo 14, eles deverão assegurar que tal derrogação não exceda o que for estritamente necessário pelas exigências da situação presente, respeitando as outras condições do parágrafo 1º do Artigo 14."<sup>192</sup>

No Comentário Geral no. 29, o Comitê de Direitos Humanos afirma que: "Como certos elementos do direito a um julgamento justo são explicitamente garantidos sob as leis humanitárias internacionais durante conflitos armados, o Comitê entende que não há justificativa para a derrogação de tais garantias durante outras situações emergenciais." O Comitê é de opinião que os Princípios da Legalidade e do Estado de Direito estabelecem:

- que as "exigências fundamentais de um julgamento justo devem ser respeitadas durante um estado de emergência";
- que "somente uma corte deve julgar e condenar uma pessoa por um crime"; e
- que "a presunção de inocência deve ser respeitada."<sup>193</sup>

No caso *M. González del Río x Peru*, o Comitê entendeu que "**o direito a ser julgado por um tribunal independente e imparcial é um direito absoluto, que não pode sofrer nenhuma exceção.**"<sup>194</sup>. O Comitê ainda admitiu que "não poderia ser simplesmente viável esperar que todas as disposições do artigo 14 pudessem ser totalmente válidas em todo tipo de emergência".<sup>195</sup>

Parece claro, de todos os vários comentários e pontos de vista do Comitê de Direitos Humanos que, seja julgado por uma corte ordinária ou especial, um acusado deve, em todas as circunstâncias, incluindo em casos de emergência pública, ter um julgamento justo por uma corte independente e imparcial e que ele ou ela deva ser considerado(a) inocente até a prova de sua culpa. O Comitê ainda tem de definir como, e em que medida, as outras garantias contidas no artigo 14 devem ser limitadas a emergências públicas. Todavia, como expressamente estabelecido no artigo 14(3) do Pacto, as garantias lá contidas são "garantias mínimas" em relação às quais "todos têm direito...[sic] em total igualdade". A

---

<sup>192</sup> *United Nations Compilation of General Comments*, pág. 123, parágrafo 4.

<sup>193</sup> *UN doc. GAOR, A/56/40* (vol. I), pág. 206, parágrafo 16.

<sup>194</sup> Comunicação no. 263/1987, *M. González del Río x Peru* (Opiniões adotadas em 28 de outubro de 1992), *GAOR, A/48/40* (vol. II), pág. 20, parágrafo 5.2; grifos nossos.

<sup>195</sup> Vide resposta do Comitê à Subcomissão sobre a questão da minuta do 3º Protocolo Facultativo do Pacto, em *UN doc. GAOR, A/49/40* (vol. I), anexo XI.

questão que surge então se refere à existência ou não de algum objetivo em se limitar tais garantias em emergências públicas. Garantias "mínimas" ou direitos semelhantes estão previstos no artigo 8(2) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no artigo 6(3) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos. Além disso, o disposto no artigo 7º do Capítulo Africano sobre Direitos Humanos e dos Povos não pode ser derogado e deve, em consequência, ser aplicado com força total em casos de emergência pública.

\*\*\*\*\*

Com relação às leis humanitárias internacionais, as quatro Convenções de Genebra de 1949 e os dois Protocolos Complementares de 1977 prevêem um número de garantias fundamentais a um julgamento justo. Embora as garantias variem de tratado para tratado, elas incluem esses aspectos de julgamento justo, tais como:

- o direito a ser julgado por uma corte que ofereça as garantias essenciais de independência e imparcialidade;
- o direito a ter acesso a um advogado;
- o direito a um intérprete;
- o direito do acusado de ser informado, sem demora, sobre as circunstâncias do crime contra ele alegado e o direito, antes e durante o julgamento, a todos os direitos e meios de defesa necessários;
- o direito a não ser condenado por um crime, exceto com base em responsabilidade penal individual;
- o direito a ser julgado na presença de outrem;
- o direito a não ser obrigado a testemunhar contra si próprio;
- o direito a interrogar ou ter interrogadas as testemunhas de acusação e a obter a presença e o interrogatório das testemunhas de defesa, nas mesmas condições das testemunhas de acusação;
- o direito de ter um julgamento proclamado publicamente;
- o direito de recorrer.<sup>196</sup>

Como tais garantias prescritas por leis humanitárias são aplicáveis a conflitos armados, elas devem integrar as garantias que os Estados devem assegurar em situações

---

<sup>196</sup> Vide artigo 49 da Convenção de Genebra para Melhorar a Condição dos Feridos e Doentes nas Forças Armadas no Campo, 1949; artigo 50 da Convenção de Genebra para Melhorar a Condição dos Feridos, Doentes e Náufragos nas Forças Armadas no Mar, 1949; artigos 105-108 da Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra; artigos 71-73 da Convenção de Genebra Relativa à População Civil em Tempos de Guerra, 1949; artigo 3º das quatro Convenções de Genebra; artigo 75(4) do Protocolo I das Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, e Relativa à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais; e artigo 6 do Protocolo II das Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, e Relativa à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não-internacionais (Protocolo II).

de emergência de natureza menos grave. Este também é o entendimento do Comitê de Direitos Humanos no Comentário Geral no. 29 (vide acima).

\*\*\*\*\*

Um tribunal especial organizado para julgar determinadas categorias de crimes pode envolver discriminação contrária ao artigo 26 do Pacto sem necessariamente violar o artigo 14. O caso *Kavanagh x Irlanda* dizia respeito à Corte Criminal Especial criada na Irlanda em seqüência à proclamação Governamental de 26 de maio de 1972, de acordo com a Seção 35(2) dos Crimes contra Lei Estadual de 1939. O autor reclamou que havia sido vítima de violação do artigo 14(1) do Pacto por estar sujeito a Corte Especial "que não lhe possibilitou um julgamento pelo tribunal do júri e o direito de interrogar testemunhas em estágio preliminar". Não lhe foi permitido, portanto, um julgamento justo.<sup>197</sup> O autor aceitou que "nem o julgamento pelo tribunal do júri nem o exame preliminar são exigidos pelo Pacto e que a falta de qualquer desses elementos ou de ambos não resulta necessariamente em um julgamento injusto". No entanto, ele considerou que "todas as circunstâncias de seu julgamento por uma Corte Criminal Especial fizeram com que seu julgamento fosse injusto".<sup>198</sup>

