

..... **Capítulo 5**
DIREITOS HUMANOS E PRISÃO,
DETENÇÃO ANTES DO
JULGAMENTO E DETENÇÃO
ADMINISTRATIVA

Objetivos da Aprendizagem

- *Familiarizar os participantes com as normas legais internacionais existentes sobre o direito à liberdade e segurança das pessoas e que protegem os direitos humanos, tanto em relação à prisão, detenção antes do julgamento e detenção administrativa como durante esses eventos;*
- *Ilustrar de que forma as várias garantias legais são executadas na prática para proteger os direitos das pessoas detidas e seu aconselhamento legal;*
- *Explicar que medidas e/ou ações os juízes, promotores públicos e advogados devem tomar para proteger os direitos das pessoas presas ou detidas.*

Perguntas

- *Baseadas em que as pessoas podem ser mantidas sob prisão preventiva em seu país, e que alternativas para essa detenção são disponíveis até o julgamento?*
- *Por quanto tempo as pessoas podem ser destituídas de sua liberdade em seu país antes que sejam levadas a juízo para que a legalidade da sua privação de liberdade seja determinada?*
- *De que forma a lei no país em que você trabalha, como juízes, promotores públicos ou advogados, protege as pessoas contra prisões e detenções ilegais ou arbitrárias?*
- *No país no qual você exerce suas atribuições profissionais ocorrem prisões e detenções ilegais ou arbitrárias?*
- *Ao se defrontar com uma prisão e detenção que pareça ser ilegal ou arbitrária, o que você faria sobre isto, e o que poderia fazer sobre isto, considerando o presente status da lei no país onde você trabalha?*
- *Que remédios jurídicos existem em seu país para pessoas que consideram que foram destituídas ilegal ou arbitrariamente de sua liberdade?*

- *Se uma pessoa for considerada por um juiz como tendo sido ilegal ou, de outro modo, arbitrariamente destituída da sua liberdade, no seu país essa pessoa tem direito à indenização ou reparação pela prisão ilegal ou arbitrária?*
- *Com base em que fundamentos as pessoas podem estar sujeitas à detenção por parte das autoridades administrativas do seu país, e que remédios legais têm à sua disposição para contestar a legalidade da privação de liberdade inicial e subsequente?*
- *Em que ponto da sua prisão/detenção as pessoas destituídas da sua liberdade têm o direito de ter acesso a um advogado no seu país?*
- *A lei em seu país autoriza recorrer à detenção incomunicada e, em caso afirmativo, por quanto tempo?*
- *Antes de participar deste curso, o que você sabia sobre as normas legais internacionais aplicáveis à prisão e detenção?*

Instrumentos Legais Relevantes

Instrumentos Universais

- A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948
 - O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966
- *****
- Os Princípios Básicos para a Proteção de Todas as Pessoas sob qualquer Forma de Detenção ou Prisão de 1988;
 - A Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados de 1992;
 - Os Princípios Relativos a uma Eficaz Prevenção e Investigação das Execuções Extralegis, Arbitrárias e Sumárias de 1989
- *****

Instrumentos Regionais

- A Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos de 1981
- A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969
- A Convenção Europeia sobre Direitos Humanos de 1950

1. Introdução

Este capítulo apresentará uma análise das regras legais básicas que regem a prisão, detenção preventiva e detenção administrativa na lei internacional de direitos humanos. Ao fazê-lo, tratará, entre outros, com alguma profundidade, das razões que justificam a prisão e a detenção continuada e o direito de uma pessoa destituída de sua liberdade de contestar a legalidade desta privação de liberdade. Enfatizaremos a jurisprudência do Comitê dos Direitos Humanos, dos Tribunais Inter-Americanos e Europeus de Direitos Humanos e da Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, que apresentam interpretações que são indispensáveis para um entendimento abrangente do significado das regras legais internacionais que regem a prisão e a detenção.

Com relação ao tratamento das pessoas detidas e os interesses e direitos específicos das crianças e mulheres, essas questões, embora em diversas formas intimamente relacionadas com o assunto em questão, serão tratadas em capítulos separados enfocando especificamente os direitos e interesses desses grupos (vide Capítulos 8, 10 e 11 deste Manual).

2. Prisões e Detenções sem Motivo Razoável: um Problema que Persiste

Todos os seres humanos têm direito de desfrutar do respeito pela sua liberdade e segurança. É axiomático que, sem uma garantia eficiente da liberdade e da segurança do ser humano, a proteção dos outros direitos individuais torna-se cada vez mais vulnerável e, muitas vezes, ilusória. No entanto, conforme evidenciado pelo trabalho dos órgãos de monitoramento internacionais, as prisões e detenções sem motivo razoável, e sem que haja quaisquer remédios legais eficientes disponíveis às vítimas em questão, são corriqueiras. No curso dessas privações arbitrárias e ilegais de liberdade, as pessoas detidas são freqüentemente também destituídas de acesso, tanto a advogados como a suas próprias famílias, e também sujeitas à tortura e outras formas de tratamento cruel.(1).

É essencial, portanto, que as regras legais que existem na lei internacional para sanar e impedir esses tipos de violações dos direitos humanos sejam seguidas pelos juízes

e promotores públicos do país, e que os advogados estejam cientes do seu teor, de forma a permitir que ajam de forma eficiente em nome de seus clientes.

Embora prisões e detenções arbitrárias ou ilegais ocorram, e possam ocorrer, a experiência, entre outros, do Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, demonstrou que as principais causas das detenções arbitrárias estão relacionadas a estados de emergência.⁽²⁾ Entretanto, a questão dos poderes da emergência relativos à privação da liberdade serão tratados no Capítulo 16 deste Manual, não sendo, portanto, considerada no presente contexto.

3. Direito à Liberdade e à Segurança da Pessoa: Campo de Aplicabilidade da Proteção Legal

3.1 Responsabilidade legal universal: Todos os Estados estão obrigados pela lei

O Artigo 9(1) do Acordo Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o artigo 6 da Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, o artigo 7(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o artigo 5(1) da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos garantem o direito de uma pessoa à “liberdade” e à “segurança”. Além disso, conforme declarado pelo Tribunal Internacional de Justiça em sua sentença sobre os Refêns no caso de Teerã, “privar injustamente os seres humanos de sua liberdade, sujeitando-os a confinamento físico em condições de privação é, por si só, incompatível com os princípios da Carta das Nações Unidas, bem como com os princípios fundamentais enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos”, cujo artigo 3 garante “o direito à vida, à liberdade e à segurança da pessoa”.⁽³⁾ Resulta que, não obstante um Estado não ter ratificado ou, de outro modo aderido a qualquer dos tratados de direitos humanos precedentes, o referido Estado está, apesar disso, obrigado por outros meios legais a garantir o direito de uma pessoa ao respeito a sua liberdade e segurança.

3.2 A noção de segurança da pessoa: Responsabilidade do Estado para agir

Este capítulo enfocará as privações de liberdade, mas é importante ressaltar que, apesar de estar vinculado ao conceito de “liberdade” nos textos legais mencionados

acima, a noção de segurança da pessoa, como tal, tem um campo mais amplo de aplicação. O Comitê de Direitos Humanos afirma, então, que o artigo 9(1) do Acordo “protege o direito à segurança da pessoa também fora do contexto da privação formal de liberdade”, e que uma interpretação do artigo 9 “que permitiria que um Estado ignorasse as ameaças à segurança pessoal de pessoas que não se encontram detidas sujeitas a sua jurisdição tornaria totalmente ineficaz as garantias do Acordo”.(4) No parecer do Comitê, “não poderia ser o caso que, como questão de direito, os Estados possam ignorar ameaças à vida das pessoas sob a sua jurisdição, somente porque esta pessoa não se encontra presa ou, de outro modo detida”; pelo contrário, “os Estados têm obrigação de tomar as medidas apropriadas e razoáveis para protegê-las”.(5)

Três casos relevantes

No caso de Delgado Páez, no qual o autor recebeu ameaças de morte, tendo sofrido um assalto pessoal e um companheiro assinado, o Comitê de Direitos Humanos concluiu que o artigo 9(1) foi violado, por não ter a Colômbia tomado, ou “ter sido incapaz de tomar as medidas apropriadas para assegurar o direito do Sr. Delgado à segurança da sua pessoa”.(6) No caso de Dias, o Comitê concluiu que o artigo 9(1) foi violado, visto que alegou-se que as próprias autoridades angolanas eram as fontes das ameaças, não tendo o Estado nem negado as alegações nem cooperado com o Comitê.(7) Além disso, no caso em que o autor foi baleado nas costas antes de ser preso, o Comitê concluiu que o direito deste à segurança da pessoa conforme garantido pelo artigo 9(1) foi violado.(8)

*Todos os seres humanos têm direito à liberdade e à segurança. Independentemente de suas obrigações relativas a tratados, todos os Estados estão obrigados pela lei internacional a respeitar e assegurar a todos o direito à liberdade e à segurança da pessoa (responsabilidade *lega universal*).*

A noção de “segurança” também abrange ameaças à segurança pessoal de pessoas que não se encontram detidas. Os Estados não podem ficar passivos diante dessas ameaças, porém têm a obrigação legal de tomar as medidas apropriadas e razoáveis para proteger a liberdade e a segurança da pessoa.

4. Prisões e Detenções Legais

4.1 Os textos legais

O Artigo 9(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece o seguinte:

“1. Todos têm o direito à liberdade e à segurança da pessoa. Ninguém estará sujeito à prisão ou detenção arbitrária. Ninguém será destituído da sua liberdade, exceto com base e de acordo com o procedimento estabelecido por lei.”

O Artigo 6 da Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos dispõe que:

“Toda pessoa terá o direito à liberdade e à segurança da sua pessoa. Ninguém poderá ser destituído da sua liberdade, exceto pelas razões e condições previamente especificadas por lei. Especificamente, ninguém poderá ser preso ou detido arbitrariamente.”

O Artigo 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe, entre outros, que:

- “1. Toda pessoa tem direito à liberdade pessoal e à garantia.
2. Ninguém será destituído da sua liberdade física, exceto pelas razões e sob as condições estabelecidas previamente pela constituição do Estado em questão ou por uma lei estabelecida em conformidade com esta.
3. Ninguém estará sujeito à prisão ou detenção arbitrária.”

A Convenção Europeia sobre Direitos Humanos é o único tratado que enumera especificamente os fundamentos que podem legalmente justificar a privação de liberdade nos Estados Conveniados. Esta lista é exaustiva e “deve ser interpretada de forma estrita”.⁽⁹⁾ O primeiro parágrafo deste artigo 5 estabelece:

“1. Todos os indivíduos têm direito à liberdade e à segurança da pessoa.

Ninguém será destituído da sua liberdade, salvo nos seguintes casos e de acordo com procedimento prescrito por lei:

(a) a detenção legal de uma pessoa após condenação por um tribunal competente;

(b) a prisão ou detenção legal de uma pessoa pelo não-cumprimento de uma ordem judicial de um tribunal ou para garantir o cumprimento de qualquer obrigação prescrita por lei;

(c) a prisão ou detenção legal de uma pessoa efetuada com a finalidade de trazê-la perante a autoridade legal competente sob a suspeita razoável de ter cometido um delito ou quando for razoavelmente considerado necessário impedi-la de cometer um delito ou fugir após perpetrá-lo;

(d) a detenção de um menor por ordem judicial para fins de supervisão educacional ou sua detenção legal com a finalidade de trazê-lo perante a autoridade legal competente;

(e) a detenção legal de pessoas com a finalidade de impedir a disseminação de doenças infecciosas, de pessoas insanas, alcoólatras ou viciadas em drogas ou vadias;

(f) a prisão ou detenção legal de uma pessoa com a finalidade de impedir sua entrada não-autorizada no país ou de uma pessoa contra quem foi instaurada uma ação com vistas à deportação ou extradição.”

Outros instrumentos legais referidos neste capítulo são os seguintes:

- Os Princípios Básicos para a Proteção de Todas as Pessoas sob qualquer Forma de Detenção ou Prisão, adotado pela Assembleia Geral em 1988;
- A Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, adotada pela Assembleia Geral em 1992;
- Os Princípios Relativos a uma Eficaz Prevenção e Investigação das Execuções Extralegais, Arbitrárias e Sumárias, recomendados pela resolução 1989/65 do Conselho Econômico e Social.

4.2 As noções de legalidade e arbitrariedade: seu significado

Todos os quatro principais tratados sobre direitos humanos referidos acima estipulam, se bem que em diferentes termos, que a privação da liberdade deve, em todos os casos, ser realizada de acordo com a lei (o princípio da legalidade) e, com relação ao artigo 4 da Convenção Européia, para os fins exclusivos ali enumerados. Além disso, a privação de liberdade não deve ser arbitrária, uma noção mais ampla que, conforme

veremos abaixo, torna impossível para os órgãos de monitoramento internacional considerar fatores que façam com que as leis nacionais ou sua aplicação sejam irrazoáveis nas circunstâncias.

