

Administração da Justiça Durante Estados de Emergência

- OBJECTIVOS DA APRENDIZAGEM**
- Familiarizar os participantes do curso com as regras jurídicas específicas que os Estados têm a obrigação de respeitar ao derrogar as suas obrigações internacionais de direitos humanos;
 - Fornecer informação detalhada quanto aos direitos e obrigações inderrogáveis;
 - Sensibilizar os juízes, magistrados do Ministério Público e advogados participantes para o seu papel fundamental enquanto pilares da garantia do Estado de Direito, incluindo a protecção dos direitos humanos, também durante os estados de emergência;
 - Estimular a discussão sobre as medidas alternativas de resolução de conflitos e a sensibilização para esta questão.

- QUESTÕES**
- É possível, no sistema jurídico do país onde trabalha, derrogar ou suspender o pleno gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais?
 - Se a resposta for afirmativa:
 - Em que circunstâncias pode isso ser feito?
 - Que organismo decide?
 - Que direitos podem ser afectados pela decisão de derrogação ou suspensão do pleno gozo de direitos?
 - Se um estado de emergência/estado de excepção/lei marcial, etc. for decretado no país onde trabalha, que recursos estão disponíveis:
 - Para impugnar a decisão de declaração do estado de emergência/estado de excepção/estado de alarme/estado de sítio/lei marcial, etc.?
 - Para impugnar a decisão de derrogação ou suspensão do pleno gozo de determinados direitos humanos?
 - Para examinar o pleno gozo dos direitos inderrogáveis?

- Para impugnar a necessidade de uma medida de emergência aplicada num caso concreto (por exemplo, a privação extrajudicial de liberdade para um suspeito de terrorismo)?
- Na sua opinião, qual é, ou qual devia ser, o objectivo da declaração de um estado de emergência e da derrogação das obrigações de direitos humanos?
- Na sua opinião, por que razão poderá ser necessário suspender o pleno gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais a fim de lidar com uma situação de crise grave?
- Poderá haver, na sua opinião, alguma razão pela qual possa ser contraproducente para um Governo decretar a suspensão do pleno gozo de alguns direitos humanos a fim de lidar com uma situação de crise grave?
- Na sua opinião, existem alguns direitos humanos que possam ficar particularmente vulneráveis em situação de crise?
- Poderão, na sua opinião, existir outros meios que não a derrogação das obrigações de direitos humanos através dos quais os Estados possam lidar de forma construtiva com uma situação de crise grave?

INSTRUMENTOS JURÍDICOS ^{Instrumentos Universais} PERTINENTES

- Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966
- Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1966
- Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965
- Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984
- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979
- Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989

Instrumentos Regionais

- Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969
- Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985
- Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950
- Carta Social Europeia, de 1961, e Carta Social Europeia Revista, de 1996

1. Introdução



1.1 OBSERVAÇÕES INTRODUTÓRIAS GERAIS

No presente capítulo, será apresentada alguma informação básica sobre os principais princípios jurídicos do direito internacional dos direitos humanos que regulam o direito dos Estados a adoptar, em situações de emergência, medidas que derroguem as suas obrigações jurídicas.

É inegável o facto de que muitos Estados serão, em algum momento, confrontados com situações de crise grave, como guerras ou outros tipos de séria instabilidade social e que, em tais situações, podem considerar necessário, para restaurar a paz e a ordem, limitar o gozo dos direitos e liberdades individuais e eventualmente suspender mesmo esse gozo. O resultado pode ser desastroso, não só para as pessoas afectadas pelas restrições, mas também para a paz e a justiça em geral.

Os autores do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que haviam aprendido importantes lições durante uma

guerra longa e devastadora, sabiam muito bem que o reconhecimento dos direitos humanos para todos “constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no Mundo”¹. Porém, não ignoravam os graves problemas que podem surgir num país e pôr mesmo em risco a sua própria sobrevivência. Incluíram assim, após intenso debate – e **apenas depois da previsão de protecções contra os abusos** – uma disposição que permite aos Estados Partes recorrer a medidas de derrogação em certas condições rigorosamente limitadas (artigo 4.º). Disposições semelhantes foram incluídas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 27.º) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 15.º). Ao contrário do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, que consagra apenas uma disposição restritiva geral inspirada no artigo 29.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Carta Social Europeia prevê a possibilidade de derroga-

¹ Primeiro parágrafo preambular do Pacto, que é idêntico ao do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

ção tanto na sua versão original (artigo 30.º) como na sua versão revista (Parte V, artigo F).