O Comitê de Direitos Humanos confirmou que "o julgamento por cortes outras que não as ordinárias não é necessariamente, por si, uma violação do direito a uma audiência justa" e acrescentou que os fatos do caso *Kavanagh* não demonstraram que houve tal violação.<sup>199</sup> Por outro lado, a decisão do Diretor da Promotoria Pública (DDP) de processar o autor perante uma corte extraordinariamente constituída retirou-lhe "certos procedimentos sob a legislação nacional, assim distinguindo o autor de outros processados por crimes semelhantes em cortes ordinárias". Como um julgamento pelo tribunal do júri foi considerado "uma proteção importante" no Estado-parte, este foi cobrado a demonstrar que a decisão de julgar o autor por um processo diferente "foi baseada em fundamento razoáveis e objetivos".<sup>200</sup> O Comitê então observou que os Crimes contra a Lei Estadual engloba um grande número de crimes específicos que podem ser julgados perante uma Corte Criminal Especial "se o DPP for de opinião que as cortes ordinárias 'são inadequadas para assegurar a efetiva administração da justiça' ". No entanto, o Comitê considerou problemático que:

"mesmo considerando que um sistema criminal truncado para certos crimes seja aceitável, desde que seja justo, o Congresso, por meio de legislação, relacionou determinados crimes graves que deveriam ser julgados por uma Corte Especial Criminal, sob a discricção não vinculada do DPP ('pensamento correto'), e segue, para permitir que, como no caso do autor, quaisquer outros crimes devam assim também ser julgados, se o DPP considerar que as cortes ordinárias são inadequadas. Não são exigidas razões para as decisões de que as Cortes Criminais Especiais sejam 'próprias' , ou

---

<sup>197</sup> Comunicação no. 819/1998, *Kavanagh x Irlanda* (Opiniões adotadas em 4 de abril de 2001), em *UN doc. GAOR, A/56/40* (vol. II), pág. 133, parágrafo 10.1.

<sup>198</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>199</sup> *Ibidem*

<sup>200</sup> *Ibidem*, pág. 133, parágrafo 10.2

que as cortes ordinárias sejam 'inadequadas', assim como não foram fornecidas para o Comitê as razões para a decisão nesse caso particular. Além disso, uma revisão judicial das decisões do DPP é efetivamente restrita às circunstâncias mais excepcionais e virtualmente não demonstráveis".<sup>201</sup>

O Comitê, portanto, concluiu que a Irlanda "fracassou em demonstrar que a decisão de julgar o autor perante uma Corte Criminal Especial foi baseada em fundamentos razoáveis e objetivos. Segue-se que seus direitos sob o artigo 26 foram violados. Por causa dessa conclusão, o Comitê acreditou que seria "desnecessário" examinar a questão da igualmente perante cortes e tribunais contida no artigo 14(1),<sup>202</sup> embora este dispositivo deva ser considerado *lex specialis* em relação ao artigo 26 do Pacto.

Embora o Comitê possa considerar que um julgamento perante um tribunal especial não é necessariamente contrário ao artigo 14 do Pacto, ele tem sido, como demonstrado no Capítulo 4<sup>o</sup>, particularmente severo em seus comentários sempre que foi outorgada jurisdição para tribunais militares julgarem civis. No caso da Eslováquia, por exemplo, o Comitê observou, com preocupação, que "civis podem estar sendo julgados por cortes militares em certos casos, incluindo-se revelação de segredos de Estado, espionagem e segurança de Estado". Ele recomendou "uma alteração no Código Penal para proibir o julgamento de civis por tribunais militares *em quaisquer circunstâncias*".<sup>203</sup> Com relação ao Peru, o Comitê recebeu "com satisfação" a notícia da abolição das cortes "sem face", e "o fato de o crime de terrorismo ter sido transferido da jurisdição das cortes militares para as cortes criminais ordinárias".<sup>204</sup> No entanto, o Comitê lamentou o fato de "que as cortes militares continuam a ter jurisdição sobre civis acusados de traição, que são julgados sem as garantias previstas no artigo 14 do Pacto". Com referência ao Comentário Geral no. 13 do artigo 14, enfatiza-se que "a jurisdição de cortes militares sobre civis não é consistente com uma justa, imparcial e independente administração de justiça".<sup>205</sup>

Com relação ao Uzbequistão, o Comitê observou com preocupação "que as cortes militares têm ampla jurisdição", que também abrange "casos civis e criminais quando, na opinião do Executivo, circunstâncias especiais de um caso específico não permitem a utilização de cortes de jurisdição geral". O Comitê notou que o Estado-parte não forneceu definição do que sejam "circunstâncias especiais" e manifestou ainda preocupação [com o fato de] essas cortes terem jurisdição para casos civis e criminais envolvendo não-militares, em contravenção aos artigos 14 e 26 do Pacto. O Estado-parte deve adotar as medidas legislativas necessárias para restringir a jurisdição das cortes militares para julgar militares acusados de crimes militares.<sup>206</sup> Finalmente, o Comitê recomendou que a

---

<sup>201</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>202</sup> *Ibidem*, pág. 133, parágrafo 10.3.

<sup>203</sup> *UN doc. GAOR, A/52/40* (vol. I), pág. 60, parágrafo 381; grifos nossos.

<sup>204</sup> *UN doc. GAOR, A/56/40* (vol. I), pág. 45, parágrafo 4.

<sup>205</sup> *Ibidem*, pág. 47, parágrafo 12.

<sup>206</sup> *Ibidem*, págs. 61-62, parágrafo 15.