Com relação aos princípios da legalidade, o Comitê de Direitos Humanos considerou que “estes princípios foram violados se um indivíduo é preso ou detido com base em fundamentos que não estão claramente estabelecidos na legislação do país”; em outras palavras, os fundamentos para a realização de prisões e detenções devem estar “estabelecidos por lei”.(10) No caso em que uma pessoa foi presa sem um mandado que foi emitido três dias depois, contrariamente à lei do país que especifica que um mandado deve ser emitido dentro de 72 horas após a prisão, o Comitê concluiu que o artigo 9(1) foi violado porque o autor foi “destituído da sua liberdade em violação a um procedimento estabelecido por lei”.(11)

Com relação ao significado das palavras “prisão arbitrária” no artigo 9(1), o Comitê explicou que

“ a palavra “arbitrariedade” não deve se equiparar a ‘contra a lei’, porém deve ser interpretada mais abrangentemente de forma a incluir elementos de impropriedade, injustiça, falta de previsibilidade e processo legal justo. ... [Isto significa que a detenção preventiva em conformidade com uma prisão legal deve não somente ser legal, mas razoável nas circunstâncias. A detenção preventiva deve ainda ser necessária em todas as circunstâncias, por exemplo, para impedir a fuga, interferência nas provas ou a recorrência do crime”.(12)

Em outras palavras, a detenção preventiva em conformidade com uma prisão legal deve não somente ser “legal”, mas também “razoável” e “necessária” em todas as circunstâncias para os fins mencionados acima. É obrigação do Estado membro em questão demonstrar que esses fatores estão presentes no caso específico.(13)

O caso Mukong

No caso Mukong, o requerente alegou que foi preso e detido arbitrariamente por diversos meses, alegação essa rejeitada pelo Estado membro, com base no fato de que a prisão e a detenção foram efetuadas de acordo com a lei vigente em Camarões. O Comitê concluiu que o artigo 9(1) foi violado, já que a detenção do autor “não foi nem razoável nem necessária nas circunstâncias do caso”.(14) Por exemplo, o Estado membro não demonstrou que a detenção preventiva foi “necessária... para impedir a fuga, interferência

nas provas ou a recorrência do crime”, mas “simplesmente argumentou que a prisão e a detenção do autor foram claramente justificadas por referência ao” artigo 19(3) do Pacto, que permite limitações no direito à liberdade de expressão.(15) Entretanto, o Comitê considerou que “a unidade nacional sob circunstâncias políticas difíceis não pode ser obtida tentando-se reprimir a defesa da democracia multipartidária, doutrinas democráticas e direitos humanos”, e que o direito do autor à liberdade de expressão foi, portanto, violado.(16) Conseqüentemente, o Comitê também concluiu que a prisão e a detenção do autor contrariavam o artigo 9(1) do Pacto.(17)

No caso em que uma vítima foi mantida presa por cerca de 16 meses com a intenção de ser forçada a revelar o paradeiro do seu irmão, o Comitê considerou que a vítima foi submetida à “prisão e detenção arbitrárias” contrárias ao artigo 9, não havendo nenhuma outra acusação criminal contra ela.(18) Obviamente, quando uma pessoa é presa sem mandado ou citação e depois simplesmente mantida presa sem qualquer ordem judicial, isto também resulta em violação do direito à liberdade com relação à prisão e detenção arbitrárias discriminado no artigo 9(1).(19) Em alguns casos discutidos pelo Comitê, pessoas foram mantidas presas em violação ao artigo 9(1) do Pacto sem qualquer ordem judicial, simplesmente com base em suas opiniões políticas.(20)

É ainda evidente que, quando uma pessoa é mantida presa apesar de uma ordem judicial de liberação, o artigo 9(1) do Pacto está sendo violado.(21)

A proibição de arbitrariedade também, é claro, significa que a privação da liberdade não deve ser motivada por discriminação. Conforme mais amplamente explicado no Capítulo 13, os Estados que fazem parte dos tratados sobre direitos humanos examinados neste Manual comprometem-se a garantir o gozo dos direitos e das liberdades fundamentais sem distinção de raça, cor, sexo, idioma, religião e opinião política ou outra. A Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos conseqüentemente concluiu que prisões e detenções efetuadas pelo Governo de Ruanda “baseadas somente na origem étnica, ... constituem privações arbitrárias da liberdade de um indivíduo”; esses atos são, portanto, “clara evidência de violação do artigo 6 da Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos.(22)

Em um outro caso, a Comissão Africana considerou que a “a detenção indefinida de pessoas pode ser interpretada como sendo arbitrária, já que a pessoa detida não tem conhecimento da extensão da sua punição”; o artigo 6 da Carta Africana foi violado neste caso porque as vítimas em questão foram detidas indefinidamente após terem protestado contra a tortura.(23)

Além disso, constitui privação arbitrária da liberdade no contexto do artigo 6 da Carta Africana deter pessoas sem acusações e sem possibilidade de fiança; neste caso

específico contra a Nigéria, as vítimas foram mantidas nessas condições durante três anos após as eleições.(24)

O Tribunal Interamericano de Direitos Humanos considerou, com relação ao artigo 7(2) e (3) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que

“em conformidade com a primeira dessas disposições, nenhuma pessoa pode ser destituída da sua liberdade pessoal, exceto por razões, casos ou circunstâncias expressamente definidos por lei (aspecto material) e, além disso, sujeito à observação estrita aos procedimentos objetivamente estabelecidos por lei (aspecto formal). A segunda disposição aborda a questão de que ninguém pode estar sujeito à prisão ou detenção por razões e através de métodos os quais, embora classificados como legais, possam ser considerados incompatíveis com o respeito pelos direitos fundamentais do indivíduo porque, entre outras coisas, são irrazoáveis, imprevisíveis ou sem proporcionalidade.”(25)

No caso de Castillo-Páez, o Peru violou diversas disposições do artigo 7 da Convenção Americana, inclusive os parágrafos (2) e (3), já que a vítima foi detida por membros da Polícia Nacional sem ordem, por escrito, emitida por uma autoridade judicial contrariando tanto a Convenção Americana como a Constituição do Peru.(26)

Os artigos 7(1), (2) e (3) da Convenção Americana foram mais uma vez violados no caso Cesti Hurtado, já que, desafiando uma ordem da Câmara de Direito Público do Tribunal Superior de Justiça, os militares peruanos procederam à detenção, processo e condenação do Sr. Hurtado. (27)

Por último, o artigo 7 foi violado no assim chamado caso “Street Children”, referente ao seqüestro e assassinato de diversos jovens perpetrado por agentes do Estado, contrariando as condições estabelecidas pela lei do país. O Tribunal Interamericano enfatizou sua jurisprudência com relação a prisões e aos aspectos materiais e formais que precisam ser atendidos, e concluiu que nenhum dos aspectos foi observado. Também fez referência à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de acordo com o qual “a presteza do controle judicial das prisões é de especial importância para a prevenção de prisões arbitrárias”.(28)

Com relação ao artigo 5(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Tribunal Europeu defendeu consistentemente que o “objeto e a finalidade” do referido artigo é “precisamente garantir que ninguém seja destituído da sua liberdade de forma arbitrária”.(29) Em outras palavras,

“as expressões ‘legal’ e ‘de acordo com procedimento prescrito por lei’ constantes do Artigo 5, parágrafo 1, estipulam não somente o cumprimento integral das regras substantivas e processuais da lei do país, mas também que qualquer privação de liberdade esteja consistente com a finalidade do Artigo 4 e não seja arbitrária (...). Além disso, considerando a importância da liberdade pessoal, é essencial que a lei do país aplicável atenda ao padrão de ‘legalidade’ estabelecido pela Convenção, que exige que toda lei, escrita ou não, seja suficientemente precisa para permitir ao cidadão – se necessário for, com orientação apropriada – prever na proporção que seja razoável em todas as circunstâncias, as conseqüências que uma determinada ação poderá acarretar.”(30)

A importante questão da previsibilidade foi, entre outros, considerada em relação ao conceito de violação da paz segundo a lei do Reino Unido, com o Tribunal Europeu afirmando que “as regras relevantes ofereciam orientação suficiente e foram formuladas com o grau de precisão requerido pela Convenção”.(31) Assim foi feito, já que ficou “suficientemente estabelecido que a violação da paz é cometida somente quando um indivíduo causa prejuízo, ou parece ter a probabilidade de causar prejuízo, a pessoas ou propriedade ou atos de forma que as conseqüências naturais destes seria provocar outras à violência”; ficou “também claro que uma pessoa pode ser presa por causar violação da paz ou quando for razoavelmente percebido que essa pessoa possa causar uma violação da paz”.(32) Entretanto, ficou constatado que, quando os requerentes ficaram presos durante cerca de sete horas antes de serem liberados sob fiança e quando não existiam decisões judiciais pelos tribunais do país sobre a questão de se as prisões e detenções estavam de acordo com a lei inglesa, o artigo 5(1) da Convenção foi violado. (33)

Para serem legais segundo a lei de direitos humanos internacionais, as prisões e detenções devem:

- ser realizadas de acordo com as regras formais e substantivas da lei nacional e internacional, inclusive o princípio da não-discriminação;
- estar isentas de arbitrariedade, no sentido de que as leis e sua aplicação devem ser apropriadas, justas, previsíveis e cumprirem o processo legal justo.

4.2.1 Detenções não-reconhecidas, seqüestros e desaparecimentos involuntários

No caso de pessoas que tenham sido seqüestradas, ilegalmente detidas sob a lei do país, e subseqüentemente assassinadas ou que tenham tido o seu desaparecimento provocado, o Comitê de Direitos Humanos concluiu que a detenção violou o artigo 9 da Convenção. (34) O seqüestro e a detenção por agentes de um Estado membro de pessoas

em um outro país oferecem um outro exemplo de “prisão e detenção arbitrária”. (35) No seu Comentário Geral Nº 20 no artigo 7, o Comitê declarou, além disso, que

“Para garantir a proteção eficaz de pessoas detidas, devem ser tomadas providências para que as pessoas detidas sejam mantidas em locais oficialmente reconhecidos como locais de detenção e para que seus nomes e locais de detenção, bem como os nomes das pessoas responsáveis pela sua detenção, sejam mantidos em registros prontamente disponíveis e acessíveis aos interessados, inclusive parentes e amigos. Com a mesma finalidade, a ocasião e o local de todos os interrogatórios devem ser registrados, juntamente com os nomes de todas as pessoas presentes, sendo que estas informações deverão também ser disponibilizadas para fins de processos judiciais ou administrativos.”(36)

O Princípio 12 dos Princípios Básicos para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, o artigo 10 da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, e o Princípio 6 dos Princípios Relativos a uma Eficaz Prevenção e Investigação das Execuções Extralegais, Arbitrárias e Sumárias também contêm requisitos similares com respeito, entre outros, à manutenção de pessoas detidas em locais de detenção oficialmente reconhecidos e o registro de todas as informações relevantes relativas à pessoa destituída de sua liberdade.

Embora aceite que “o Estado tenha o direito e o dever de garantir sua segurança”, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos enfatizou que o Estado está também “sujeito à lei e à moralidade” e que

“o desrespeito pela dignidade humana não pode servir como base para qualquer ação do Estado”; resultando que “o desaparecimento forçado de seres humanos é uma violação múltipla e contínua de muitos direitos referentes à Convenção que os Estados membros são obrigados a respeitar e garantir. O rapto de uma pessoa é uma privação arbitrária de liberdade, a infração do direito de uma pessoa detida de ser levada sem demora perante um juiz e de invocar os procedimentos apropriados para rever a legalidade da prisão, todos esses fatos em violação ao artigo 7 da Convenção.”(37)

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos enfatizou frequentemente a importância fundamental das garantias contidas no artigo 5 da Convenção Europeia “por garantir os direitos dos indivíduos em uma democracia com o intuito de ficar livre da detenção arbitrária nas mãos das autoridades”, salientando ainda que

“a detenção não-reconhecida de um indivíduo é a negação completa dessas garantias e revela uma violação muito grave do Artigo 5. Considerando a responsabilidade das autoridades em prestar contas sobre os indivíduos sob seu controle, o artigo 5 exige que estas tomem medidas eficazes para proteger as pessoas do risco de desaparecimento e conduzir uma investigação imediata e eficaz sob a alegação discutível de que uma pessoa foi levada presa, não tendo sido mais vista desde então.”(38)

O Tribunal especificou ainda que

“o registro dos dados acurados sobre a detenção com relação à data, ocasião e local das pessoas detidas, bem como as bases para a detenção e o nome das pessoas que a efetuaram, é necessário para que a detenção de um indivíduo seja compatível com os requisitos de legalidade para fins do Artigo 5 § 1”.(39)

The caso Çakici

No caso de Çakici, a falta de registros sobre o requerente – que foi mantido em detenção não-reconhecida – revelou “uma falha grave”, que foi agravada pelas “descobertas quanto à insegurança e imprecisão” dos registros da prisão em questão. O Tribunal considerou “inaceitável a falta de manutenção de registros que permitam que a localização de uma pessoa detida seja estabelecida em uma ocasião específica”.(40) Considerando que, apesar de ter havido três testemunhas oculares da detenção do requerente, “nenhuma medida foi tomada para procurar obter qualquer evidência, além da averiguação de apontamentos nos registros da prisão, até depois que o pedido foi comunicado ao Governo pela Comissão [Européia de Direitos Humanos], o Tribunal concluiu que “não houve uma investigação imediata ou significativa sobre as circunstâncias do desaparecimento de Ahmet Çakici”.(41) Houve, conseqüentemente, “uma violação particularmente grave do direito à liberdade e segurança da pessoa” conforme garantido pelo artigo 5 da Convenção.(42)

A lei internacional declara ilegais as prisões e detenções não-reconhecidas. Os Estados são responsáveis por todas as pessoas sob sua custódia. Em particular, a data, ocasião e local de todas as detenções devem ser disponibilizadas às famílias, advogados e todas as autoridades judiciais competentes e outras autoridades, em registros oficiais cuja exatidão não deve suscitar dúvidas.

Desaparecimentos involuntários ou forçados e detenções não-reconhecidas constituem violações particularmente graves dos direitos humanos fundamentais, inclusive do direito à liberdade e segurança da pessoa.

4.3 Detenção após a condenação

Embora a Convenção Européia, no seu artigo 5(1)(a), seja o único tratado que explicitamente estabelece a “detenção legal de uma pessoa após a condenação por um tribunal competente”, esta base legal para a privação da liberdade está, é claro, implícita nas outras disposições dos tratados. Não é preciso dizer, entretanto, que uma vez que a sentença oficialmente determinada tenha sido cumprida, a pessoa condenada deve ser libertada. No caso em que pessoas condenadas não foram libertadas embora tenham cumprido integralmente sua sentença de prisão, o Comitê de Direitos Humanos naturalmente considerou esta detenção como violação do artigo 9(1) do Pacto Internacional.(43)

No artigo 5(1)(a) da Convenção Européia, “a palavra ‘condenação’... deve ser entendida de forma a significar, tanto uma ‘constatação de culpa’, depois ‘que tenha sido estabelecido de acordo com a lei que houve um delito’ (...), como a imposição de uma penalidade ou outra medida que envolva a privação da liberdade”; além disso, a “palavra ‘depois’ não significa simplesmente que a ‘detenção’ deve se seguir à ‘condenação’ na seqüência do tempo: além disso, a ‘detenção’ deve resultar, ‘seguir e depender’ ou ocorrer ‘em virtude’ da ‘condenação’”.(44)

Qual é, então, a situação no caso de um julgamento que tenha dois componentes, pelos quais, além de compreender uma penalidade que envolva a privação da liberdade, também coloca o criminoso à disposição do Governo, componente este cuja execução pode tomar diferentes formas desde permanecer em liberdade sob supervisão até a detenção?

No caso de Van Droogenbroeck, o Tribunal Europeu aceitou que não houve violação do artigo 5(1) da Convenção Européia por força das decisões do Ministro da Justiça de revogar a liberdade condicional do requerente; o Tribunal considerou que a maneira pela qual as autoridades belgas “exerceram sua discricção respeitou os requisitos

da Convenção, o que permite uma medida de indeterminação na condenação e não obriga os Estados Contratantes a incumbir os tribunais da supervisão geral da execução das sentenças”.(45) Entretanto, “uma detenção que tenha sido legal no princípio seria transformada em privação da liberdade que seria arbitrária”, se as decisões pertinentes “tivessem sido baseadas em fundamentos que não tenham nenhuma relação com os objetivos da legislatura e do tribunal ou em uma avaliação de que não tenha sido razoável nos termos desses objetivos”.(46)

4.4 Prisão e detenção por não-cumprimento de ordem legal de um tribunal ou para garantir o cumprimento de qualquer obrigação prescrita por lei

Estes são fundamentos expressamente legítimos para privar uma pessoa da sua liberdade segundo o artigo 5(1)(b) da Convenção Européia. Com relação às palavras “para garantir o cumprimento de qualquer obrigação prescrita por lei”, o Tribunal Europeu afirmou que elas “denotam uma obrigação, de natureza específica e concreta, ... sendo obrigatória para a pessoa em questão”, não abrangendo, portanto, por exemplo, prisão e detenção realizadas antes que seja proferida uma ordem judicial para a residência compulsória em uma localidade específica.(47)

4.5 Detenção tendo como alegação a suspeita razoável de ter cometido um delito

O fundamento legítimo mais comum para a privação da liberdade é, sem dúvida, o fato de uma pessoa ser razoavelmente suspeita de ter cometido um delito (vide *expressis verbis* artigo 5(1)(c) da Convenção Européia). Entretanto, como será visto abaixo, essa suspeita não justifica uma detenção indefinida. O que poderia ser considerado aceitável difere de caso para caso, porém, conforme estipulado no artigo 9(3) da Convenção e nos artigos 7(5) e 5(3) das Convenções Americana e Européia, respectivamente, o suspeito tem o direito de ser julgado “dentro de um determinado tempo ou ser libertado” até o julgamento.