Os Estados podem denominar de diversas formas a ordem jurídica especial introduzida em situações de crise, como “estado de excepção”, “estado de emergência”, “estado de alarme”, “estado de sítio”, “lei marcial” e assim sucessivamente. Estas situações excepcionais implicam muitas vezes a introdução de poderes especiais de prisão e detenção, tribunais militares e, por exemplo, a promulgação de leis penais que são aplicadas retroactivamente e limitam as liberdades de expressão, associação e reunião. Pior ainda, em muitas situações de instabilidade, os Estados recorrem à tortura e outras formas de maus tratos para obter confissões e podem também, com ou sem a ajuda de grupos privados e semi-privados, utilizar o rapto e as execuções extrajudiciais. Para além disso, o direito a dispor de recursos internos como o pedido de *habeas corpus* pode ser suspenso para que, por exemplo, as vítimas de prisão e detenção arbitrária fiquem sem protecção jurídica, com resultados devastadores.

Esta utilização abusiva de poderes extraordinários não é lícita à luz dos tratados *supra* referidos. Estes tratados conferem aos Estados Partes poderes de excepção limitados mas flexíveis e equilibrados, destinados a restaurar uma ordem constitucional na qual os direitos humanos possam de novo ser plenamente garantidos.

O objectivo do presente capítulo consiste assim em explicar as diversas condições que os tratados internacionais impõem para regular o direito dos Estados Partes de recorrer a derrogações. Após uma referência geral aos trabalhos preparatórios relativos às disposições pertinentes, será analisado o conceito de emergência pública que ameaça a vida da nação. Os direitos e obrigações que não podem, em circunstância alguma, ser objecto de derrogação serão então examinados com algum detalhe. Seguir-se-á uma análise do conceito de necessidade estrita e uma breve descrição do requisito da compatibilidade com outras obrigações jurídicas internacionais, bem como da proibição da discriminação. O capítulo encerrar-se-á com uma

série de sugestões sobre o papel a desempenhar pelos operadores judiciais em situações de emergência, seguidas de algumas observações finais.

1.2 OBSERVAÇÕES INICIAIS SOBRE RESTRIÇÕES E DERROGAÇÕES NA ÁREA DOS DIREITOS HUMANOS

Antes de entrar em detalhes sobre a questão das derrogações, pode ser útil considerar de forma resumida a natureza das derrogações de direitos humanos por confronto com as restrições ao exercício de direitos humanos em circunstâncias normais. Conforme vimos no Capítulo 12 do presente Manual, os Estados podem impor restrições ao gozo de muitos direitos, como o direito à liberdade de expressão, associação e reunião, para determinados fins legítimos. Estas restrições são frequentemente chamadas de restrições “ordinárias”, uma vez que podem ser impostas permanentemente em circunstâncias normais. As chamadas derrogações, por seu turno, estão concebidas para situações de crise particularmente grave que exijam a introdução de medidas extraordinárias.

As derrogações são por vezes designadas também como “restrições extraordinárias” ao exercício dos direitos humanos. Na verdade, numa observação mais atenta, veremos que as restrições ordinárias ao exercício de direitos humanos e as restrições extraordinárias sob a forma de derrogações “estão estreitamente ligadas e [...] ao invés de constituírem duas categorias distintas de restrições, formam um *continuum* jurídico”². A ligação entre as restrições de direitos humanos ordinárias e extraordinárias torna-se ainda mais evidente pelo facto de, como veremos em seguida na secção 2.3.2, embora alguns direitos possam ser sujeitos a restrições ainda mais severas em situações de emergência, tais restrições não poderem anular o conteúdo material dos direitos inerentes à pessoa humana. Por outras palavras, o respeito do conteúdo material do direito juridicamente protegido deverá ser sempre assegurado. Este

² Vide Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception With Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-Law of the International Monitoring Organs* (Haia/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1998) (*International Studies in Human Rights*, vol. 54), pp. 49 e 721 (de ora em diante designado Svensson-McCarthy, *Direito Internacional dos Direitos Humanos e Estados de Excepção*).