Guatemala "altere a lei para limitar a jurisdição das cortes militares para julgar militares acusados de crimes de natureza exclusivamente militar".<sup>207</sup>

\*\*\*\*\*

No caso *Castillo Petruzzi e outros* as alegadas vítimas foram condenadas por traição por um tribunal militar "sem face" e sentenciadas à prisão perpétua. Como a acusação foi de traição, foi utilizado um "processo sumário 'no teatro das operações', perante juízes 'sem face' " e não foram permitidas ações que permitissem "garantias judiciais".<sup>208</sup> O Sr. Castillo Petruzzi foi condenado por traição por uma Corte Militar Especial e sentenciado à "prisão perpétua com completa desqualificação pela vida, incomunicável em sua cela no primeiro ano de encarceramento e, então, a trabalhos forçados". Tal condenação foi confirmada pelo Tribunal Militar Especial e um pedido de nulidade do julgamento foi subsequentemente rejeitado pelo Tribunal Especial da Suprema Corte Militar de Justiça.<sup>209</sup> Ao tempo do julgamento fora decretado estado de emergência em Lima e na Província Constitucional de Callo e as seguintes garantias da Constituição Peruana estavam suspensas: inviolabilidade de domicílio, liberdade de ir e vir, direito de reunião, bem como prisão e encaminhamento ao juiz.<sup>210</sup> Com relação ao julgamento do Sr. Castillo Petruzzi, ficou estabelecido *que* seu advogado estava proibido de conferenciar com ele "privadamente, seja antes da audiência preliminar ou mesmo antes da decisão de primeira instância", *que* o Sr. Castillo Petruzzi "ficasse de olhos vendados e algemado durante a duração da audiência preliminar" *e que* nem ele nem seu advogado "tivessem acesso às provas de acusação, nem fosse permitido ao advogado de defesa reinquirir as testemunhas cujos depoimentos constavam do relatório da investigação policial".<sup>211</sup>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu, com os fundamentos seguintes, que o artigo 8(1) da Convenção Americana de Direitos Humanos havia sido violado neste caso:

"128. ...Transferir a jurisdição de uma corte civil para uma corte militar, assim permitindo que cortes militares julguem civis acusados de traição, significa que o tribunal competente, independente e imparcial previamente estabelecido em lei, está afastado de julgar tais casos. Com efeito, tribunais militares não são os previamente estabelecidos em lei para civis. Não tendo funções ou deveres militares, os civis não podem se envolver em comportamentos que violem as obrigações militares. Quando uma corte militar assume a jurisdição de um caso que uma corte

---

<sup>207</sup> *Ibidem*, pág. 96, parágrafo 20.

<sup>208</sup> *I-A Court HR*, Caso: Castillo Petruzzi e outros, decisão proferida em 30 de maio de 1999, Série C, no. 52, pág. 162, parágrafo 86.10.

<sup>209</sup> *Ibidem*, págs. 170-171, parágrafos 86.36 and 86.40-86.43.

<sup>210</sup> *Ibid*, págs. 159-160, parágrafo 86.5.

<sup>211</sup> *Ibidem*, pág. 168, parágrafo 86.30.

ordinária deveria ter, o tribunal independente e imparcial previamente estabelecido em lei e, *a fortiori*, seu direito ao devido processo legal são violados. O direito ao devido processo legal, por sua vez, está intimamente vinculado ao verdadeiro direito de acesso à justiça.

129. Um princípio básico de independência do Poder Judiciário é o de que toda pessoa tem o direito de ser julgada por uma corte regular, observando-se procedimentos previamente estabelecidos em lei. Aos Estados não é permitido criar '(t)ribunais que não observem o devidamente estabelecido devido processo legal... [sic] para deslocar a jurisdição pertencente às cortes ordinárias ou tribunais judiciais'.

130. Sob o Artigo 8(1) da Convenção Americana, um juiz presidente deve ser competente, independente e imparcial. No caso em estudo, as forças armadas, totalmente engajadas na luta contra-insurreição, estão também promovendo ações penais contra pessoas associadas a grupos de insurreição. Isso debilita consideravelmente a imparcialidade que todo juiz deve ter. Além disso, sob o Estatuto da Justiça Militar, membros da Suprema Corte de Justiça Militar, o mais alto órgão da Justiça Militar, são nomeados pelo ministro do respectivo setor. Os membros da Suprema Corte de Justiça Militar também decidem quem, entre seus subordinados, será promovido e quais incentivos serão concedidos; também atribuem funções. Somente isso é suficiente para colocar em séria dúvida a independência dos juízes militares.

131. A Corte decidiu que as garantias a que todas as pessoas que são julgadas devem ter são não apenas essenciais, mas judiciais. Implícito nesse conceito está o envolvimento ativo de um corpo judicial independente e imparcial, com poder para afastar a ilegalidade de medidas adotadas no estado de emergência".<sup>212</sup>

A Corte concluiu "que os tribunais militares que julgaram as alegadas vítimas por crimes de traição não satisfizeram as exigências implícitas das garantias de independência e imparcialidade que o Artigo 8(1) da Convenção Americana reconhece como essenciais para o devido processo legal". Outros problemas são os de que os juízes que presidiram o julgamento de traição eram "sem face" e de que os réus não "tinham nenhuma forma de saber a identidade de seus juízes", sendo, assim, incapazes de discutir sua competência.<sup>213</sup>

\*\*\*\*\*

---

<sup>212</sup> *Ibidem*, págs. 196-197, parágrafos 128-131; omissão da nota de rodapé. No parágrafo 129, o Tribunal citou o Princípio no. 5 dos Princípios Básicos das Nações Unidas sobre a Autonomia do Judiciário.

<sup>213</sup> *Ibidem*, pág. 197, parágrafos 132-133.

A Corte Européia de Direitos Humanos examinou a conformidade das Cortes Marciais na Turquia com o artigo 6(1) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos. No caso *Yalgin e outros*, dois dos requerentes alegaram que seu direito à ampla defesa fora violado em virtude de sua condenação pelo Tribunal de Lei Marcial de Ankara, que carecia de autonomia e imparcialidade. A Corte Européia observou que o Tribunal de Lei Marcial foi “criado para lidar com violações à ordem constitucional e seu regime democrático”. Concluiu-se, entretanto, que não era uma tarefa “para determinar *in abstracto* se seria necessário agrupar tais tribunais em um Estado Contratante ou revisar a prática relevante, mas sim assegurar se a maneira na qual um deles funcionava infringia o direito a um julgamento justo”.<sup>214</sup> Os Tribunais de Lei Marcial da Turquia têm cinco integrantes: dois juízes civis, dois juízes militares e um oficial do Exército. As questões relativas à autonomia e imparcialidade dos juízes militares e do oficial do exército foram consideradas em conjunto, enquanto a autonomia e imparcialidade dos dois juízes civis não foram questionadas.