A liberdade é a regra, para a qual a detenção deve ser a exceção. Conforme determinado na Regra 6.1 das Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para Medidas Fora de Custódia, as chamadas “Regras de Tóquio”, “a detenção antes do julgamento deve ser usada como último recurso nos processos criminais, com o devido respeito pela investigação do delito alegado e pela proteção da sociedade e da vítima”.

O Tribunal Europeu especificou que o artigo 5(1)(c) da Convenção Européia “permite a privação da liberdade somente em relação aos processos criminais”, um ponto de vista que é “aparente da sua redação, que deve ser lida em conjunto com o subparágrafo (a) e com o parágrafo 3, formando, assim, um todo (...)”.(48) Conclui-se

que as ordens judiciais de residência compulsórias, as quais, diversamente de uma sentença de condenação e prisão, podem ser baseadas em suspeita mais do que em provas, “não podem ser equiparadas à detenção antes do julgamento conforme rege” o artigo 5(1)(c).(49)

4.5.1 O significado de “razoabilidade”

O Tribunal Europeu afirmou que a “‘razoabilidade’ da suspeita sobre a qual uma prisão deve se basear forma uma parte essencial da proteção contra a prisão e detenção arbitrárias, que se encontra especificada no” artigo 5(1)(c) da Convenção Européia, e que o fato de “ter uma ‘suspeita razoável’ pressupõe a existência de fatos ou informações que satisfariam um observador objetivo de que a pessoa em questão pode ter cometido um delito”; entretanto, o que pode ser considerado como ‘razoável’ ... dependerá de todas as circunstâncias”. (50)

Em relação a prisões e detenções sob a legislação penal decretada para lidar com atos de terrorismo relacionados com as questões da Irlanda do Norte, o Tribunal Europeu explicou que

“em vista das dificuldades inerentes na investigação e processo dos delitos do tipo terrorista, ... a ‘razoabilidade’ da suspeita que justifica essas prisões não pode sempre ser julgada de acordo com os mesmos padrões que àqueles aplicados no tratamento do crime convencional. Não obstante, as exigências de lidar com crimes de terrorismo não podem justificar que se estique a noção de ‘razoabilidade’ até o ponto em que a proteção garantida pelo Artigo 5 parágrafo 1 (c) seja prejudicada...”.(51)

Embora “os Estados Contratantes não possam ser obrigados a estabelecer a razoabilidade da suspeita que fundamenta a prisão de um terrorista suspeito revelando as fontes confidenciais das informações comprobatórias ou mesmo fatos que seriam suscetíveis de indicar as fontes da sua identidade”, o Tribunal deve, não obstante, “estar apto a apurar se a essência da proteção concedida pelo Artigo 5 parágrafo 1 (c) foi garantida”; isto significa que “o Governo réu deve fornecer pelo menos alguns fatos ou informações capazes de satisfazer o Tribunal de que a pessoa presa era razoavelmente suspeita de ter cometido o delito alegado”.(52)

The caso de Fox, Campbell e Hartley

No caso de Fox, Campbell e Hartley, o Tribunal Europeu aceitou que os requerentes tivessem sido presos e detidos com base na “suspeita de boa-fé” de que fossem terroristas. Entretanto, nem o fato de que dois deles tinham “condenações anteriores por atos de terrorismo vinculados ao

IRA”, nem o fato de que todos eles foram interrogados durante a detenção “sobre atos terroristas específicos” fizeram mais do que “confirmar que os oficiais prisionais suspeitavam genuinamente de que eles estavam envolvidos naqueles atos”. Não poderia “satisfazer um observador objetivo de que os requerentes pudessem ter cometido esses atos”; esses elementos por si só eram “insuficientes para dar suporte à conclusão de que havia uma “suspeita razoável””.(53) conseqüentemente, houve violação ao artigo 5(1).(54) □

4.6 Detenção para impedir a fuga

No caso Mukong, o Comitê de Direitos Humanos tornou claro que a detenção preventiva é legítima segundo o artigo 9(1), se legal e necessária no caso específico, a fim de impedir a fuga, por exemplo.(55) O artigo 5(1)(c) da Convenção Européia, também prevê a possibilidade de deter legalmente uma pessoa “para impedir sua fuga após ter” cometido um delito. O risco da evasão como possível justificativa para a detenção contínua será mais detalhadamente tratado abaixo.

Como princípio geral, a liberdade é a regra e a detenção a exceção.

A privação da liberdade de uma pessoa deve sempre ser objetivamente justificada tendo em vista que a razoabilidade dos fundamentos da detenção deve ser avaliada do ponto de vista de um observador objetivo e baseada em fatos e não meramente na suspeita subjetiva.

Os fundamentos mais comuns para a privação de liberdade judicial legal são:

- após condenação por um tribunal competente, independente e imparcial;
- com base na suspeita razoável de uma pessoa ter cometido um delito ou para impedi-la de fazê-lo;
- para impedir uma pessoa de fugir após ter cometido um crime.

Como princípio geral, a liberdade é a regra e a detenção a exceção.

A privação da liberdade de uma pessoa deve sempre ser objetivamente justificada tendo em vista que a razoabilidade dos fundamentos da detenção deve ser avaliada do ponto de vista de um observador objetivo e baseada em fatos e não meramente na suspeita subjetiva.

Os fundamentos mais comuns para a privação de liberdade judicial legal são:

- após condenação por um tribunal competente, independente e imparcial;
- com base na suspeita razoável de uma pessoa ter cometido um delito ou para impedi-la de fazê-lo;
- para impedir uma pessoa de fugir após ter cometido um crime.

4.7 Detenção administrativa

Para fins deste Manual, detenção administrativa é a detenção determinada pelo Executivo, mesmo que exista, como deve ser o caso segundo a lei internacional de direitos humanos, um remédio *a posteriori* para contestar a legalidade da privação da liberdade perante os tribunais. O poder das autoridades administrativas e ministeriais de determinar detenções é altamente controverso, e alguns especialistas acreditam que deveria ser abolido.⁽⁵⁶⁾ É importante estar ciente, entretanto, de que esta forma de detenção não é considerada ilegal pela lei internacional, mesmo estando cercada por algumas proteções importantes.

De acordo com o Comentário Geral Nº 8 do Comitê de Direitos Humanos, artigo 9(1) “é aplicável a todas as privações da liberdade, seja em casos criminais ou em outros casos, como por exemplo, doença mental, vagabundagem, vício em drogas, fins educacionais, controle de imigração, etc.”.⁽⁵⁷⁾ Conclui-se que o artigo 9(1) abrange todos os casos de detenção administrativa. Entretanto, enquanto algumas outras disposições do artigo 9 “são somente aplicáveis a pessoas contra quem acusações criminais são instituídas”, outras, tais como, em particular, o artigo 9(4), que oferece garantias judiciais importantes, são também aplicáveis a casos de privação de liberdade administrativa.⁽⁵⁸⁾

O artigo 5(1)(d)-(f) da Convenção Europeia autoriza categorias de detenção que são basicamente idênticas àquelas enumeradas pelo Comitê de Direitos Humanos. Entretanto, deve ser enfatizado que estas não podem necessariamente ser impostas pelas autoridades administrativas, porém podem, em vez disso, recair na competência dos tribunais comuns. O artigo 5(4) da Convenção Europeia também oferece garantias judiciais importantes com relação a todos os casos de privação da liberdade. O mesmo acontece com relação ao artigo 7(6) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Essas garantias serão tratadas mais detalhadamente abaixo.

4.7.1 Privação da liberdade para fins de supervisão educacional

No caso de Bouamar, submetido à Convenção Européia sobre Direitos Humanos, o requerente apresentou queixa alegando ter sido submetido a nove períodos de detenção de até quinze dias em uma prisão preventiva para fins de sua “supervisão educacional”. As ordens judiciais em questão baseavam-se na Lei de Assistência Social a Crianças e Jovens da Bélgica de 1965.

O Tribunal observou que “o confinamento de um adolescente em uma prisão preventiva não necessariamente infringe o subparágrafo (d), mesmo se não for por si só uma forma de prover a ‘supervisão educacional’ da pessoa”. Entretanto, nessas circunstâncias, “a detenção deve rapidamente ser seguida da efetiva aplicação” de um regime de educação supervisionada “em um ambiente (aberto ou fechado) designado e com suficientes recursos para a finalidade”.(59) Não compartilha o ponto de vista do Governo de que as colocações sobre as quais houve reclamações eram parte de um programa educativo, enfatizando que a Bélgica “tinha a obrigação de implantar instalações institucionais apropriadas que atendessem às exigências de segurança e aos objetivos educacionais da Lei de 1965, a fim de estar apta a satisfazer os requisitos do” artigo 5(1)(d).(60) “A detenção de um jovem em uma prisão preventiva em condições de isolamento virtual e sem a assistência de pessoas com treinamento educacional” não poderia “ser considerada de forma a favorecer qualquer objetivo educacional”; conseqüentemente, as ordens judiciais de colocação – pelas quais o requerente tinha sido destituído da sua liberdade por 119 dias durante um período de 291 dias – eram incompatíveis com o artigo 5(1)(d) da Convenção Européia.(61)

4.7.2 Privações da liberdade por razões de sanidade mental

O Comitê de Direitos Humanos concluiu que a detenção de uma pessoa por nove anos segundo a Lei de Sanidade Mental da Nova Zelândia “não foi nem ilegal nem arbitrária” e, conseqüentemente, não violou o artigo 9(1) do Pacto.(62) O Comitê observou que “a avaliação do autor segundo a Lei de Sanidade Mental seguiu-se ao comportamento ameaçador e agressivo por parte do autor, e... a ordem de confinamento foi emitida de acordo com a lei, com base no parecer de três psiquiatras”; além disso, “um conselho de psiquiatras continuou a analisar a situação do autor periodicamente”.(63) Visto que a detenção contínua do autor foi também “regularmente analisada pelos Tribunais”, não houve qualquer violação ao artigo 9(4).(64)

Com relação ao significado das palavras “pessoas mentalmente incapazes” no artigo 5(1)(e) da Convenção Européia, o Tribunal Europeu considerou que “este termo não é um termo ao qual possa ser dada uma interpretação definitiva”, mas um termo “cujo significado está continuamente evoluindo na medida em que as pesquisas na área da psiquiatria progridem, uma flexibilidade crescente no tratamento está se

desenvolvendo e a atitude da sociedade em relação à doença mental está mudando, em particular de modo que uma melhor compreensão dos problemas dos pacientes mentais está se difundindo”.(65) Acrescentou o Tribunal que o artigo 5(1)(e) “obviamente não pode ser considerado de forma a permitir a detenção de uma pessoa simplesmente porque suas opiniões ou comportamento se desviam das normas prevalecentes em uma sociedade particular. Afirmar diversamente não seria reconciliável com o texto do Artigo 5 parágrafo 1 que estabelece uma lista exaustiva... de exceções que demandam uma interpretação restrita”.(66) Por último, essa interpretação não estaria “em conformidade com o objeto e a finalidade do Artigo 5 parágrafo 1, isto é, assegurar que ninguém seja destituído da sua liberdade de maneira arbitrária”.(67)

Aplicando estes critérios, o Tribunal Europeu considerou que as seguintes três condições mínimas devem ser satisfeitas para que exista uma detenção legal de pessoas com problemas mentais sob o artigo 5(1)(e), a saber:

“exceto em casos de emergência, deve ser demonstrado de maneira confiável que o indivíduo em questão é mentalmente incapaz, isto é, uma doença mental verdadeira deve ser estabelecida perante uma autoridade competente com base na experiência médica objetiva; a doença mental deve ser do tipo ou grau que justifique o confinamento compulsório, sendo que a validade do confinamento continuado depende da persistência dessa doença”.(68)

O Tribunal “tem a jurisdição para verificar o cumprimento dessas condições em um determinado caso”, embora, “visto que as autoridades nacionais estão mais bem colocadas para avaliar a evidência abduzida perante elas, elas devem ser reconhecidas como tendo certo critério na questão e a tarefa do Tribunal limita-se a rever sob a Convenção as decisões tomadas por elas”.(69)

Mais informações sobre detenções por razões de sanidade mental

Em “casos de emergência”, o Tribunal aceitou, entretanto, que um “critério mais amplo deve, na natureza das coisas, ser desfrutado pela autoridade nacional autorizada a determinar esses confinamentos de emergência”, já que “seria impraticável exigir um exame médico minucioso antes de qualquer prisão ou detenção”.(70) Nesses casos, o Tribunal examina, entre outros: se a legislação do país concede às autoridades nacionais poder arbitrário; se está, de outro modo, incompatível com a expressão “a detenção legal de pessoas mentalmente incapazes”; e se a legislação em questão foi aplicada ao requerente de

forma que possa ter havido violação do artigo 5(1)(e) da Convenção.(71) Isto implica, em particular, que o Tribunal deve avaliar se os interesses da proteção do público prevalecem sobre o direito do indivíduo à liberdade de forma a justificar um confinamento de emergência na ausência das garantias usuais implícitas no artigo 5(1)(e); entretanto, a medida de emergência deve somente ser de curta duração.(72)

No caso do requerente que tinha um histórico de problemas psiquiátricos e, de acordo com sua esposa, permanecia “esquizofrênico e ameaçador”, o Ministro do Interior, que agiu sob aconselhamento médico, determinou a interdição do requerente, medida essa que foi, de acordo com o Tribunal, justificada “como uma medida de emergência e de curta duração”. Examinando a detenção adicional do requerente, o Tribunal concluiu que não tinha “nenhuma razão para duvidar da objetividade e da confiabilidade” do parecer médico apresentado para justificar esta detenção.(73)

Com relação à prorrogação da detenção psiquiátrica, o Tribunal Europeu enfatizou que “a legalidade da prorrogação da colocação do requerente sob a lei do país não é por si só decisiva”, mas que “deve também ficar estabelecido que sua detenção durante o período sob consideração deu-se em conformidade com a finalidade do Artigo 5 parágrafo 1 da Convenção, que visa impedir que as pessoas sejam destituídas da sua liberdade de maneira arbitrária”.(74) Isto significa, entre outros, que não deve haver uma demora importante na renovação das ordens de detenção. Enquanto o Tribunal considerou que uma demora de duas semanas “não poderia ser considerada como irrazoável ou excessiva” e assim não correspondia a uma privação arbitrária da liberdade, (75) um período de mais de dois meses e meio foi considerado excessivo, constituindo violação do artigo 5(1). Neste último caso, o Tribunal concluiu que “o interesse público envolvido” não poderia “ser considerado como justificativa para manter o requerente, o qual estava se submetendo a tratamento psiquiátrico, em um estado de incerteza por mais de dois meses e meio”. O Tribunal enfatizou que “o ônus para assegurar que um pedido de prorrogação de uma ordem de colocação seja feito e examinado em tempo deve ser atribuído às autoridades competentes e não à pessoa em questão”.(76)