é um facto importante que os operadores judiciais devem ter presente quando são chamados a tratar de questões relativas a poderes de emergência susceptíveis de interferir no gozo efectivo dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

2. Conceito de Emergência Pública no Direito Internacional dos Direitos Humanos *

2.1 DISPOSIÇÕES JURÍDICAS PERTINENTES

O artigo 4.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos estabelece o seguinte:

“Em tempo de uma emergência pública que ameace a existência da nação e cuja existência seja proclamada por um acto oficial, os Estados Partes no presente Pacto podem tomar, na estrita medida em que a situação o exigir, medidas que derroguem as obrigações previstas no presente Pacto, sob reserva de que essas medidas não sejam incompatíveis com outras obrigações que lhes impõe o direito internacional e que elas não envolvam uma discriminação fundada unicamente sobre a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião ou a origem social.”

O artigo 27.º, n.º 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos tem a seguinte redacção:

“Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adoptar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõem o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.”

O artigo 15.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem estipula que:

“Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que deroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.”

Por último, o artigo 30.º da Carta Social Europeia de 1961 proclama que:

“Em caso de guerra ou em caso de outro perigo público ameaçando a vida da nação, qualquer Parte Contratante pode tomar medidas que deroguem as obrigações previstas pela presente Carta, na estrita medida em que a situação o exija e na condição de que essas medidas não estejam em contradição com as obrigações decorrentes do direito internacional.”

A redacção do artigo F da Carta Social Europeia Revista, de 1996, é em termos materiais, idêntica a esta disposição.

2.1.1 DERROGAÇÕES E CARTA AFRICANA DOS DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS

Em contraste com as Convenções Americana e Europeia dos Direitos do Homem, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos não contém qualquer norma em matéria de derrogação. Na opinião da Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, isto significa que a Carta “não permite que os Estados Partes deroguem as obrigações impostas pelo tratado em situações de emergência”³. Por outras palavras, nem mesmo uma guerra civil pode “ser utilizada como desculpa para que o Estado [...] viole ou permita violações dos direitos consagrados na Carta Africana”⁴. Numa comunicação apresentada contra o Chade, a Comissão declarou que o Governo

visado não tinha “garantido a segurança e a estabilidade no país, assim permitindo a ocorrência de violações graves ou massivas de direitos humanos”. As forças armadas nacionais eram “participantes na guerra civil” e tinha havido vários casos em que o Governo se havia “abstido de intervir para evitar o assassinio e a morte de determinados indivíduos”. Mesmo quando não podia “ser provado que as violações foram cometidas por agentes do governo, este tinha a responsabilidade de garantir a segurança e a liberdade dos seus cidadãos e de investigar os homicídios”⁵. A guerra civil não podia assim ser utilizada como escudo legal para justificar o incumprimento das obrigações jurídicas à luz da Carta Africana e o Chade foi considerado responsável pela violação dos artigos 4.º, 5.º, 6.º, 7.º e 9.º⁶.

2.2 DERROGAÇÃO DE OBRIGAÇÕES JURÍDICAS: UM DILEMA PARA OS AUTORES

Como podemos ver a partir das disposições precedentes, a noção de emergência constante do artigo 4.º, n.º 1 do Pacto Internacional é muito semelhante à consagrada no artigo 15.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A semelhança deve-se ao facto de a reacção dos dois tratados ter começado por ser feita em simultâneo, embora no âmbito de duas organizações diferentes, as Nações Unidas e o Conselho da Europa. A Convenção Europeia foi adoptada a 4 de Novembro de 1950, mas a negociação do Pacto prolongou-se durante mais tempo. O artigo 4.º sofreu assim alterações até lhe ter sido dada a sua forma definitiva – em termos materiais – pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas em 1952⁷.