Os juízes militares escolhidos “foram indicados com a aprovação do Chefe do Gabinete da Casa Civil e através de um decreto assinado pelo Ministro da Defesa, pelo Primeiro-Ministro e pelo Presidente da República. O oficial do Exército, um coronel experiente... [sic], foi indicado na proposta do Chefe do Gabinete da Casa Civil de acordo com as regras que norteiam as reuniões dos juízes militares. Esse oficial [foi] destituído após um ano de sua nomeação.”<sup>215</sup> Com relação à existência de salvaguardas para a proteção dos membros do Tribunal de Lei Marcial contra pressão externa, a Corte Européia observou que “os juízes militares se submetem ao mesmo treinamento profissional que seus companheiros civis”, inclusive “gozam de garantias constitucionais idênticas aos juízes civis. Não podem ser destituídos de seu cargo ou forçados a se aposentar antecipadamente sem seu próprio consentimento. Como membros comuns do Tribunal de Lei Marcial, eles são considerados indivíduos. De acordo com a Constituição, devem ser independentes e nenhuma autoridade pública poderá dar-lhes instruções, no tocante às suas atividades judiciais, ou influenciá-los no exercício de suas atividades.”<sup>216</sup>

Entretanto, três outros aspectos dessa condição trouxeram à tona a discussão sobre sua independência e imparcialidade:

- **Primeiro:** “os juízes militares são empregados que ainda pertencem ao Exército, o qual por sua vez é subordinado ao Poder Executivo”;
- **Segundo:** “conforme corretamente enfatizado pelo requerente, eles continuam sujeitos à disciplina militar e avaliados por meio de relatórios preparados para tal fim. Os militares deverão ser favoravelmente avaliados tanto por seus superiores administrativos quanto por seus superiores judiciais para serem promovidos”;

---

<sup>214</sup> *Eur. Court HR*, Caso: *Yalgin e outros x Turquia*, decisão proferida em 25 de setembro de 2001, parágrafos 43-44 da decisão publicada no site <http://echr.coe.int>

<sup>215</sup> *Ibidem*, parágrafo 40.

<sup>216</sup> *Ibidem*, parágrafo 41.

- **Terceiro:** “decisões atinentes às suas atividades são freqüentemente tomadas pelas autoridades administrativas e pelo Exército”.<sup>217</sup>

Finalmente, o oficial do Exército do Tribunal de Lei Marcial era “hierarquicamente subordinado ao comandante da lei marcial e/ou comandante da unidade militar em questão” e “não era independente dessas autoridades”.<sup>218</sup>  
A Corte Européia, desta forma, observou que:

“Até mesmo as aparências podem ter alguma importância. O que está em jogo é a confiança que os tribunais de sociedades democráticas devem inspirar nas pessoas e, acima de tudo, tendo em vista os procedimentos criminais, nos acusados. Ao decidir se em determinado caso há uma razão legítima para recear que um tribunal qualquer não venha a decidir de forma independente ou imparcial, o ponto de vista do acusado será importante, mas não decisivo. Considera-se decisivo se suas dúvidas puderem ser mantidas a ponto de serem justificadas objetivamente.”<sup>219</sup>

A Corte considerou ainda que:

“se, como no presente caso, os membros de um tribunal incluírem pessoas em posição subordinada, em relação às suas atividades e organização dos seus serviços, em comparação a uma das partes, os indivíduos acusados poderão suscitar uma dúvida legítima sobre a autonomia dessas pessoas. Essa situação afeta gravemente a credibilidade que os tribunais devem inspirar em uma sociedade democrática... [sic] Ademais, a Corte atribui grande importância ao fato de um civil ter sido convocado a comparecer perante um tribunal composto, ainda que apenas em parte, de membros das Forças Armadas.”<sup>220</sup>

À luz das considerações acima, o Tribunal opinou o seguinte:

“os réus – julgados em um Tribunal de Lei Marcial sob a acusação de tentarem enfraquecer a ordem constitucional do Estado – poderiam ter razões legítimas para temer seu julgamento por um tribunal composto por dois juízes militares e um oficial do Exército sob a autoridade do comandante oficial do estado da lei marcial. O fato de dois juízes civis, cuja autonomia e imparcialidade não são

---

<sup>217</sup> *Ibidem*, parágrafo 42.

<sup>218</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>219</sup> *Ibidem*, parágrafo 45.

<sup>220</sup> *Ibidem*, parágrafo 46.

duvidadas, fazerem parte daquele tribunal não faz nenhuma diferença neste caso.”<sup>221</sup>

O Tribunal concluiu que o artigo 6(1) da Convenção foi violado uma vez que “o receio dos réus acerca da carência de autonomia e imparcialidade do Tribunal de Lei Marcial [poderia] ser considerado como uma justificativa objetiva”.<sup>222</sup>

\*\*\*\*\*

Resta claro que, no presente estágio de desenvolvimento da lei internacional de direitos humanos, é improvável que os órgãos de controle internacionais concluam que os tribunais especiais são contrários às leis de direitos humanos. Entretanto, tenderão a considerar se atendem às garantias do devido processo legal previstas em lei, incluindo o direito de ser julgado sempre por um tribunal independente e imparcial. Quando oficiais militares e outros membros das Forças Armadas formam parte de um tribunal especial para o julgamento de um civil, os órgãos de controle internacionais têm invariavelmente concluído que tais tribunais não são independentes, tampouco imparciais, conforme exigido pela lei internacional de direitos humanos (vide Capítulo 4, item 4.7).

*Toda pessoa tem o direito, a qualquer tempo, de ser julgada por um tribunal competente, independente e imparcial e que respeite as garantias do direito à ampla defesa e ao devido processo legal, incluindo-se a presunção de sua inocência até que se prove o contrário.*

*Tribunais especiais não podem violar as garantias conferidas pelos direitos à ampla defesa e ao devido processo legal. No entanto, um controle é necessário para garantir que tais tribunais cumpram todas as exigências básicas para assegurar a ampla defesa e o devido processo legal, além da exigência de o tribunal ser competente, independente e imparcial. Como todos os demais tribunais, os tribunais especiais devem respeitar estritamente o princípio da igualdade e proibição da discriminação.*

*Os Tribunais Militares não são competentes, a priori, para julgar civis suspeitos de terem cometido atos criminosos, uma vez que esses tribunais são geralmente incapazes de serem justos, independentes e imparciais.*

*Os princípios da ampla defesa e do devido processo legal previstos*

<sup>221</sup> *Ibidem*, parágrafo 47.