O artigo 5(1) foi considerado violado quando o juiz do país que determinou o confinamento de uma pessoa em um hospital psiquiátrico sob a Dutch Mentally Ill Persons Act [Lei de Pessoas Mentalmente Incapazes da Holanda] deixou de ouvir a pessoa em questão “antes de autorizar seu confinamento, embora as condições legais sob as quais essa audiência poderia ser ministrada não tivessem sido satisfeitas”; o juiz deveria “pelo menos ter declarado, em sua decisão, as razões que o levaram a divergir do parecer psiquiátrico a esse respeito”.(77)

O artigo 5(1) foi mais uma vez violado quando, contrariando a lei do país, nenhum oficial de registro estava presente na audiência do tribunal em seguida à qual o

requerente foi confinado em um hospital psiquiátrico; em outras palavras, os termos “procedimento prescrito por lei” não foram cumpridos.(78)

4.7.3 Privação da liberdade de pessoas que procuram asilo e para fins de deportação e extradição

O Comitê de Direitos Humanos determinou com relação ao artigo 9(1) que “não existe base para a alegação de que é *per se* arbitrário deter indivíduos que solicitam asilo”, embora “qualquer decisão de manter uma pessoa detida deve estar aberta a uma revisão periódica, de modo que os fundamentos que justifiquem a detenção possam ser avaliados”.(79) Em qualquer eventualidade,

“a detenção não deve continuar além do tempo para o qual o Estado pode dar uma justificativa apropriada. Por exemplo, o fato da entrada ilegal pode indicar a necessidade de investigação, podendo haver outros fatores particulares ao indivíduo, tais como a probabilidade de evasão e falta de cooperação, o que pode justificar a detenção durante um tempo. Sem esses fatores, a detenção pode ser considerada arbitrária, mesmo se a entrada foi ilegal”.(80)

Neste caso específico, visto que o Estado membro não adiantou fundamentos que justificassem a “detenção continuada” do autor “por um período de quatro anos”, o Comitê concluiu que a detenção foi arbitrária, portanto contrária ao artigo 9(1).(81)

O artigo 5(1)(f) da Convenção Européia autoriza “a prisão ou detenção legal de uma pessoa para impedir que esta simule uma entrada não-autorizada no país ou de uma pessoa contra quem um ato foi praticado com vistas à deportação ou extradição”. Isto significa, por exemplo, que a detenção não deve perseguir um objetivo diferente daquele para o qual foi determinada.(82) Além disso, no caso de extradição, por exemplo, a privação da liberdade segundo este subparágrafo, “será justificada somente durante o tempo em que os processos de extradição estiverem sendo conduzidos”, e, conseqüentemente, “se esses processos não estiverem sendo instaurados com a diligência devida, a detenção deixará de ser justificada segundo o artigo 5 § 1 (f)”.(83) Uma detenção de quase dois anos foi então considerada “excessiva” pelo Tribunal, que considerou que o tempo razoável já tinha sido excedido após 18 meses, quando a ordem de extradição foi de fato dada.(84)

4.7.4 Detenção preventiva e detenção por razões de ordem pública

Casos que envolvam detenção preventiva por razões de segurança pública ou ordem pública freqüentemente causam preocupações específicas em um Estado regido pelo estado de direito, em vista da dificuldade inerente para definir esses termos com suficiente clareza e a conseqüente incerteza legal que pode ocasionar. Entretanto, no que concerne o artigo 9 do Pacto, o Comitê de Direitos Humanos declarou no Comentário Geral Nº 8 que

“... se a assim denominada detenção preventiva for usada por razões de segurança pública, esta deve ser controlada por essas mesmas disposições, i.e., não deve ser arbitrária, devendo basear-se nos fundamentos e procedimentos estabelecidos por lei (parágrafo 1), as informações sobre as razões serem dadas (parágrafo 2) e o controle judicial da detenção estar disponível (parágrafo 4), bem como a indenização no caso de uma violação (parágrafo 5). E no caso de acusações criminais serem apresentadas nesses casos, a proteção plena do artigo 9(2) e (3), bem como o artigo 14, deve também ser concedida”.(85)

No caso de Cámpora Schweizer, o autor foi detido de acordo com as “medidas imediatas de segurança” segundo a lei do Uruguai. Sem pronunciar-se sobre a compatibilidade desta medida legal *per se* com o Pacto, o Comitê enfatizou que, embora a

“detenção administrativa não possa ser questionável quando a pessoa em questão constitui uma clara e grave ameaça à sociedade a qual não pode ser contida de qualquer outra maneira, ... as garantias compreendidas nos seguintes parágrafos do artigo 9 aplicam-se integralmente nesses exemplos”.(86)

Neste caso, entretanto, o artigo 9(3) e (4) do Pacto tinha sido violado por causa das modalidades particulares sob as quais as “medidas imediatas de segurança” tinham sido “determinadas, mantidas e executadas”.(87)

Com relação à possibilidade de justificar, segundo o artigo 5(3) da Convenção Européia, a detenção antes do julgamento baseada no fato de existir um risco de prejuízo à ordem pública, vide seção 5.1 abaixo para mais detalhes.

As regras legais básicas que regulamentam a prisão e detenção são também aplicáveis à detenção administrativa, i.e. a detenção pelo Executivo por razões não relacionadas com atividades criminais, tais como, por exemplo, detenção para supervisão educacional, razões de sanidade mental, para fins de deportação e extradição, e para proteger a ordem pública.

A lei internacional de direitos humanos também oferece importantes garantias judiciais com respeito à detenção administrativa. A lei do país deve oferecer a possibilidade de contestar a legalidade dessas detenções perante um tribunal ordinário aplicando as garantias processuais legais.

4.8 O direito de ser imediatamente informado sobre as razões para a prisão e detenção e de quaisquer acusações contra si

O artigo 9(2) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece que “qualquer pessoa que seja presa deverá ser informada, na ocasião da prisão, sobre as razões da sua prisão e deverá ser imediatamente informada sobre quaisquer acusações contra ela”. O artigo 7(4) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que “qualquer pessoa que seja detida deverá ser informada sobre as razões para sua detenção e deverá ser imediatamente notificada sobre a acusação ou acusações contra ela”, enquanto que, de acordo com o artigo 5(2) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos, “qualquer pessoa que seja presa deverá ser imediatamente informada, em um idioma o qual essa pessoa entenda, sobre as razões da sua prisão e sobre qualquer acusação contra ela”. A Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos não contém qualquer disposição específica a esse respeito, mas a Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos considerou que o direito a um julgamento justo inclui, entre outros, a exigência de que as pessoas presas “deverão ser informadas na ocasião da prisão, em um idioma o qual essas pessoas entendam, sobre as razões da sua prisão e deverão ser imediatamente informadas sobre quaisquer acusações contra elas”.(88)

O Comitê de Direitos Humanos explicou que “uma das razões mais importantes para a exigência de informações “imediatas” sobre uma acusação criminal é permitir à pessoa detida solicitar uma decisão imediata sobre a legalidade da sua detenção por uma autoridade judicial competente”.(89) O Comitê concluiu que o artigo 9(2) do Pacto tinha sido violado em um caso em que o autor da ação não tinha sido informado por ocasião da prisão sobre as acusações contra ele, tendo sido somente informado sete dias após ter sido

detido.(90) *A fortiori*, uma demora de 45 dias ou mais não atende aos requisitos do artigo 9(2).(91)

Além do mais, não é suficiente para fins do Pacto, inclusive o seu artigo 9(2), prender e deter uma pessoa com base em uma presumida conexão com atividades subversivas; à pessoa presa e detida devem ser dadas informações quanto ao “escopo e significado de ‘atividades subversivas’, que constitui crime segundo a legislação relevante”.(92) De acordo com o Comitê de Direitos Humanos, essas explicações são particularmente importantes quando os autores alegam que foram processados exclusivamente por causa de suas opiniões contrárias ao artigo 19 do Pacto, que garante o direito à liberdade de expressão.(93)

O Comitê não constatou nenhuma violação ao artigo 9(2) do Pacto quando os autores alegadamente tiveram que esperar sete e oito horas, respectivamente, antes de serem informados sobre as razões para a prisão, também se queixando de que não tinham compreendido as acusações por falta de um intérprete competente. O Comitê concluiu que as formalidades da polícia tinham sido suspensas por três horas até que “o intérprete chegasse, de modo que o acusado pudesse ser devidamente informado na presença do advogado”; além disso, o intérprete era plenamente competente e designado de acordo com as regras.(94) conseqüentemente, não houve violação do artigo 9(2) neste caso.(95) Da mesma forma, quando o autor alegou que não foi imediatamente informado sobre as acusações contra ele, mas que existia evidências de que ele tinha visto um advogado durante a primeira semana da sua detenção, o Comitê concluiu que era “altamente improvável que nem o autor nem seu advogado tivessem conhecimento das razões para a sua prisão”.(96)

Quando o autor queixou-se de que não foi informado sobre as acusações sobre ele até três ou quatro semanas após sua prisão, o Comitê considerou que a “negação geral por um Estado membro não é suficiente para desmentir a alegação do autor”, e, conseqüentemente, a demora violou tanto o artigo 9(2) como o 9 (3) do Pacto.(97)

Não é suficiente segundo o artigo 9(2) simplesmente informar à pessoa presa e detida de que a privação da liberdade foi realizada por ordem do Presidente do país em questão.(98)

A Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos considerou que a incapacidade ou negligência por parte dos agentes de segurança de um Estado membro de cumprir “escrupulosamente” a exigência de apresentar razões para a prisão e informar às pessoas imediatamente sobre quaisquer acusações contra elas é uma violação ao direito a um julgamento justo conforme garantido pela Carta Africana.(99) O artigo 6 da Carta Africana foi violado quando o autor da ação foi preso no interesse da segurança nacional segundo a Lei de Custódia Preventiva de 1992 em Gana; entretanto, ele nunca foi

acusado de qualquer crime e nunca foi a julgamento.(100) Em um caso contra o Sudão, a Comissão também explicou que o artigo 6 da Carta Africana “deve ser interpretado de forma a permitir prisões somente no exercício de poderes normalmente concedidos às forças de segurança em uma sociedade democrática”; já que a redação do Decreto relevante permitia “aos indivíduos serem presos por razões vagas, e mediante suspeita, não atos provados”, não estava “em conformidade com o espírito da Carta Africana”, violando o seu artigo 6.(101)

Com relação ao artigo 5(2) da Convenção Européia, o Tribunal Europeu considerou que aquela

“contém a proteção elementar que estabelece que qualquer pessoa presa deveria saber por que foi destituída da sua liberdade. Esta disposição é parte integrante do esquema de proteção concedido pelo Artigo 5: por força do parágrafo 2, qualquer pessoa presa deve ser informada, em linguagem simples e não técnica que ela possa entender, os fundamentos legais e factuais essenciais para a sua prisão, de modo a poder, se julgar apropriado, requerer a um tribunal a contestação da sua legalidade de acordo com o parágrafo 4.... Apesar desta informação ter de ser transmitida ‘imediatamente’ (em francês: *‘dans le plus court délai’*), ela não precisa ser relatada na sua totalidade pelo oficial prisional no exato momento da prisão. Se o teor e a presteza da informação transmitida são suficientes deverá ser avaliado em cada caso de acordo com seus características especiais.”(102)

Não é, portanto, suficiente para fins do cumprimento do artigo 5(2) que o oficial prisional simplesmente diga às pessoas em questão que estão presas segundo uma lei particular sob suspeita de serem terroristas, embora tenha sido considerado ser suficiente se “as razões pelas quais são suspeitas de serem terroristas forem levadas à atenção destas durante o seu interrogatório” pela polícia; essas pessoas devem, conseqüentemente, ser interrogadas com detalhes suficientes “sobre seu suposto envolvimento em atos criminosos específicos e sua suposta associação com organizações proscritas”.(103)

O Tribunal Europeu considerou ainda que os termos do artigo 5(2) devem “ser interpretados ‘de forma autônoma’, em particular de acordo com a “intenção e o propósito” do artigo 5, “que são proteger todas as pessoas da privação arbitrária da liberdade”. O termo “prisão” portanto, “estende-se além do domínio das medidas do direito penal”, e as palavras “qualquer acusação” não tinham a intenção de “especificar uma condição para a sua aplicabilidade, mas indicar uma eventualidade à qual leva em consideração”.(104) Esta interpretação é também suportada pelo estreito vínculo entre o artigo 5(2) e (4), porque “qualquer pessoa que tenha o direito de instaurar um processo

para ter a legalidade da sua detenção rapidamente decidida não pode fazer uso eficaz desse direito, a não ser se for imediata e adequadamente informada sobre as razões pelas quais foi destituída da sua liberdade”.(105)

Conseqüentemente, o Tribunal Europeu constatou violação do artigo 5(2) em um caso em que uma mulher que se encontrava no hospital para receber tratamento voluntariamente e foi subseqüentemente colocada em isolamento e informada de “que não estava mais livre para sair quando quisesse por causa de uma ordem judicial emitida dez dias antes”. O tribunal considerou que nem “a maneira” na qual a requerente foi informada, “nem o tempo que levou para essa informação fosse a ela comunicada, corresponderam às exigências” do artigo 5(2).(106)

Em um caso em que ao requerente, no mesmo dia da sua prisão, foi dada uma cópia do mandado de prisão que “discriminava não somente as razões para destituí-lo da sua liberdade, mas também os detalhes das acusações contra ele”, constatou-se que o artigo 5(2) não tinha sido violado.(107)

A fim de cumprir as exigências com relação a informações, os Estados podem, conforme evidenciado acima, ter que recorrer a intérpretes. Conforme expressamente estabelecido no Princípio 14 dos Princípios Básicos para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, “uma pessoa que não entenda ou fale adequadamente o idioma usado pelas autoridades responsáveis pela sua prisão ou detenção tem direito a receber imediatamente no idioma ao qual ela entenda” informações referentes, entre outras, às acusações contra ela e sobre os registros da sua prisão.

Uma pessoa destituída da sua liberdade deve imediatamente ser informada sobre as razões que ocasionaram este fato, em um idioma ao qual ela entenda e em detalhes suficientes de modo que seja capaz de requisitar decisão imediata de uma autoridade judicial sobre a legalidade da sua privação da liberdade.