A introdução no Pacto de uma norma em matéria de derrogação foi inicialmente proposta pelo Reino Unido num Comité de Redacção da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em Junho de 1947. A disposição constava do artigo

³ CADHP, *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés v. Chad*, N.º 74/92, decisão adoptada na 18.ª sessão ordinária, Outubro de 1995, parágrafo 40 do texto da decisão publicado em: <http://www.up.ac.za/chr>.

⁴ *Ibid.*, loc. cit.

⁷ Para o texto do artigo 4.º, n.º 1 (então artigo 3.º, n.º 1) tal como adoptado vide o documento das Nações Unidas E/2256 (E/CN.4/669), Relatório da oitava sessão da Comissão de Direitos Humanos, 1952, anexo I, p. 47. Para uma resenha histórica mais detalhada da elaboração do conceito de emergência no artigo 4.º do Pacto, vide Svensson-McCarthy, *Direito Internacional dos Direitos Humanos e Estados de Excepção*, pp. 200-217.

4.º do projecto de Carta Internacional dos Direitos Humanos apresentado pelo Reino Unido e previa eventuais derrogações de todas as obrigações enumeradas no artigo 2.º do projecto “na medida estritamente limitada pelas exigências da situação”. Isto implicava que os Estados teriam também a possibilidade de derrogar a obrigação de garantir recursos eficazes para violações de direitos humanos, recursos esses que deviam “ser efectivados por um poder judicial cuja independência [era] garantida”⁸. Uma versão ligeiramente modificada da proposta de artigo relativo à derrogação foi ulteriormente rejeitada pelo Grupo de Trabalho, embora tenha depois vindo a ser adoptada por escassa margem pela própria Comissão. Antes do voto, o Reino Unido declarou que “se tal disposição não fosse incluída, isso podia abrir caminho à suspensão das normas da Convenção por um Estado em tempo de guerra”. Era “extremamente importante que fossem tomadas providências para prevenir essa eventualidade”⁹.

⁸ Vide documento das Nações Unidas E/CN.4/AC.1/4, anexo 1, p. 7 (artigo 4.º) e p. 6 (artigo 2.º). O artigo 4.º, n.º 1 da proposta tinha a seguinte redacção: “Em tempo de guerra ou outra emergência nacional, um Estado pode tomar medidas que derroguem as suas obrigações à luz do artigo 2.º, *supra*, na medida estritamente limitada pelas exigências da situação”.

⁹ Documentos das Nações Unidas E/CN.4/AC.3/SR.8, p. 11 (Grupo de Trabalho), e E/CN.4/SR.42, p. 5 (Comissão, declaração do representante do Reino Unido e voto).

Os argumentos a favor e contra a conveniência de uma norma derogatória continuaram a ser apresentados durante as sessões seguintes da Comissão de Direitos Humanos. Os Estados Unidos, por exemplo, eram contra tal disposição e inclinavam-se para uma norma restritiva geral, ao passo que os Países Baixos recebiam que esta solução pudesse “pôr em risco o sucesso do trabalho da Comissão”, sublinhando que “as circunstâncias em que um Estado Parte pode subtrair-se às suas obrigações devem ser definidas em termos tão precisos quanto possível”¹⁰. Embora tenham mais tarde abandonado a ideia de uma disposição restritiva geral, os Estados Unidos continuaram a ser contra a norma derogatória¹¹. A URSS era “a favor da menor restrição possível” e propôs por isso a limitação do âmbito de aplicação do artigo derogatório acrescentando a frase

¹⁰ Documento das Nações Unidas E/CN.4/82/Rev.1, Comentários dos Governos sobre o Projecto de Declaração Internacional dos Direitos Humanos, o Projecto de Pacto Internacional sobre Direitos Humanos e a questão da aplicação, p. 22 (Estados Unidos da América), e p. 5 (Países Baixos).

¹¹ Documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.126, p. 3.

“dirigida contra os interesses do povo” após “em tempo de guerra ou outra emergência pública”¹².