<sup>222</sup> *Ibidem*, parágrafo 48.

*na legislação humanitária internacional estabelecem um limite mínimo sob o qual nenhum Estado pode, a qualquer tempo, diminuir as garantias conferidas pelos direitos à ampla defesa e ao devido processo legal. Como esses princípios foram criados para conflitos armados de caráter internacional e nacional, situações críticas, oriundas de conflitos de menor natureza, clamam por princípios mais fortes.*

*As **garantias mínimas** em julgamentos criminais previstas no artigo 14(3) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 8(2) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e artigo 6(3) da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos constituem uma importante, talvez insuficiente, base para as garantias de julgamento justo, que deverão ser sempre aplicadas, inclusive em casos de emergência pública que ameacem a existência de uma nação (em nível universal e europeu) ou a autonomia ou segurança do Estado (as Américas).*

## **5. A Condição da Coerência com Outras Obrigações Legais Internacionais**

O artigo 4(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 27(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e artigo 15(1) da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos dispõem que as medidas derogatórias não poderão ser incoerentes com outras obrigações dos Estados-parte sob as leis internacionais. A mesma condição é estabelecida no artigo 30(1) da Carta Social Europeia e no artigo F (1) da Carta Revisada.

O termo “outras obrigações sob leis internacionais” é muito abrangente e pode ser interpretado, em teoria, de forma a incluir qualquer obrigação legal advinda de tratados internacionais ou de direito consuetudinário, ou até mesmo dos princípios gerais do direito, que são importantes para o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais prejudicados por medidas derogatórias. No Comentário Geral no. 29, o Comitê de Direitos Humanos estabelece, nesse sentido, que:

“Nenhuma medida derogatória advinda das disposições do Pacto poderá ser incoerente com as outras obrigações do Estado-parte sob as leis internacionais, particularmente no que tange às regras da legislação humanitária internacional. O artigo 4º do Pacto não pode ser interpretado como uma justificativa para sua derrogação, se a referida derrogação envolver a violação de outras obrigações do Estado, quer baseadas em tratados quer na legislação internacional em geral. Isto é refletido inclusive no artigo 5º, parágrafo 2º do Pacto, sob o qual não deve haver restrições ou derrogações de direito fundamental reconhecido em outros instrumentos sob o pretexto de o Pacto não reconhecer tais direitos ou reconhecê-los em menor extensão.”<sup>223</sup>

Para possibilitar que o Comitê “considere as outras obrigações de um Estado-parte quando considera se o Pacto permite que o Estado-parte derogue disposições específicas do Pacto”, os Estados-parte deverão, ao invocar o artigo 4(1) ou submeter seus relatórios periódicos, “apresentar informações referentes às suas obrigações internacionais que sejam importantes para a proteção dos direitos em questão, em particular aquelas obrigações aplicáveis em situações de emergência [e] deverão levar em consideração o desenvolvimento da legislação internacional acerca dos princípios de direitos humanos aplicáveis em situações de emergência.”<sup>224</sup>

No caso de países que tenham ratificado tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos quanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é de fundamental importância para o Comitê de Direitos Humanos que seja examinado se as medidas derogatórias das obrigações de um Estado-membro sob o Pacto são incoerentes com suas obrigações sob a Convenção Americana, a qual inclui uma lista mais abrangente dos direitos inderrogáveis.

\*\*\*\*\*

A Corte Européia de Direitos Humanos deixou claro que sua função sob a Convenção Européia requer que ela examine a coerência das medidas derogatórias com as outras obrigações do Estado Contratante sob as leis internacionais.<sup>225</sup> No entanto, tanto no caso *Lawless* como no caso *Irlanda x Reino Unido*, a Corte não tinha informação alguma para sugerir que o Estado derogante teria desconsiderado essas obrigações. No último caso, observou-se que “o governo irlandês nunca forneceu à Comissão ou à Corte informações detalhadas relevantes sobre o pedido formulado ou breve relato do pedido.”<sup>226</sup> Conforme demonstrado nesses casos, embora a Corte tenha o dever de examinar, *proprio motu*, a coerência das medidas derogatórias com as obrigações do Estado com outras obrigações do Estado-parte sob as leis internacionais”, a Corte baseia-se em argumentos submetidos pela parte, a qual alega uma violação desse princípio em vez de realizar uma análise minuciosa.

---

<sup>223</sup> UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 204, parágrafo 9.

<sup>224</sup> Ibid, págs. 204-205, parágrafo 10.

<sup>225</sup> Eur. Court HR, *Caso Lawless* (Mérito), decisão proferida em 1º de julho de 1961, Série A, no. 3, pág. 60, parágrafos 40-41.

<sup>226</sup> *Ibidem*, pág. 60, parágrafo 41, e Eur. Court HR, *Caso: Irlanda x Reino Unido*, decisão proferida em 18 de janeiro de 1978, Série A, no. 25, pág. 84, parágrafo 222.

No caso *Brannigan & McBride*, o requerente argumentou que o governo do Reino Unido violou o princípio da coerência previsto no artigo 15(1) da Convenção, uma vez que a emergência pública não tinha sido oficialmente proclamada, como exigido pelo artigo 4º do Pacto Internacional. A Corte observou nessa ocasião que não era sua função tentar definir autoritariamente o significado do termo “oficialmente proclamada” previsto no artigo 4º do Convênio, mas teve, entretanto, de examinar se havia “alguma base convincente para o argumento do requerente”.<sup>227</sup> Concluiu-se, contudo, que “não havia base para os argumentos do requerente”, em relação à declaração da Câmara dos Comuns prestada pelo Secretário de Estado do Ministério do Interior, na qual “explicou em detalhes as razões pelas quais o Governo foi levado a derrogar e anunciou que medidas estavam sendo tomadas para comunicar a derrogação sob o artigo 15 da Convenção Europeia e artigo 4º do Pacto Internacional. Declarou também que havia “uma emergência pública de acordo com o significado dessas disposições acerca do terrorismo em relação aos negócios da Irlanda do Norte no Reino Unido.”<sup>228</sup> Na opinião da Corte, esta declaração, “que era de caráter formal e tornou pública as intenções do Governo acerca da derrogação, conseguiu transmitir apropriadamente a idéia de proclamação oficial”.<sup>229</sup>

Por fim, no caso *Marshall*, a Corte declarou que “nada nas referências do requerente às observações do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas sugere que o Governo (do Reino Unido) tenha violado suas obrigações previstas no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ao manter sua derrogação após 1995”. Desta forma, o requerente não teve como sustentar “que a manutenção da derrogação era incoerente com as obrigações das autoridades previstas nas leis internacionais”.<sup>230</sup>

Em outras palavras, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos demonstra que, exceto nos casos em que o requerente apresentar alegações claras e bem fundadas sobre a suposta violação, pelo Estado demandado, das obrigações previstas na legislação internacional, a Corte não apreciará a demanda.