4.9 O direito de ser imediatamente levado perante um juiz ou outro magistrado

O artigo 9(3) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece que “qualquer pessoa presa ou detida sob acusação criminal deverá ser levada imediatamente perante um juiz ou outra autoridade autorizada por lei para exercer o poder judicial”. No artigo 7(5) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, este direito refere-se a qualquer “pessoa detida”. Com relação ao artigo 5(3) da Convenção

Européia sobre Direitos Humanos, este direito refere-se a “todas as pessoas presas ou detidas de acordo com as disposições do parágrafo 1(c) deste artigo”, que concerne “à prisão ou detenção legal de uma pessoa efetuada com o propósito de levá-la perante a autoridade legal competente sob suspeita razoável de ter cometido um delito ou quando for considerado razoavelmente necessário para impedi-la de cometer um delito ou fugir depois de cometê-lo”. O texto da Carta Africana não regulamenta especificamente esta questão. Entretanto, de acordo com o artigo 7(1)(a) da Carta, todo indivíduo terá “o direito de recorrer aos órgãos nacionais competentes contra atos de violem seus direitos fundamentais conforme reconhecidos e garantidos pelas convenções, leis, regulamentos e costumes em vigor” (vide também jurisprudência com relação ao art. 6 da Carta, abaixo).

Conforme observado pelo Comitê de Direitos Humanos, a primeira frase do artigo 9(3) do Pacto “destina-se a produzir a detenção de uma pessoa acusada de um crime sob controle judicial”.(108)

Embora o termo “imediatamente” deva, de acordo com a jurisprudência do Comitê de Direitos Humanos, “ser determinado caso a caso”, a demora entre a prisão de um acusado e o tempo antes que este seja levado perante uma autoridade judicial “não deveria exceder uns poucos dias”.(109) “Na ausência de uma justificativa para a demora de quatro dias antes do autor ser levado perante uma autoridade judicial”, esta demora violou a noção de presteza constante do artigo 9(3).(110) Além disso, a demora de um dia em um caso importante antes do autor ser primeiramente levado perante um juiz “não pode ser considerada compatível com” o artigo 9(3).(111) *A fortiori*, quando o autor da ação foi mantido por dois meses e meio ou mais antes de ser levado perante um juiz, o artigo 9(3) também foi violado.(112)

Em um caso em que as vítimas foram presas e mantidas detidas na Nigéria por um longo período segundo a Lei de Segurança do Estado (Detenção de Pessoas) de 1984 e o Decreto Aditado de Segurança de Estado (Detenção de Pessoas) Nº 14 (1994), a Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos concluiu que os fatos constituíam violação *prima facie* do direito de não ser submetido à prisão e detenção arbitrária, conforme garantido pelo artigo 6 da Carta Africana. Segundo os termos desse Decreto, o Governo poderia deter pessoas sem acusação por um período de três meses no primeiro caso; o Decreto, da mesma forma, permitia ao Governo manter arbitrariamente pessoas que criticavam suas políticas por um período de três meses sem ter que apresentar quaisquer explicações e sem haver qualquer possibilidade para as vítimas “de contestar a prisão e a detenção perante um tribunal”. Considerando que o Governo não submeteu quaisquer argumentos em defesa do Decreto, tanto com relação a sua

justificação em geral ou com relação a sua aplicação neste caso específico, a Comissão considerou que o Decreto violou o artigo 6 da Carta Africana.(113)

A Comissão Africana também considerou de forma importante que o “direito a ser julgada dentro de um período razoável de tempo por um tribunal imparcial” conforme garantido pelo artigo 7(1)(d) da Carta Africana é reforçado por sua Resolução sobre Julgamento Justo, de acordo com a qual as pessoas “presas ou detidas deverão ser levadas imediatamente perante um juiz ou outra autoridade autorizada por lei para exercer o poder judicial, tendo direito a julgamento dentro de um período de tempo razoável ou serem libertadas”.(114)

No caso de Huri-Laws contra a Nigéria, a Comissão concluiu, entretanto, que a Nigéria tinha violado ambos os artigos 7(1)(d) e 26, por ter deixado de levar as duas alegadas vítimas imediatamente perante um juiz ou outro magistrado para julgamento; as vítimas estavam detidas por semanas e meses, respectivamente, sem que quaisquer acusações tivessem sido apresentadas contra elas.(115)

No caso de Castillo-Páez, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos concluiu que o artigo 7(5) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos tinha sido violado, já que a vítima “não tinha sido levada perante um tribunal competente dentro de 24 horas ou, de outro modo, se a distância fosse um fator, nem dentro de quinze dias sob suspeita de terrorismo, em conformidade com o Artigo 7, parágrafo 5, da Convenção, e Artigo 2, parágrafo 20(c) da Constituição do Peru”; de fato, os policiais tinham negado sua prisão e escondido o detido, de modo que não pudesse ser localizado pelo magistrado, a quem forneceram também registros da entrada de detidos alterados.(116) O artigo 7(5) é claro, foi violado no caso de Suárez-Rosero, no qual a vítima nunca compareceu perante uma autoridade judiciária competente durante o processo.(117)

O caso de Castillo Petruzzi et al.

No caso de Castillo Petruzzi *et al.*, o Tribunal Interamericano expressou o ponto de vista de que as leis que permitem às autoridades manter uma pessoa suspeita do crime de traição em custódia preventiva por 15 dias, com possibilidade de prorrogação por mais 15 dias, sem que essa pessoa seja levada perante uma autoridade judiciária, são contrárias ao artigo 7 da Convenção.(118) A detenção neste caso

“ocorreu no meio de uma terrível perturbação da lei e da ordem pública que se estendeu durante 1992 e 1993 com atos de terrorismo que deixaram muitas vítimas no seu

rastró”, e, “em resposta a esses eventos, o Estado adotou medidas de emergência, uma das quais foi permitir que as pessoas suspeitas de traição fossem detidas sem uma ordem judicial legal”.(119) À alegação do Peru de que o estado de emergência declarado envolveu uma suspensão do artigo 7, o Tribunal replicou ter “afirmado repetidamente que a suspensão de garantias não deveria exceder os limites estritamente exigidos e que ‘qualquer ato por parte das autoridades públicas que ultrapasse esses limites seria ilegal.’ Os limites impostos sobre os atos de um Estado advêm da “exigência geral de que em um estado de emergência existam meios apropriados para controlar as medidas tomadas, de modo que estas seja proporcionais às necessidades e não excedam os limites estritos impostos pela Convenção ou aqueles desta originários’.”(120)

Neste caso, “aproximadamente 36 dias decorreram entre o tempo de detenção e a data na qual as alegadas vítimas foram levadas perante uma autoridade judiciária”, e este tempo foi, no parecer do Tribunal, “excessivo e contrário às disposições da Convenção”.(121)

Com relação ao artigo 5(3) da Convenção Europeia, nenhuma violação do artigo 5(3) “poderá resultar se a pessoa presa for libertada ‘imediatamente’ antes que qualquer controle judicial da sua detenção seja possível”; “se o preso não for libertado imediatamente, este tem direito a comparecer imediatamente perante um juiz ou magistrado”.(122)

Quanto à determinação do termo “presteza”, esta “tem que ser feita à luz do objeto e do propósito do” artigo 5, que é proteger “o indivíduo contra interferências arbitrárias por parte do Estado no seu direito à liberdade”; “o controle judicial das interferências por parte do Executivo no direito do indivíduo à liberdade é uma característica essencial da garantia encravada [neste artigo e] destina-se a minimizar o risco de arbitrariedade”; além disso, “o controle judicial está implícito pelo estado de direito, ‘um dos princípios fundamentais de uma sociedade democrática... e ‘do qual a Convenção como um todo obtém sua inspiração’”.(123)

Comparando os textos em inglês e francês da disposição, o Tribunal concluiu que

“o grau de flexibilidade atribuído à noção de ‘presteza’ é limitado, mesmo se as circunstâncias resultantes não possam nunca ser ignoradas para os fins da avaliação segundo o parágrafo 3. Enquanto que a presteza deve ser determinada em cada caso de acordo com suas características especiais, o significado a ser atribuído a essas características não pode nunca ser considerado a ponto de prejudicar a exata essência do direito garantido pelo Artigo 5 § 3, isto é, a ponto de efetivamente rejeitar a obrigação do Estado de assegurar a libertação imediata ou o comparecimento imediato perante uma autoridade judicial”.(124)

No caso de *Brogan e Outros*, que se referia à prisão e detenção por força dos poderes concedidos segundo legislação especial relativa a pessoas suspeitas de envolvimento em terrorismo na Irlanda do Norte, a questão a ser decidida pelo Tribunal era se “considerando as características especiais nas quais o Governo se baseava, a libertação de cada requerente pode ser considerada como ‘imediata’ para fins do” artigo 5(3); é claro que nenhum dos requerentes tinha sido levado perante um juiz ou magistrado durante o tempo sob custódia.(125) O Tribunal aceitou o fato de que

“sujeito à existência de salvaguardas adequadas, o contexto de terrorismo na Irlanda do Norte tem o efeito de prolongar o período durante o qual as autoridades podem, sem violar o Artigo 5 § 3, manter uma pessoa suspeita de crimes de terrorismo graves em custódia antes de levá-la perante um juiz ou outro magistrado”.(126)

Entretanto, as dificuldades do controle judicial invocado pelo Governo não poderiam “justificar, segundo o Artigo 5 § 3, dispensar totalmente o controle judicial ‘imediato’”,(127) porque “o escopo para a flexibilidade em interpretar e aplicar a noção de ‘presteza’ é muito limitado”.(128) Concluiu-se que, “mesmo o mais curto dos quatro períodos de detenção, isto é, os quatro dias e seis horas passados sob custódia da polícia” por um requerente, recai “fora dos limites estritos relativos a tempo permitidos pela primeira parte do Artigo 5”. Nas palavras do Tribunal,

“atribuir tal importância às características especiais deste caso de forma a justificar um período tão longo de tempo sem comparecer perante um juiz ou outro magistrado seria uma interpretação inaceitavelmente ampla do simples significado da palavra ‘imediatamente’. Uma interpretação dessa natureza significaria para o Artigo 5 § 3 um enfraquecimento importante de uma garantia processual em detrimento do indivíduo e acarretaria conseqüências que prejudicariam a exata essência do direito protegido por esta disposição. O Tribunal então deve concluir que nenhum dos requerentes foi levado ‘imediatamente’ perante uma

autoridade judiciária ou libertado ‘imediatamente’ após sua prisão. O fato indubitável de que a prisão e detenção dos requerentes foram inspiradas pelo legítimo propósito de proteger a comunidade, como um todo, do terrorismo não é por si só suficiente para garantir o cumprimento dos requisitos específicos do Artigo 5 § 3.”(129)

Finalmente, o artigo 5(4) da Convenção Europeia também foi violado em um caso em que um recruta foi colocado sob detenção preventiva durante manobras militares, não comparecendo perante o Tribunal Militar até cinco dias após sua prisão; não podia se permitir que as manobras, nas quais os militares membros do tribunal participavam, justificassem essa demora e providências deveriam ter sido tomadas para permitir que o Tribunal Militar “se reunisse em sessão o mais breve possível para cumprir os requisitos da Convenção, se necessário no sábado ou domingo”.(130)

4.9.1 O órgão legítimo responsável pela tomada de decisão

No caso de Kulomin, cuja detenção antes do julgamento foi prorrogada por diversas vezes pelo promotor público, o Comitê de Direitos Humanos declarou que

“considera que é inerente ao adequado exercício do poder judicial que este seja exercido por uma autoridade que seja independente, objetiva e imparcial em relação às questões discutida”.(131)

Conseqüentemente, naquele caso específico, o Comitê não “ficou convencido de que o promotor público pudesse ser considerado como tendo a objetividade e a imparcialidade institucionais necessárias para ser considerado uma ‘autoridade autorizada por lei a exercer o poder judicial’ dentro do contexto do” artigo 9(3) do Pacto.(132)

“Antes que uma ‘autoridade’ possa dizer que exerce o ‘poder judicial’ dentro do contexto do [artigo 5(3) da Convenção Europeia,] esta autoridade deve satisfazer determinadas condições que oferecem uma garantia à pessoa detida contra qualquer privação da liberdade arbitrária ou injustificada”.(133) Conseqüentemente, “a ‘autoridade’ deve ser independente do Executivo e das partes. ... Neste aspecto, comparecimentos objetivos por ocasião da decisão sobre a detenção são essenciais: se parecer, naquela ocasião, que a ‘autoridade’ pode mais tarde intervir em processos criminais subseqüentes em nome da promotoria, sua independência e imparcialidade poderá suscitar dúvidas. ... A ‘autoridade’ deve ouvir o indivíduo levado perante ela e analisar, por referência aos critérios legais, se a detenção foi ou não justificada. Se não foi desse modo justificada, a ‘autoridade’ deve ter o poder de dar uma ordem obrigatória para a libertação do detido...”.(134)

Conclui-se que, quando uma “autoridade” não tem o poder de “tomar decisões legalmente vinculantes quanto à detenção ou libertação de um suspeito”, ela não pode ser considerada “suficientemente independente” para fins do artigo 5(3).(135) Além disso, no caso em que promotores públicos que aprovam a decisão do investigador sobre a questão da detenção possam subsequenteiramente agir contra o detido em processos criminais, estes foram considerados como não sendo “suficientemente independentes ou imparciais para fins do” artigo 5(3).(136) Da mesma forma, quando um procurador do Estado determinou a detenção preventiva do requerente, conduziu a investigação e subsequenteiramente atuou como promotor público redigindo a pronúncia, constatou-se que houve violação do artigo 5(3).(137) De acordo com o Tribunal Europeu,

“a Convenção não descarta a possibilidade do magistrado que determina a detenção desempenhar outros deveres, mas esta imparcialidade é capaz de parecer suscetível a dúvidas... caso este esteja autorizado a intervir nos processos criminais subsequentes como representante da promotoria”.(138)

Uma pessoa presa ou detida sob acusação criminal deve imediatamente ser levada perante um juiz ou outro magistrado, que seja independente e imparcial e que tenha o poder de emitir uma ordem vinculante de libertação; o termo “imediatamente” deve ser interpretado de forma estrita e não pode ser destituído da sua essência, mesmo em situações de crise.

5. O Direito a Julgamento dentro de um Tempo Razoável ou à Libertação até o Julgamento

Em complementação ao requisito de “presteza” discutido na seção 4.9 acima, o artigo 9(3) do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, o artigo 7(5) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o artigo 5(3) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos dispõem que todas as pessoas detidas terão direito a julgamento dentro de “um tempo razoável” ou à libertação até o julgamento. Esta é uma proteção lógica tendo em vista tanto o fato de que qualquer pessoa acusada de um crime tem o direito de ser considerada inocente até que seja provada a sua culpa como o fato de que a privação da liberdade deve ser uma medida excepcional.