---

<sup>227</sup> *Eur. Court HR*, Caso: *Brannigan & McBride x Reino Unido*, decisão proferida em 26 de maio de 1993, Série A, no. 258-B, pág. 57, parágrafo 72.

<sup>228</sup> *Ibidem*, pág. 57, parágrafo 73.

<sup>229</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>230</sup> *Eur. Court HR*, *Caso Marshall*, decisão sobre admissibilidade de 10 de julho de 2001, pág. 11, publicada no site <http://echr.coe.int>

*Ao recorrer a medidas que derroguem suas obrigações previstas na legislação internacional de direitos humanos, os Estados deverão assegurar que essas medidas não estão em desconformidade com suas “outras obrigações previstas em legislação internacional”, tais como o princípio de direitos humanos, as leis humanitárias ou outros princípios relevantes, aos quais o Estado esteja obrigado por força de tratado internacional, do direito consuetudinário ou dos princípios gerais de direito.*

## 6. A Condição da Não-Discriminação

De acordo com o artigo 4(1) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e artigo 27(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, medidas derogatórias “não devem envolver discriminação com base tão-somente em raça, cor, sexo, idioma, religião ou classe social”.

O Artigo 15 (1) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos não faz tal menção ao princípio da não-discriminação. Na medida em que um Estado Contratante da Convenção Européia também seja um Estado-parte do Pacto Internacional, não lhe seria permitido tomar medidas derogatórias com fulcro nas razões mencionadas acima mesmo com base no artigo 15 da Convenção, já que tais medidas não podem ser “incoerentes” com “outras obrigações do Estado sob as leis internacionais”. De qualquer forma, há uma certa flexibilidade inerente ao princípio da igualdade e não-discriminação que permite que os Estados derogatórios ajustem suas medidas às necessidades específicas da situação de crise sem violar suas obrigações constantes do Pacto. Conforme destacado no Capítulo 13 deste Manual, não decorre do princípio da igualdade e não-discriminação a idéia de que todas as distinções feitas entre pessoas são ilegais sob a legislação internacional. ***Entretanto, distinções são legais somente quando buscam uma finalidade legítima e são proporcionais a essa finalidade ou coerentes com ela.*** Na medida em que medidas derogatórias significantes respeitem esse critério tanto em casos gerais quanto específicos, elas são consideradas legais. Como o princípio da igualdade e não-discriminação é fundamental tanto na legislação internacional de direitos humanos quanto na legislação internacional em geral, medidas derogatórias que discriminam pessoas ou grupos de pessoas não podem, em nenhuma circunstância, ser consideradas legais, mesmo se embasadas em tratados que não mencionem, *expressis verbis*, proibição à discriminação na disposição derogatória.

\*\*\*\*\*

O Comitê de Direitos Humanos considerou no Comentário Geral no. 29 que, embora o artigo 26 do Pacto e as outras disposições relacionadas à não-discriminação (a saber, arts. 2, 3, 14(1), 23(4), 24(1) e 25)

“não tenham sido listados entre as disposições inderrogáveis do artigo 4º, parágrafo 2º, há elementos ou aspectos do direito de não-discriminação que não podem ser derogados em hipótese alguma. Em especial, a disposição prevista no artigo 4º, parágrafo 1º, deverá ser obedecida caso qualquer distinção entre pessoas seja feita quando se recorrer a medidas derogatórias do Pacto.”<sup>231</sup>

\*\*\*\*\*

A questão de discriminação relacionada ao uso de poderes extrajudiciais de prisão e detenção estava em pauta no caso *Irlanda x Reino Unido*, embora a Corte Européia de Direitos Humanos tenha decidido, por quinze votos a dois, que não ficou determinado que houve discriminação em descumprimento ao artigo 14, lido juntamente com o artigo 5º da Convenção Européia.<sup>232</sup> O Governo da Irlanda sustentou que poderes excepcionais foram inicialmente usados apenas contra “pessoas suspeitas de participação em atos terroristas ou que possuíam informações sobre o grupo terrorista IRA”, poderes esses que, “posteriormente, também foram usados, porém em menor escala, contra supostos terroristas legalistas.”<sup>233</sup>

Analisando a diferença entre o tratamento dado ao terrorismo legalista e ao terrorismo republicano durante a *primeira fase* do período em consideração (1971 até o final de março de 1972), a Corte concluiu que “existiam enormes diferenças entre o terrorismo legalista e o terrorismo republicano. Nesta época, a maioria de assassinatos, explosões e outros atos de vandalismo foi atribuída aos republicanos” que tinham uma “estrutura bem mais organizada” e “constituíram uma ameaça muito mais séria do que os terroristas legalistas”, que eram mais frequentemente levados aos juízos criminais.<sup>234</sup> Todavia, *o segundo período* examinado (30 de março de 1972 – 4 de fevereiro de 1973) deu origem à “questões delicadas”. Houve um “crescimento espetacular no terrorismo legalista”. Parecia, acima de qualquer dúvida para a Corte, “que as razões que teriam influenciado o período antes de 30 de março de 1972 tornaram-se cada vez menos válidas com o passar do tempo. Apesar disso, a Corte [considerou] irreal definir em fases uma situação que mudava em sua essência e evoluía constantemente” e, “levando em conta os limites dos seus poderes de revisão, a

---

<sup>231</sup> UN doc. GAOR, A/56/40 (Vol. I), Relatório HRC, pág. 204, parágrafo 8.

<sup>232</sup> Eur. Court HR, Caso: Irlanda x Reino Unido, decisão proferida em 18 de janeiro de 1978, Série A, no. 25, pág. 95.

<sup>233</sup> *Ibidem*, pág. 85, parágrafo 225.

<sup>234</sup> *Ibidem*, pág. 86, parágrafo 228.

Corte [não poderia] afirmar que, durante o período em apreço, o Reino Unido tenha violado o artigo 14, cumulado com o artigo 5<sup>o</sup>, quando utilizou poderes emergenciais isoladamente contra o IRA.”<sup>235</sup> O alvo perseguido naquele momento – “a eliminação daquela grande organização – poderia ser considerado como legítimo e os meios utilizados não pareciam desproporcionais.”<sup>236</sup>

Contudo, o dia 5 de fevereiro de 1973 constituiu um marco, a partir do qual as restrições extrajudiciais foram usadas para combater o terrorismo... [sic] e não mais apenas uma determinada organização. Levando em consideração toda a extensão do processo de aplicação da lei na campanha contra as duas categorias de terroristas, a Corte entendeu que "a diferença inicial de tratamento não continuou durante o último período considerado".<sup>237</sup>

*Quando recorrerem a medidas derogatórias de suas obrigações legais sob o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os Estados-parte deverão assegurar que essas medidas não envolverão discriminação com base tão-somente em raça, cor, sexo, idioma, religião ou classe social”.*

*Todos os Estados derogantes deverão, a qualquer tempo, garantir o princípio da igualdade e proibição de discriminação, que é um princípio fundamental previsto na legislação dos direitos humanos internacionais e leis internacionais em geral. De acordo com a legislação internacional, a proibição da discriminação é essencialmente flexível e permite que os Estados derogantes tomem medidas estritamente necessárias para superar uma situação de emergência, desde que essas medidas busquem uma finalidade legítima e sejam razoáveis/proporcionais à luz dessa finalidade.*

<sup>235</sup> *Ibidem*, págs. 86-87, parágrafo 229.

<sup>236</sup> *Ibidem*, pág. 87, parágrafo 230.

<sup>237</sup> *Ibidem*, págs. 87-88, parágrafo 231.

## 7. A CONDIÇÃO DA NOTIFICAÇÃO INTERNACIONAL

Quando os Estados-parte dos três principais tratados, objeto deste capítulo, utilizam-se de seu direito de derrogar, eles também têm a obrigação de obedecer ao regime da notificação internacional. Como visto na subsecção 2.2 acima, um dos elementos essenciais introduzidos pelos redatores para impedir o abuso do direito de derrogar, foi a aceitação desta obrigação. Embora as disposições sobre notificação nos vários tratados não sejam idênticas, assemelham-se. O artigo 4(3) do Pacto Internacional prevê o seguinte:

“Quaisquer dos Estado-parte do presente Pacto, que exercerem o direito de derrogação, deverão informar imediatamente aos demais Estados-parte do presente Pacto, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas, quais as disposições que tiverem derogado, bem como as razões que motivaram tal decisão. Comunicação posterior também deverá ser feita pelos mesmos meios, na data do término da derrogação.”

O Comitê dos Direitos Humanos sustenta que “a notificação é essencial não apenas para que o Comitê possa exercer suas funções, principalmente para aferir se as medidas tomadas pelo Estado-parte tornaram-se necessárias de acordo com a situação de fato, mas também para permitir aos demais Estados-parte monitorar o cumprimento das disposições do Pacto”.<sup>238</sup> É enfatizada “a obrigação de imediata notificação internacional sempre que um Estado-parte tome medidas derogando suas obrigações constantes do Pacto. A obrigação do Comitê de monitorar a lei e a atividade do Estado-parte, com relação ao cumprimento do artigo 4º, independe de ter o Estado feito a notificação”.<sup>239</sup>

Tendo em vista o “caráter sumário” de muitas das notificações recebidas no passado, o Comitê enfatiza que “a notificação deverá incluir informação completa sobre as medidas tomadas com relação à lei e uma clara exposição das respectivas razões, anexando documentação completa. Notificações adicionais serão necessárias se o Estado-parte, posteriormente, tomar mais medidas sob o artigo 4º como, por exemplo, se estender a duração de um estado de emergência. A exigência de imediata notificação aplica-se, igualmente, com relação ao término da derrogação. Estas obrigações não têm sido sempre respeitadas.”<sup>240</sup>

<sup>238</sup> UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 207, parágrafo 17.

<sup>239</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>240</sup> *Ibidem*

\*\*\*\*\*

Segundo o artigo 27(3) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

“Qualquer Estado-parte que utilizar o direito de suspensão deverá informar imediatamente aos demais Estados-parte, por intermédio do Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos, quais as disposições que tiveram sua aplicação suspensa, bem como as razões que motivaram a suspensão e a data prevista para o término da referida suspensão.”

Como no caso do artigo 4(3) do Pacto, um Estado que utilizar o direito de derrogar, como estabelecido na Convenção Americana, deverá (i) notificar *imediatamente* os demais Estados-parte sobre a suspensão, (2) submeter informações sobre as *disposições* que tiverem sido suspensas e (3) declarar as *razões* para esta suspensão. O Estado-parte deverá, ainda, estabelecer uma data para o término da suspensão. O artigo 27(3), no entanto, não obriga os Estados-parte a submeter uma segunda notificação após o término da suspensão.

\*\*\*\*\*

O artigo 15(3) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos estipula que:

“Quaisquer das Altas Partes Contratantes que utilizar o direito de derrogação deverá manter o Secretário-Geral do Conselho Europeu totalmente informado sobre as medidas tomadas e suas respectivas razões. Deverá, também, informar ao Secretário do Conselho Europeu quando do término das medidas e que as disposições da Convenção estão novamente sendo observadas em sua integralidade.”