5.1 A noção de “tempo razoável”

O Comitê de Direitos Humanos considerou que “o que constitui ‘tempo razoável’ é uma questão de avaliação para cada caso específico”.(139) Entretanto, a ausência de

“verbas orçamentárias adequadas para a administração da justiça criminal... não justifica demoras irrazoáveis na adjudicação de casos criminais. Nem deve o fato das investigações de um caso criminal serem essencialmente conduzidas por meio de processos escritos justificar essas demoras”.(140) Em outras palavras, considerações relacionadas com a “reunião de provas” não justificam que uma detenção dure quatro anos após a prisão da vítima, violando, assim, o artigo 9(3) do Pacto.(141) Em um outro caso, o Comitê constatou violação do artigo 9(3) devido ao fato do autor ter sido detido durante 31 meses simplesmente sob a acusação de pertencer a um partido político considerado ilegal segundo a constituição do país que naquela ocasião estabelecia um só partido.(142) Além disso, uma detenção de quatro anos e quatro meses sem que qualquer data de julgamento tivesse sido estabelecida era contrária ao artigo 9(3) do Pacto.(143) Em um caso em que quase quatro anos se passaram entre o julgamento do Tribunal de Recursos e o início do novo julgamento, período durante o qual o autor foi mantido detido, foi considerado que, tanto o artigo 9(3) quanto o artigo 14(3)(c) foram violados.(144)

Na ausência de explicações “satisfatórias” do Estado membro com relação à razão pela qual o autor estava detido preventivamente sem ter sido levado a julgamento por um ano e nove meses, o Comitê concluiu que esta demora, também, era “irrazoável” e violava o artigo 9(3).(145)

As queixas submetidas segundo o Pacto Internacional referentes à demora indevida em ser levado a julgamento foram muitas vezes consideradas simultaneamente segundo os artigos 9(3) e 14(3)(c).(146) Mais exemplos serão também, portanto, considerados segundo a última disposição, que será tratada no Capítulo 6 sobre O Direito a um Julgamento Justo: Parte I – Da Investigação ao Julgamento.

Com relação ao direito a julgamento dentro de um tempo razoável ou à libertação até o julgamento garantido no artigo 5(3) da Convenção Européia, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que “é a detenção provisória de pessoas acusadas que não deve... ser prolongada além de um tempo razoável”, e que o final do período ao qual esta disposição se refere é o dia “no qual a acusação é determinada, mesmo se somente por um tribunal de primeira instância”. Conclui-se que não é o dia no qual a sentença final é proferida.(147) Dependendo das circunstâncias, entretanto, a data final do período a ser levado em consideração poderá, ao invés, ser o dia da libertação do acusado, depois de ter depositado sua garantia, por exemplo.(148)

“A razoabilidade da detenção continuada de uma pessoa acusada deve ser determinada em cada caso de acordo com suas características especiais”, e “os fatores que podem ser levados em consideração são extremamente diversos”; há, conseqüentemente, a “possibilidade de grandes diferenças de opinião na determinação da razoabilidade de uma determinada detenção”.(149) De acordo com isso, recai sobre

“as autoridades judiciais, em primeiro lugar garantir que a detenção antes do julgamento de uma pessoa acusada não exceda um tempo razoável. Para este fim, as autoridades judiciais devem examinar todas as circunstâncias que demonstrem estar a favor ou contra a existência de uma exigência genuína de interesse público que justifique, com a devida consideração ao princípio da presunção de inocência, uma saída a partir da regra de respeito pela liberdade individual, discriminando-as nas suas decisões sobre os pedidos de libertação. É essencialmente com base nas razões dadas nessas decisões e nos verdadeiros fatos mencionados pelo detido em seus pedidos de libertação e suas apelações que o Tribunal será convocado para decidir se houve ou não violação do artigo 5 § 3.

A persistência de suspeita razoável de que a pessoa presa cometeu um delito é condição *sine qua non* para a validade da detenção continuada, porém, após um determinado tempo, não é mais suficiente: o Tribunal deve então estabelecer se os outros fundamentos citados pelas autoridades judiciais continuam a justificar a privação da liberdade. ***Quando esses fundamentos forem ‘relevantes’ e ‘suficientes’, o Tribunal deve também apurar se as autoridades do país competentes manifestaram ‘diligência especial’ na condução dos processos. ...***”(150)

O caso de Assenov

No caso de Assenov, o requerente tinha sido acusado de dezesseis roubos ou mais e temia-se que voltaria a delinquir se fosse libertado, porém o Tribunal Europeu concluiu que a ele tinha sido negado um “julgamento dentro do tempo razoável”, violando assim o artigo 5(3); apesar do caso ter levado dois anos para ser julgado, o Tribunal observou que durante um desses anos “virtualmente nada foi feito com relação à investigação: nenhuma nova prova foi coletada, tendo o Sr. Assenov sido interrogado somente uma vez”.(151) O Tribunal acrescentou, além disso, que, “dada a importância do direito à liberdade, e a impossibilidade, por exemplo, de copiar os documentos relevantes ao invés de mandar o arquivo original para a autoridade em questão em cada ocasião, não se deveria ter permitido que as muitas apelações do requerente para ser libertado tivessem o efeito de suspender a investigação e assim atrasar seu julgamento”. Uma consideração adicional foi o fato de que, visto que o requerente era menor, era “muito mais do que normalmente importante que as autoridades manifestassem diligência especial para assegurar que aquele fosse levado a julgamento dentro de um tempo razoável”.(152)

Perigo de evasão: Com relação ao perigo de uma pessoa acusada se evadir, o Tribunal Europeu enfatizou que este perigo “não pode ser medido exclusivamente com base no rigor da pena atribuída”, mas “deve ser determinado com referência a um número de outros fatores relevantes que podem confirmar a existência de perigo de evasão ou fazer com que pareça tão insignificante que não justifica a detenção até o julgamento”.(153) Para que a esta razão seja dado crédito, os tribunais do país devem explicar por que existe perigo de evasão e não simplesmente confirmar a detenção em “palavras de forma idêntica, para não dizer estereotipada, sem explicar, de qualquer forma, por que havia perigo de evasão”,(154) e por que razão não procuraram eles “reagir a isto, por exemplo, exigindo a apresentação de uma garantia e colocando o acusado sob supervisão judicial”.(155)

Suposto envolvimento em delitos graves: Em um caso que envolvia a detenção antes do julgamento de uma pessoa acusada de tráfico de drogas, o Tribunal Europeu concordou “que os delitos alegados eram de natureza grave” e que “a evidência que incriminava o requerente era irrefutável”; enfatizou, não obstante, que “a existência de forte suspeita do envolvimento da pessoa em questão em delitos graves, embora constitua um fator relevante, não pode por si só justificar um longo período de detenção antes do julgamento”.(156)

Risco de reincidência no crime: O risco de repetição de delitos é um outro fundamento que pode justificar a detenção preventiva, e no caso de Toth este fundamento, bem como o perigo do requerente evadir-se, constituiu-se em fundamentos “relevantes e suficientes” para justificar sua detenção preventiva, que durou um pouco mais de dois anos e um mês.(157) O Tribunal Europeu observou que as “decisões (do país) contestadas levaram em conta a natureza dos delitos anteriores e o número de penas impostas como resultado”, e concluiu “que os tribunais do país temiam razoavelmente que o acusado cometesse novos delitos”.(158)

Prejuízo para a ordem pública: O Tribunal Europeu aceitou que, “devido a sua particular gravidade e à reação pública a eles, determinados delitos podem originar perturbação pública capaz de justificar a detenção antes do julgamento, pelo menos por um tempo”. Ao explicar este ponto de vista, o Tribunal declarou que

“em circunstâncias excepcionais – e sujeito, obviamente, a existir evidência suficiente ... – este fator pode, portanto, ser levado em conta para fins da Convenção, em qualquer eventualidade, desde que a lei do país reconheça... a noção de prejuízo para a ordem pública causado por um delito. Entretanto, este fundamento pode ser considerado como relevante e suficiente somente se estiver baseado em fatos capazes de demonstrar que a libertação do acusado na realidade prejudicaria a ordem pública. Além disso, a detenção continuará a ser legítima somente se a ordem pública ficar realmente ameaçada; sua continuidade não pode ser usada para antecipar uma sentença custodial...”.(159)

No caso de *Tomasi* – que foi acusado de participação em um ataque terrorista que matou uma pessoa, embora tendo sido absolvido no final – o Tribunal aceitou que era “razoável presumir que havia risco de prejuízo para a ordem pública no início [da detenção], mas [que] deve ter desaparecido depois de um certo tempo”.(160)

Levanta-se a questão, entretanto, de se em uma sociedade democrática governada pelo estado de direito, a detenção antes do julgamento, apesar de breve, pode alguma vez ser legalmente justificada com base em uma noção legal tão facilmente prejudicada como a da ordem pública.

Pressão sobre testemunhas e risco de conluio: Um outro fundamento que justifica a detenção antes do julgamento é o risco de pressão que pode ser suportado pelas testemunhas e de conluio entre co-acusados; entretanto, embora esse risco seja genuíno no início da detenção, pode gradualmente diminuir, ou mesmo desaparecer totalmente.(161) Os tribunais do país e, definitivamente, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos terão a responsabilidade de determinar esses riscos.

Conduta das autoridades do país: Quando os fundamentos invocados para justificar a detenção forem, em princípio, tanto “relevantes” como “suficientes”, o Tribunal Europeu pode ainda ter que determinar a conduta das próprias autoridades do país para justificar o tempo passado em detenção preventiva segundo o artigo 5(3).(162) A esse respeito, o Tribunal ressaltou que “o direito de um acusado sob custódia de ter seu caso examinado com toda a urgência necessária não deve obstruir os esforços dos tribunais de conduzir suas tarefas com o cuidado devido”.(163)

O Tribunal constatou que não houve violação ao artigo 5(3) em um caso em que o requerente tinha sido mantido em detenção antes do julgamento por cerca de três anos e dois meses, depois que seu caso envolvendo tráfico de drogas foi anexado a uma outra investigação criminal, fazendo assim parte de um processo complexo. O Tribunal ficou convencido que “o risco do requerente fugir persistiu durante todo o tempo da sua detenção preventiva, cuja excessiva demora ... não foi atribuída a qualquer falta de diligência especial por parte das autoridades espanholas”.(164)

Uma detenção antes do julgamento de cinco anos e sete meses foi, entretanto, considerada como violação do artigo 5(3) da Convenção, quando os tribunais franceses não agiram “com a presteza necessária” e a duração da detenção contestada não “parecia ser atribuída à complexidade do caso ou à conduta do requerente”.(165) Como pode ser visto, a conduta da pessoa detida pode, assim, ser um fato para se considerar a determinação da razoabilidade da detenção antes do julgamento.(166)

5.2 Alternativas para a detenção preventiva: garantias para comparecer ao julgamento

O Artigo 9(3) do Pacto Internacional, o artigo 7(5) da Convenção Americana e o artigo 5(3) da Convenção Europeia estabelecem que a libertação da detenção pode ser condicionada pelas garantias para comparecer ao julgamento.

Com relação ao artigo 9(3) do Pacto, o Comitê de Direitos Humanos afirmou de forma consistente que a

“detenção anterior ao julgamento deveria ser a exceção, a fiança sendo concedida, exceto em situações nas quais existe a probabilidade do acusado evadir-se ou destruir provas, influenciar testemunhas ou fugir da jurisdição do Estado membro”.(167)

O Comitê também é da opinião que “o mero fato de que o acusado seja um estrangeiro não implica por si só que ele deva ser mantido detido até o julgamento”.(168) Além disso, “a mera conjectura de um Estado membro de que um estrangeiro possa deixar sua jurisdição se libertado sob fiança não justifica uma exceção à regra especificada no” artigo 9(3); conseqüentemente, no caso em que o Estado membro não tenha fornecido nenhuma informação para substanciar sua preocupação de que o acusado deixe o país e com relação ao “por que isto não poderia ser resolvido estabelecendo-se uma quantia apropriada de fiança e outras condições de libertação”, o Comitê concluiu que o artigo 9(3) foi violado.(169)

O Tribunal Europeu enfatizou que, “quando a única [razão] que permanece para a detenção continuada é o receio de que o acusado se evadirá e por causa disso se furtará a aparecer no julgamento, sua libertação até o julgamento deve ser determinada se for possível obter do acusado garantias que assegurem esse comparecimento”; quando, entretanto, a pessoa acusada não tiver agido de forma a sugerir que estaria preparado para fornecer essas garantias e quando, além do mais, as autoridades judiciais não podem ser censuradas pela condução do caso, o Tribunal concluiu que não houve violação do artigo 5(3) da Convenção. (170)

Uma pessoa detida sob acusação criminal tem o direito a julgamento dentro de um tempo razoável ou à libertação até o julgamento. A razoabilidade da detenção antes do julgamento é determinada à luz de todas as circunstâncias do caso específico, tal como:

- a gravidade dos delitos;
- o risco de evasão;
- o risco de influenciar testemunhas e de conluio com co-réus;
- o comportamento do detido;
- a conduta das autoridades do país, inclusive a complexidade da investigação.

Sempre que viável, a libertação deve ser concedida até o julgamento, se necessário determinando garantias que a pessoa acusada comparecerá ao seu julgamento. Durante todo o tempo de detenção, o direito de presunção da inocência deve ser garantido.

6. In O Direito de Ter a Legalidade da Detenção Decidida Rapidamente ou Sem Demora por um Tribunal

O artigo 9(4) do Pacto estabelece o seguinte:

“Qualquer pessoa que for destituída da sua liberdade por prisão ou detenção terá o direito de instaurar processo perante um tribunal, para que esse tribunal possa decidir sem demora sobre a legalidade da sua detenção e determinar sua libertação caso a detenção não seja legal.”

O artigo 7(6) da Convenção Americana estabelece:

“Qualquer pessoa que for destituída da sua liberdade terá direito a recurso perante um tribunal competente, para que o tribunal possa decidir sem demora sobre a legalidade da sua prisão ou detenção e determinar sua libertação, caso a prisão ou detenção seja ilegal. Nos Estados Membros cujas leis dispõem que qualquer pessoa que se acredite ameaçada de privação da sua liberdade tem direito a recurso perante um tribunal competente, para que este possa decidir

sobre a legalidade dessa ameaça, este remédio não poderá ser restringido ou abolido. A pessoa interessada ou uma outra pessoa em seu nome terá direito de procurar obter esses remédios.”

O artigo 5(4) da Convenção Europeia estabelece que

“Toda pessoa que for destituída da sua liberdade por prisão ou detenção terá direito de instaurar processo através do qual a legalidade da sua detenção deverá ser decidida rapidamente por um tribunal e sua libertação determinada, caso a detenção não seja legal.”

É digno de nota que essas importantes medidas legais são aplicáveis a todas as privações de liberdade, tanto em casos criminais como administrativos.(171) O Comitê de Direitos Humanos considerou também que uma penalidade disciplinar imposta a um recruta “poderá recair no âmbito do escopo de aplicação do” artigo 9(4):

“... se tomar a forma de restrições que sejam impostas sobre e acima das exigências do serviço militar normal e se desviar das condições normais de vida dentro das forças armadas do Estado membro em questão. A fim de estabelecer se de fato isso ocorreu, deve ser levado em conta toda uma gama de fatores, tais como a natureza, duração, efeitos e maneira de execução da penalidade ou medida em questão”.(172)

Os casos Vuolanne e Hammel

O artigo 9(4) foi aplicado no caso de Vuolanne, no qual o autor tinha sido mantido em confinamento na solitária por dez dias e noites, fato que estava “em si fora dos padrões normais do serviço e excedia as restrições normais que a vida militar requer”.(173) Embora a punição disciplinar tivesse sido imposta por uma autoridade administrativa, o Estado membro tinha a obrigação de “disponibilizar à pessoa detida o direito de recurso a um tribunal”, embora, neste caso específico, não importasse “se o tribunal fosse civil ou militar”.(174) No caso Hammel, no qual o autor não tinha possibilidade alguma de instaurar processo perante um tribunal para determinar a legalidade da sua detenção para fins de expulsão, o Comitê, da mesma forma, concluiu que o artigo 9(4) tinha sido violado.(175)

O direito de contestar a legalidade da privação de liberdade de uma pessoa deve estar efetivamente disponível, e o Comitê considerou que houve violação do artigo 9(4) quando a pessoa destituída da liberdade foi detida *incomunicada* e por causa disso “efetivamente impedida de contestar sua prisão e detenção”.(176)

Da mesma forma, no caso em que o autor poderia, em princípio, ter requerido aos tribunais um mandado de *habeas corpus*, mas no qual ficou evidente que ele não tinha acesso à representação legal durante o período da sua detenção, o Comitê concluiu que o artigo 9(4) do Pacto tinha sido violado.(177) Por outro lado, quando não havia evidência de que nem o autor ou seu representante legal tivesse requerido esse mandado, o Comitê foi incapaz de concluir que ao último “foi negada a oportunidade de ter a legalidade da sua detenção revista no tribunal sem demora”.(178)

Finalmente, quando o mandado de *habeas corpus* não pôde ser aplicado a pessoas destituídas da sua liberdade, o Comitê constatou violação do artigo 9(4), visto que a elas foi negado um remédio jurídico eficiente para contestar sua prisão e detenção.(179)

6.1 Os procedimentos legais que cumprem este requisito

Fica claro a partir dos termos das disposições do tratado mencionadas acima que a legalidade da detenção deve ser determinada por um tribunal. Conseqüentemente, um recurso contra uma ordem de detenção ao Ministro do Interior, por exemplo, não cumpre os requisitos do artigo 9(4) do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Embora o Comitê considere que um recurso oferece “uma certa medida de proteção e revisão da legalidade da detenção”, este “não satisfaz os requisitos do” artigo 9(4),

“o qual pretende que a legalidade da detenção será determinada por um tribunal de modo a assegurar um grau mais alto de objetividade e independência nesse controle”.(180)

Assim, no caso em que o autor foi detido segundo a Lei de Estrangeiros da Finlândia sob ordens da polícia, a legalidade da detenção não poderia ser revista por um tribunal até, após sete dias, a ordem de detenção ter sido confirmada pelo Ministro do Interior. No parecer do Comitê, essa demora violou o artigo 9(4), de acordo com o qual uma pessoa detida deve estar apta “a instaurar processo perante um tribunal, para que esse tribunal possa decidir sem demora sobre a legalidade da sua detenção e determinar a sua libertação, caso a detenção não seja legal”.(181)

O caso de *A. v. Austrália*

O artigo 9(4) foi violado em um caso concernente a um cidadão do Camboja que tinha solicitado status de refugiado na Austrália, onde “o

controle e poder dos tribunais para determinar a libertação de um indivíduo era limitado a uma avaliação de se este indivíduo era uma ‘pessoa designada’ dentro do contexto da Lei de Aditamento de Migração”; se ‘os critérios para essa determinação fossem satisfeitos, os tribunais não tinham poder para rever a detenção continuada de um indivíduo ou para determinar a sua libertação’.(182)

Entretanto, no parecer do Comitê:

“A revisão do tribunal da legalidade da detenção segundo o artigo 9, parágrafo 4, a qual deve incluir a possibilidade de determinar a libertação, não está limitada ao mero comprimento da detenção constante da lei do país. Enquanto os sistemas legais do país podem instituir diferentes métodos para assegurar a revisão pelo tribunal da detenção administrativa, essa revisão é, no seu efeito, real e não meramente formal. Ao estipular que o tribunal deve ter o poder de determinar a libertação ‘caso a detenção não seja legal’, o artigo 9, parágrafo 4, requer que o tribunal tenha poderes para determinar a libertação, caso a detenção seja incompatível com os requisitos constantes do artigo 9, parágrafo 1, ou nas outras disposições do Pacto. Esta conclusão é sustentada pelo artigo 9, parágrafo 5, que obviamente rege a concessão de indenização para a indenização que seja ‘ilegal’, tanto segundo os termos da lei do país como dentro do contexto do Pacto.”(183)

Visto que, neste caso específico, a revisão do tribunal disponível estava “limitada a uma determinação formal do fato evidente por si só” de que o autor era uma ‘pessoa designada’ dentro do contexto da lei de migração australiana, o Comitê concluiu que o direito do autor de ter sua detenção revista por um tribunal, conforme garantido pelo artigo 9(4) do Pacto, foi violado.(184)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos examina de forma consistente o artigo 7(6) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos conjuntamente com o artigo 25, com relação ao direito à proteção judicial, que estabelece o seguinte:

“1. Toda pessoa tem direito ao recurso simples e imediato, ou qualquer outro recurso eficaz, perante um tribunal competente para proteção contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição ou pelas leis do Estado em questão

ou por esta Convenção, mesmo se essa violação possa ter sido cometida por pessoas agindo no curso de seus deveres oficiais.

2. Os Estados Membros comprometem-se a:

a. Garantir que qualquer pessoa que pleiteie esse remédio tenha seu direito determinado pela autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado;

b. Desenvolver as possibilidades do remédio judicial; e

c. Assegurar que as autoridades competentes obriguem o cumprimento desses remédios quando concedidos.”

O Tribunal Interamericano considerou, de forma consistente, que “o direito a um recurso simples e imediato ou qualquer outro remédio legal eficaz apresentado ao tribunal competente que proteja aquela pessoa dos atos que violam seus direitos básicos

“é um dos pilares fundamentais, não somente da Convenção Americana, mas do verdadeiro estado de direito em uma sociedade democrática nos termos da Convenção. ... O artigo 25 está intimamente vinculado à obrigação geral contida no Artigo 1(1) da Convenção Americana, visto que atribui deveres de proteção aos Estados Membros através da sua legislação do país.”(185)

Além disso,

“a ausência de um remédio legal eficaz para violações dos direitos reconhecidos pela Convenção é, em si, uma violação da Convenção pelo Estado Membro no qual o remédio legal está ausente. Nesse sentido, deve ser enfatizado que, para que esse remédio legal exista, não é suficiente que esteja previsto pela Constituição ou por lei ou que seja formalmente reconhecido, mas preferivelmente deve ser verdadeiramente eficaz ao estabelecer a existência de uma violação dos direitos humanos e proporcionar reparação.”(186)

No parecer do Tribunal, “esta conclusão é verdadeira em circunstâncias ordinárias e extraordinárias”, e, conforme será visto no Capítulo 16 deste Manual, nem mesmo uma declaração de estado de emergência poderá permitir “acarretar a supressão ou ineficácia das garantias judiciais que a Convenção exige que os Estados Membros estabeleçam para a proteção dos direitos não sujeitos à derrogação ou suspensão pelo estado de emergência”.(187)

No caso de *Castillo Petruzzi et al.*, o Tribunal Interamericano constatou violação de ambos os artigos 7(6) e 25, visto que os requerentes, que foram subseqüentemente condenados por traição por um tribunal militar “sem cara”, não tinham nenhuma

possibilidade de recurso às garantias judiciais: um decreto-lei que regulamentava o crime de traição “negava a pessoas suspeitas de terrorismo ou traição o direito de instaurar ações com o intuito de obter garantias judiciais”, e um segundo decreto-lei alterava a Lei de Amparo e Habeas Corpus de modo que “o mandado de *habeas corpus* não era permitido quando o caso do ‘suplicante’ estivesse em sua fase de exame ou quando o suplicante estivesse indo a julgamento pelos mesmos fatos contra os quais o remédio legal estava sendo obtido”.(188)

No caso de Suárez Rosero, o Tribunal enfatizou novamente que os remédios legais regidos pelo artigo 7(6) “devem ser eficazes, visto que seu propósito... é obter sem demora uma decisão ‘sobre a legalidade da [sua] prisão ou detenção,’ e, caso seja ilegal, obter, também sem demora, uma ‘ordem judicial [para] sua libertação”;

o Tribunal invocou ainda seu Parecer Jurídico sobre Habeas Corpus em Situações de Emergência, no qual considerou que “para que o *habeas corpus* alcance seu propósito, que é o de obter uma decisão judicial sobre a legalidade de uma detenção, é necessário que a pessoa detida seja levada perante a um juiz ou tribunal competente com jurisdição sobre ela (ênfase acrescentada). Neste caso, o *habeas corpus* desempenha um papel vital para assegurar que a vida de uma pessoa e sua integridade física sejam respeitadas, impedindo seu desaparecimento ou mantendo seu paradeiro em segredo e protegendo-a contra tortura ou outras punições ou tratamentos degradantes ou desumanos. ...”(189)

Neste caso específico, o mandado de *habeas corpus* foi concedido pelo Presidente da Suprema Corte mais de quatorze meses depois de ser apresentado, e contrariamente aos artigos 7(6) e 25 da Convenção Americana, o Sr. Suárez Rosero não teve, em resultado disso, “acesso a um simples, imediato e eficaz recurso”.(190)

Finalmente, o artigo 7(6) da Convenção Americana foi violado em um caso no qual um militar peruano recusou-se a cumprir decisão da Câmara de Direito Público do Tribunal Superior de Justiça de Lima, a qual confirmava uma petição de *habeas corpus*; o militar ignorou a decisão e prosseguiu com a prisão.(191)

A noção de “legalidade” no artigo 5(4) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos “tem o mesmo significado que no parágrafo 1” daquele artigo, e a questão quanto ao fato de “se uma ‘prisão’ ou ‘detenção’ pode ser considerada como ‘legal’ deve ser determinada à luz, não somente da lei do país, mas também do texto da Convenção, dos princípios gerais ali englobados e do objetivo das restrições permitidas pelo Artigo 5 § 1”.(192) O artigo 5(4) autoriza, assim, uma pessoa presa ou detida “a instaurar processo para que um tribunal revise as condições processuais e substantivas que são essenciais para a ‘legalidade’, no sentido do” artigo 5(1).(193) Isto significa que a revisão deve “além do mais, ser conduzida em conformidade com o objetivo do Artigo 5: proteger o

indivíduo contra a arbitrariedade, particularmente com relação ao tempo que se leva para dar uma decisão”.(194)

O artigo 5(4) ainda “requere que uma pessoa detida preventivamente deve estar apta a instaurar processo a intervalos razoáveis para contestar a legalidade da sua detenção” e, “em vista da suposição segundo a Convenção de que essa detenção deve ser de duração estritamente limitada, ... uma revisão periódica a curtos intervalos é demandada...”.(195)

Em conseqüência, o artigo 5(4) foi violado quando uma pessoa foi mantida em detenção antes do julgamento por dois anos, porém pôde somente ter a legalidade da detenção continuada examinada uma vez, e mesmo assim sem a realização de uma audiência.(196) Por outro lado, este artigo não foi violado em um caso em que os requerentes decidiram não se beneficiar do mandado de *habeas corpus* que existia para contestar a legalidade das prisões e detenções segundo a Lei de Prevenção ao Terrorismo (Disposições Temporárias) de 1984 referente à situação na Irlanda do Norte.(197)

O princípio da igualdade de armas: De acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu: “a possibilidade de um prisioneiro ‘ser ouvido pessoalmente ou, quando necessário, através de alguma forma de representação’ destaca-se, em certos casos, entre as ‘garantias fundamentais do procedimento aplicado em questões de privação da liberdade’”; como no “caso específico em que o comparecimento do prisioneiro pode ser considerado como forma de garantir o respeito pela igualdade de armas, uma das principais salvaguardas inerentes aos processos judiciais conduzidos em conformidade com a Convenção”.(198) A fim de garantir a igualdade de armas, pode, então, ser “necessário dar ao requerente a oportunidade de comparecer ao mesmo tempo que o promotor público, de modo que [possa] responder aos seus argumentos”, e, quando isto não tiver sido feito, o artigo 5(4) foi violado.(199) Da mesma forma, o artigo 5(4) exige “uma audiência no contexto de um procedimento competitivo envolvendo a representação legal e a possibilidade de chamar e interrogar testemunhas” “quando um tempo substancial de detenção puder estar em jogo e quando as características concernentes à personalidade e nível de maturidade do [requerente] forem de importância para decidir a sua periculosidade”.(200)

Quando o advogado do requerente não pode, durante os primeiros trinta dias de custódia, “de acordo com a lei conforme juridicamente interpretada, inspecionar qualquer coisa nos autos, e em particular, os relatórios feitos pelo juiz da investigação e pela... polícia”, o Tribunal Europeu concluiu que o procedimento “deixou de garantir a igualdade de armas” e não foi, portanto, “verdadeiramente competitivo”; “enquanto que o Promotor Público estava familiarizado com todos os autos, o procedimento não concedia ao requerente uma oportunidade de contestar apropriadamente as razões nas quais a justificativa para a detenção preventiva se baseou”.(201)

O artigo 5(4) “não obriga os Estados Contratantes a implantar um segundo nível de jurisdição para o exame de pedidos de libertação da detenção”, porém, quando isto é

feito, o Estado em questão “deve, em princípio, conceder aos detidos as mesmas garantias à apelação como em primeira instância”, garantindo a eles, assim, processos “verdadeiramente competitivos”.(202)

Diferenças nos requisitos processuais: Os requisitos do artigo 5(4) podem diferir um pouco dependendo do fundamento específico baseado no qual a pessoa em questão foi detida segundo o artigo 5(1)(a)-(f). Por exemplo, contrariamente às decisões sobre privação da liberdade tomadas por autoridades administrativas, em seguida às quais o indivíduo em questão “tem direito a ter a legalidade da decisão revista por um tribunal”,(203) a revisão exigida pelo artigo 5(4) “está incorporada na decisão que destitui uma pessoa da sua liberdade quando essa decisão é dada por um tribunal no encerramento do processo judicial”, por exemplo, quando uma sentença de prisão é imposta após “condenação por um tribunal competente” de acordo com o artigo 5(1)(a) da Convenção.(204)

Revisão periódica da detenção: Conforme observado pelo Tribunal, entretanto, o artigo 5(4) “algumas vezes requer a possibilidade de revisão subsequente da legalidade da detenção emitida por um tribunal”, por exemplo, com relação à detenção de pessoas mentalmente incapazes dentro do contexto do artigo 5(1)(e), “quando as razões que inicialmente justificavam o confinamento possam deixar de existir”. No ponto de vista do Tribunal, “seria contrário ao objeto e propósito do Artigo 5 interpretar o seu parágrafo 4 ... de forma a tornar esta categoria de confinamento imune à revisão subsequente da legalidade meramente com base no fato de que a decisão inicial foi emitida por um tribunal”.(205)

De acordo com o raciocínio do Tribunal Europeu, o mesmo princípio se aplica também “à detenção ‘após condenação por um tribunal competente’ mencionada no parágrafo 1 (a), mas somente em determinadas circunstâncias específicas”, inclusive, por exemplo:

- “a colocação de um criminoso reincidente à disposição do Governo na Bélgica”;
- “a detenção continuada de uma pessoa condenada à prisão perpétua ‘indeterminada’ ou ‘discrecional’ na Grã-Bretanha; e
- “a detenção por razões de segurança de uma pessoa com capacidade mental subdesenvolvida e permanentemente incapacitada na Noruega”.(206)

Nesses tipos de circunstâncias, em particular, deve conseqüentemente existir uma possibilidade para as pessoas destituídas da sua liberdade de ter a legalidade da sua detenção revista por um tribunal a intervalos regulares.