\*\*\*\*\*

É importante notar que o artigo 15(3) não exige, expressamente, que o Estado que utilizar o direito de derrogação indique as *disposições* que tiver derrogado. Entretanto, o termo “totalmente informado” indica que o Estado deve fornecer informações abrangentes sobre as medidas tomadas. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem competência para examinar *proprio motu*, nos casos que lhe forem submetidos, se o Estado cumpriu as exigências do artigo 15(3). Depreende-se da jurisprudência do Tribunal que a notificação deva ser submetida “sem demora”, condição que foi considerada cumprida no caso *Lawless*, em que ocorreu um intervalo de 12 dias entre a entrada em vigor das medidas derogatórias e a submissão da respectiva notificação.<sup>241</sup> No mesmo caso, o Tribunal concluiu que o Governo havia fornecido ao Secretário-Geral “informações suficientes sobre as medidas tomadas e respectivas razões” quando explicou por escrito que “as medidas haviam sido tomadas para impedir atos contra a paz e ordem pública e para impedir a manutenção de forças armadas ou militares, além

---

<sup>241</sup> Eur. Court HR, *Caso Lawless* (Mérito), decisão proferida em 1º de julho de 1961, Série A, no. 3, pág. 62, parágrafo 47.

daquelas autorizadas pela Constituição”. O Tribunal entendeu que cópias da relevante legislação emergencial e da proclamação que a instituiu haviam sido anexadas.<sup>242</sup>

\*\*\*\*\*

O artigo 30(2) da Carta Social Européia e o artigo F(2) da Carta revisada, contêm, em substância, uma obrigação similar de notificação, embora seja suficiente que a notificação seja submetida “dentro de um razoável lapso de tempo”.

\*\*\*\*\*

*Embora as condições possam variar, segundo os diversos tratados, pode-se dizer que, em geral, quando um Estado-parte exerce o direito de derrogação previsto nos Tratados sobre Direitos Humanos, deve imediatamente notificar os demais Estados-parte sobre as medidas derogatórias, por intermédio do Secretário-Geral da respectiva Organização, descrevendo as medidas tomadas com suficientes detalhes, declarando as razões respectivas e, quando se tratar do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, especificando as disposições que foram derogadas.*

*A exigência de notificação internacional é um instrumento importante para impedir o abuso do direito de derrogação, já que permite um aperfeiçoado monitoramento da ação do Estado pelos demais Estados-parte e órgãos de controle internacionais.*

---

<sup>242</sup> *Ibidem, loc. cit*

## 8. O Papel dos Juízes, Promotores e Advogados na Garantia da Efetiva Proteção dos Direitos Humanos em Situações de Emergência

Os direitos e liberdades do indivíduo são sempre frágeis em épocas de distúrbios internos ou externos. Frequentemente os Governos, ao enfrentarem uma emergência, decidem tomar medidas que interferem, às vezes de forma drástica, nesses direitos, tais como o direito à liberdade e à segurança; o direito a um devido processo legal perante um tribunal independente e imparcial; o direito à obtenção de remédios legais contra violações dos direitos humanos; o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão, associação e reunião. Entretanto, este capítulo mostrou que, de acordo com as leis internacionais sobre direitos humanos, tribunais independentes e imparciais devem, **em primeiro lugar**, ser autorizados a continuar, livremente, a funcionar durante uma situação de emergência, de forma a assegurar a efetiva proteção daqueles direitos que, em nenhuma circunstância, poderão ser derogados. **Em segundo lugar**, estes tribunais - pelo menos de acordo com o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - devem permanecer competentes para exercer controle de tal forma que uma medida derogatória não exceda os limites (seja em geral, seja em um determinado caso específico) necessários para enfrentar a situação de emergência. **Finalmente**, de acordo com todos os tratados, os tribunais devem estar disponíveis para garantir que aqueles direitos que não foram derogados, continuem a ser totalmente assegurados.

Estes princípios legais básicos significam que, mesmo durante uma situação de emergência, juízes, promotores e advogados deverão estar autorizados a exercer suas responsabilidades profissionais de forma imparcial e independente, livres de interferências ou pressões externas. As profissões legais devem estar sempre vigilantes para impedir violações e excessos, no campo de direitos humanos, que possam ser cometidas a pretexto de uma situação de emergência, autêntica ou não. Como visto neste Capítulo, mesmo o combate ao terrorismo deve submeter-se às regras fundamentais que protegem a pessoa humana contra tortura e maus tratos, contra prisão arbitrária e contra julgamentos injustos por tribunais que não obedeçam às garantias do devido processo legal. É responsabilidade legal dos juízes, promotores e advogados dar o melhor de si para que o Princípio da Legalidade, Princípio do Estado de Direito e os direitos humanos fundamentais sejam efetivamente garantidos, mesmo quando o Estado estiver em estado de insurgência.

O dever dos promotores, principalmente o de investigar e processar a violação destes direitos, tais como o direito à vida, o direito à integridade física, liberdade e segurança, também permanece intacto. Os promotores deverão precaver-se para que nenhum ato que viole estes direitos seja cometido, tais como seqüestros, desaparecimentos involuntários, execuções extrajudiciais, tortura ou outra forma de maus

tratos, detenção não divulgada ou outra qualquer forma de privação de liberdade. O dever legal do Estado de impedir, investigar, processar, punir e reparar estes tipos de violação de direitos humanos permanece igualmente válido durante uma situação de emergência.

Os advogados, por sua vez, devem manter-se comprometidos com a vigorosa defesa dos direitos e liberdades do ser humano, mesmo em situações de emergência, embora suas condições de trabalho possam vir a ser extremamente desafiantes.

## 9. Considerações Finais

Ao contrário do que se possa imaginar, as leis internacionais sobre direitos humanos proporcionam uma infinidade de normas para administrar situações de emergência que sejam tão extremas que possam constituir-se em ameaça à vida da nação ou à independência ou segurança do Estado. Nestas situações, o alicerce dos princípios reguladores dos direitos humanos deve permanecer em vigor e é responsabilidade das profissões legais assegurar sua vigência.

É possível que a opinião pública exija duras e vingativas medidas em resposta a uma grave crise e que o governo se comprometa a atendê-las, promulgando medidas de segurança drásticas e excessivas. No entanto, a paz e a segurança são mais bem servidas por uma justa administração da justiça, mesmo em tempos de crise. É de bom alvitre lembrar-se sempre que, em época alguma, foi adversa à paz nacional e internacional, à segurança e à prosperidade, o respeito aos direitos individuais e à liberdade. Em tempos de crise, um esforço conjunto, por todos os agentes da sociedade, incluindo-se juízes, promotores e advogados, para manter os mais elevados parâmetros de proteção aos direitos humanos, torna-se não só mais difícil mas ainda mais necessário do que nunca, a fim de contribuir para a restauração da ordem constitucional na qual os direitos humanos e a liberdades fundamentais possam ser, nova e plenamente, gozados por todos.