Com relação a pessoas mentalmente incapazes que estão “compulsoriamente confinadas em uma instituição psiquiátrica por um período longo ou indefinido”, elas também “em princípio têm direito, de qualquer forma quando não existir nenhuma revisão periódica automática de caráter judicial, de instaurar processo a intervalos regulares perante um tribunal para colocar em questão a ‘legalidade’ – dentro do contexto

da Convenção... – da [sua] detenção, essa detenção tendo sido determinada por um tribunal civil ou criminal ou por alguma outra autoridade”.(207) Entretanto, essa revisão deve ser “ampla o bastante para abordar aquelas condições que, de acordo com a Convenção, são essenciais para a detenção ‘legal’ de uma pessoa com base na incapacidade mental, especialmente já que as razões capazes de inicialmente justificar tal detenção podem deixar de existir”.(208)

Detenção por razões de sanidade mental:

No caso de X. v. o Reino Unido, o artigo 5(4) foi violado, visto que, apesar do processo de *habeas corpus*, não havia nenhum “procedimento apropriado que permitisse ao tribunal examinar se a doença do paciente ainda persistia e se o Ministro do Interior estava autorizado a considerar que uma continuação do confinamento compulsório era necessária no interesse da segurança pública”.(209) Considerando a discricção executiva do Ministro do Interior ao determinar o retorno do requerente ao hospital psiquiátrico, a revisão exercida pelos tribunais do país no processo de *habeas corpus* preocupou-se exclusivamente com “a conformidade do exercício daquela discricção com a lei que a autoriza”.(210)

Detenção de menores para supervisão educacional: O caso de Bouamar

No caso de um menor que foi destituído da sua liberdade e colocado sob prisão preventiva para fins de supervisão educacional, o Tribunal Europeu aceitou que o Juizado de Menores fosse “sem dúvida um ‘tribunal’ do ponto de vista organizacional”, não obstante enfatizasse “que a intervenção de um único órgão dessa natureza satisfaria o Artigo 5 § 4 somente sob a condição de que ‘o procedimento seguido tivesse um caráter judicial e desse ao indivíduo em questão garantias apropriadas para a espécie de privação de liberdade em questão’”.(211) Para determinar se um processo oferece garantias adequadas, o Tribunal deve considerar “a natureza particular das circunstâncias nas quais esse processo acontece”.(212)

Ao passo que reitera que o escopo da obrigação segundo o artigo 5(4) “não é idêntico em todas as circunstâncias de [sic] para qualquer espécie de privação da liberdade”, o Tribunal considerou que, não obstante, “em um caso dessa natureza”, envolvendo um menor, “é essencial não somente que o indivíduo em questão tenha a oportunidade de ser ouvido pessoalmente, mas que também tenha a [assistência] eficaz do seu advogado”. Neste caso, o requerente tinha comparecido pessoalmente ao Tribunal somente uma vez, mas nenhum de seus advogados tinha acompanhado o processo e, conseqüentemente, ao requerente, “que era muito jovem na ocasião”, não tinham sido concedidas “as necessárias salvaguardas”.(213) Além disso, nenhum remédio jurídico foi disponibilizado que satisfizesse as condições do artigo 5(4), já que os outros processos, inclusive o de apelação, apresentavam o mesmo defeito e as apelações ordinárias e as apelações sobre pontos legais “não tiveram nenhum efeito prático”. Conseqüentemente, houve violação do artigo 5(4) da Convenção.(214)

6.2 As noções de “rapidamente” e “sem demora”

O Comitê de Direitos Humanos enfatizou que, “como questão de princípio, a adjudicação de um caso por qualquer tribunal deve acontecer o mais rapidamente possível”, embora isto não signifique “que datas finais exatas para anunciar decisões devem ser fixadas, sendo que estas, se não observadas, necessariamente justificariam a conclusão de que uma decisão não foi tomada ‘sem demora’”.(215) Por outro lado, “a questão de se uma decisão foi tomada sem demora deve ser determinada caso a

caso”.(216) Entretanto, quando o Comitê não sabia as razões por que havia uma demora de três meses para que a sentença em questão fosse proferida, o Comitê decidiu não dar um veredicto segundo o artigo 9(4) do Pacto.(217) No mesmo caso, o Comitê convenceu-se de que a revisão da detenção do mesmo autor segundo a Lei de Extradicação pelo Tribunal da Cidade de Helsinque em intervalos de duas semanas satisfaz os requisitos do artigo 9(4) do Pacto.(218)

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu, o artigo 5(4) da Convenção Européia autoriza a pessoa detida, após um “intervalo razoável”, instaurar processo através do qual a legalidade da sua detenção continuada será decidida “rapidamente” por um “tribunal”(219). No ponto de vista do Tribunal,

“a natureza da detenção preventiva demanda intervalos curtos; existe uma hipótese na Convenção de que a detenção preventiva deve ser de duração estritamente limitada (Artigo 5 § 3), porque sua *raison d’être* está essencialmente relacionada com os requisitos de uma investigação que deve ser conduzida com rapidez”.(220)

No caso de Bezicheri, o intervalo de um mês não foi considerado “irrazoável”.(221) Com relação aos aproximadamente cinco meses e meio decorridos desde que o requerente apresentou sua petição até que o juiz da investigação a indeferisse, o Tribunal concluiu que o termo “rapidamente” não tinha sido observado; além disso, o fato de que o juiz tinha uma pesada carga de trabalho na ocasião não foi relevante, já que “a Convenção exige que os Estados Contratantes organizem seus sistemas legais de forma a permitir que os tribunais satisfaçam seus diversos requisitos”.(222)

O mesmo argumento foi invocado, entre outros, em um caso em que aproximadamente dois meses se passaram entre a instituição do processo e a expedição da sentença. Parte dessa demora foi causada por problemas administrativos devido ao período de férias. Entretanto, complementando o raciocínio mencionado acima, o Tribunal enfatizou que

“é obrigação das autoridades judiciais tomar as providências administrativas necessárias, mesmo durante o período de férias, para assegurar que questões urgentes sejam tratadas com rapidez, sendo isto particularmente necessário quando a liberdade pessoal do indivíduo está em jogo. Disposições apropriadas para este fim parecem não ter sido estabelecidas nas circunstâncias do presente caso.”(223)

As cinco semanas decorridas entre a apresentação de petição de revisão judicial e as três semanas adicionais que foram requeridas para redigir a sentença não atenderam à

noção de “rapidamente” constante do artigo 5(4), o qual foi, conseqüentemente, violado.(224)

Todas as pessoas destituídas da sua liberdade têm o direito de contestar a legalidade da sua prisão ou detenção perante um tribunal, de modo que este possa decidir sem demora/rapidamente sobre a legalidade da detenção ou determinar a libertação da pessoa, caso a detenção não seja legal.

Este direito aplica-se a todas as formas de privação da liberdade, inclusive à detenção administrativa.

Este remédio jurídico deve estar efetivamente disponível à pessoa detida. A detenção incomunicada não constitui fundamento válido para recusar a uma pessoa detida o direito de contestar a legalidade da sua detenção perante um tribunal.

A legalidade da detenção deve ser determinada por um tribunal que seja independente e imparcial. Apelações a ministros de governo não constituem remédio suficiente com a finalidade de contestar a legalidade das privações de liberdade.

O tribunal deve ter poderes para rever tanto os fundamentos processuais quanto os substantivos para a privação da liberdade e estarem autorizados a emitir uma ordem judicial vinculante para a libertação da pessoa detida, caso sua privação de liberdade seja ilegal.

Toda pessoa destituída da sua liberdade tem direito de ter a legalidade da detenção continuada submetida a revisões periódicas com a finalidade de testar se as razões para a privação da liberdade permanecem válidas; a exceção a esta regra é a detenção em conformidade com uma condenação criminal por um tribunal competente.

À pessoa detida deve ser permitido o acesso a um advogado e a comparecer ao tribunal para manifestar-se sobre o seu caso em termos iguais com a promotoria ou outras autoridades; este direito também implica que a pessoa detida deve ter acesso a todas as informações relativas ao seu caso (igualdade de armas).

O tribunal deve agir sem demora/rapidamente, isto é, o mais diligentemente possível. O que é considerado como sendo “sem

demora” ou “rapidamente” depende das circunstâncias de cada caso. Uma demora não deve ser irrazoável e a falta de recursos ou períodos de férias não são justificativas aceitáveis para a demora.

7. O Direito de Acesso e Assistência de um Advogado

Conforme disposto no Princípio 11(1) dos Princípios Básicos para a Proteção de Todas as Pessoas sob qualquer Forma de Detenção ou Prisão, “uma pessoa detida terá o direito de defender-se ou ser assistida por advogado conforme prescrito por lei”. Este direito é, claro, um corolário ao princípio da igualdade de armas que foi anteriormente tratado em conexão com o artigo 5(4) da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.

No caso em que o autor da ação não tinha tido acesso à representação legal de dezembro de 1984 a março de 1985, o Comitê de Direitos Humanos concluiu que houve violação do artigo 9(4) do Pacto, “visto que a ele não tinha sido concedida, no tempo devido, a oportunidade de obter, por sua própria iniciativa, uma decisão de um tribunal sobre a legalidade da sua detenção”.(225) A mesma disposição foi violada em um caso em que o autor não tinha tido acesso à representação legal durante dois meses e meio.(226) A falta de acesso a um advogado, sendo este da sua própria escolha ou um defensor público, foi também um elemento na decisão do Comitê para concluir que tinha havido violação do artigo 9(3) no caso de Wolf, já que o autor não tinha sido levado imediatamente perante um juiz ou outro magistrado autorizado por lei a exercer poder judicial.(227)

Entretanto, a alegada recusa a acesso a um advogado durante a detenção, por exemplo, deve ser substanciada. No caso em que o autor não demonstrou de que tinha alguma vez requisitado representação legal durante o primeiro ano da sua detenção e que seu pedido tinha sido recusado, e quando ele não reclamou de que não tinha tido representação legal durante a audiência preliminar, o Comitê rejeitou a reclamação como inadmissível.(228)

O direito à assistência legal será tratado mais a fundo no Capítulo 6 referente ao Direito a um Julgamento Justo: Parte I – Da Investigação ao Julgamento.

Uma pessoa detida tem o direito de consultar e ser assistida por um advogado, em conexão com o procedimento adotado para testar a legalidade da sua detenção.

8. O Direito à Indenização na Eventualidade de Privação Ilegal da Liberdade

O artigo 9(5) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos dispõe que “qualquer pessoa que tenha sido vítima de prisão ou detenção ilegal terá o direito exequível à indenização”, sendo que esta disposição é aplicável a todas as prisões e detenções ilegais e arbitrárias.(229) O artigo 5(5) da Convenção Europeia dispõe que “toda pessoa que tenha sido vítima de prisão ou detenção que infrinja as disposições deste artigo terá o direito exequível à indenização”.

No caso de Monja Jaona, em que o autor tinha sido submetido à prisão e detenção arbitrárias contrariando o artigo 9(1) do Pacto, o Comitê sublinhou *expressis verbis* que o Estado membro tinha “a obrigação de tomar medidas eficazes para sanar as violações sofridas por Monja Jaona, indenizando-o segundo o artigo 9, parágrafo 5, ... por conta da sua prisão e detenção arbitrárias, e de tomar medidas para assegurar que violações similares não ocorram no futuro”.(230)

O artigo 5(5) da Convenção Europeia “é cumprido quando é possível pedir indenização com respeito à privação de liberdade efetuada em condições contrárias aos parágrafos 1, 2, 3 e 4. Este artigo não proíbe aos Estados Contratantes fazer com que a concessão de indenização dependa da capacidade da pessoa em questão demonstrar danos resultantes da violação. No contexto do Artigo 5 § 5, ...a condição de ‘vítima’ pode existir mesmo quando não existe dano, mas não há possibilidade de ‘indenização’ quando não existe dano monetário ou não-monetário a indenizar.”(231)

Entretanto, quando os requerentes tiverem sido presos ou detidos legalmente segundo a lei do país, porém violando o artigo 5 da Convenção, terá havido violação do artigo 5(5) caso eles não tenham uma reclamação exequível com relação à indenização perante os tribunais do país..(232)

Todas as pessoas têm o direito à indenização por privação ilegal da liberdade devido a violações da lei internacional e/ou nacional. Essa indenização pode depender da demonstração dos danos.

9. O Detenção incomunicada

O tratamento de pessoas destituídas da sua liberdade será abrangido no Capítulo 8, incluindo questões como o direito de acesso à família e questões de confinamento em solitária. Entretanto, no presente contexto, uma questão particular merece destaque, a saber, a questão referente à detenção incomunicada. A prática de manter pessoas detidas incomunicadas, isto é, mantendo-as totalmente isoladas do mundo exterior sem mesmo permitir que tenham acesso a sua família e advogado, não parece *per se* que é considerada ilegal pela lei internacional de direitos humanos, embora o Comitê de Direitos Humanos tenha declarado em seu Comentário Geral Nº 20, no artigo 7 do Pacto, que “disposições devem ... efetuadas contra a detenção incomunicada”.(233)

O que fica claro a partir da jurisprudência, entretanto, é que à detenção incomunicada não é permitido interferir com a execução efetiva das garantias legais das pessoas destituídas da sua liberdade. Em um caso em que os autores tinham sido detidos incomunicados durante os primeiros 44 dias da detenção, o Comitê concluiu que ambos os artigos 9(3) e 10(1) do Pacto tinham sido violados, porque os autores não tinham sido levados imediatamente perante um juiz e por causa da detenção incomunicada..(234)

Em vista do fato de que as pessoas presas e detidas correm o risco particular de serem submetidas à tortura ou outro tratamento cruel, e mesmo de desaparecerem e serem mortas nas primeiras horas e dias em seguida a sua privação de liberdade, surge a questão de se é alguma vez legal permitir a detenção incomunicada.

*A detenção **incomunicada** breve, isto é, privação da liberdade por um curto período de tempo em completo isolamento do mundo exterior, inclusive da família e advogado, não parece per se ser ilegal segundo a lei internacional de direitos humanos, porém não pode ser usada a fim de impedir a pessoa detida de exercer seus direitos como pessoa presa ou detida.*

10. Comentários Finais

Este capítulo ofereceu um relato sobre as regras legais internacionais básicas que regulamentam o poder dos Estados de recorrer a prisões e detenções e as garantias legais que existem com o objetivo de impedir privações ilegais e arbitrárias da liberdade. Em nível geral, a observação a essas regras é *sine qua non* em uma sociedade democrática regida pelo estado de direito, e, em nível individual, o seu cumprimento é condição indispensável para assegurar o respeito pelos direitos e liberdades do ser humano individual, incluindo, em particular, o respeito pela sua integridade física e mental. Ao garantir de forma eficaz o direito de todos à liberdade e segurança pessoal em todos os aspectos, os Estados também estarão promovendo sua própria segurança interna, sem a qual os direitos humanos não podem integralmente desfrutados.