¹² *Ibid.*, p. 6.

Embora tenha começado por se opor ao artigo relativo à derrogação “receando a supressão arbitrária dos direitos humanos a pretexto de uma emergência nacional”¹³, a França declarou, durante a quinta sessão da Comissão, em 1949, que o artigo 4.º “não deve ser eliminado nem limitado ao tempo de guerra”. Considerou existirem “casos em que os Estados podem estar em perigo extraordinário ou em estado de crise, mas não em tempo de guerra, e serem essenciais tais derrogações”. Na opinião da França, deveriam ser reconhecidos os seguintes princípios:

¹³ Documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.127, p. 7.

- “que as restrições de direitos humanos eram admissíveis em tempo de guerra ou outra emergência”;
- “que certos direitos não estavam sujeitos a restrição em quaisquer condições” e
- “que a derrogação do Pacto terá de se subordinar a um procedimento específico e que tal derrogação, levada a cabo em circunstâncias excepcionais, deverá nesta conformidade ser objecto de publicidade excepcional”¹⁴.

¹⁴ Documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.126, p. 8.

A França considerou que o princípio da inderrogabilidade de certos direitos “era uma salvaguarda importante e permanente” e que havia, para além disso, “uma diferença fundamental entre a restrição de certos direitos e a supressão da aplicação do Pacto”¹⁵.

¹⁵ Documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.127, p. 8.

Durante a mesma sessão, a Índia, o Egipto e o Chile aceitaram os princípios contidos na proposta de disposição derogatória, mas os Estados Unidos e as Filipinas continuaram a opor-se à referida disposição¹⁶. O Líbano era também contra a norma em matéria de derrogação, receando que, se fosse suprimido o termo “guerra” – como muitos delegados desejavam – seria “difícil determinar em que casos

¹⁶ Documentos das Nações Unidas E/CN.4/SR.126, p. 8 (Índia), E/CN.4/SR.127, p. 6 (Egipto), p. 3 (Chile), p. 3 (Estados Unidos da América) e p. 5 (Filipinas).

eram admissíveis derrogações com base num conceito tão elástico como *emergência pública*. Comparado com o termo “guerra”, o significado do conceito de “emergência pública” era, segundo o Líbano, “muito nebuloso [e] podia dar origem a interpretações muito mais extensas do que o [...] pretendido”¹⁷.

Durante a sexta sessão da Comissão, em 1950, o Uruguai declarou apoiar a disposição derogatória “apesar dos sérios problemas que colocava”, porque “consagrava um novo princípio de direito internacional – o da responsabilidade dos Estados perante os membros da comunidade de nações por quaisquer medidas de derrogação de direitos humanos e liberdades fundamentais”. Este princípio estava, além disso, “estabelecido na maioria das legislações nacionais que prevêem a responsabilização do poder executivo pelas suas medidas de suspensão das garantias constitucionais”¹⁸. O Chile retirou então o seu previamente declarado apoio ao artigo 4.º e propôs a sua eliminação dado que estava “redigido em termos de tal forma indefinidos que permitiria todos os tipos de abuso”. Na opinião do Chile, conceitos como “segurança nacional” e “ordem pública”, incluídos em alguns artigos, “cobriam suficientemente todos os casos que se podiam colocar em tempo de guerra ou outra calamidade”¹⁹. A França discordou, apelando à retenção da disposição derogatória por ser “fundamental que o pacto incluía uma lista de artigos que não podem jamais ser derogados”. Esta lista era necessária “para impedir abusos por parte de regimes ditatoriais”²⁰. A França propôs então a inclusão da “fórmula relativa à proclamação oficial” da emergência pública a fim de impedir que os Estados “derroguem arbitrariamente as suas obrigações à luz do pacto quando os factos não justificam tal medida”²¹.

Na mesma sessão, a Comissão acabou por decidir manter o artigo 4.º no projecto de Pacto, decidindo ainda substituir a expressão “Em tempo de guerra ou outra emergência pública que ameaça os interesses do povo” por “Em caso de estado de emergência oficialmente proclamado

pelas autoridades ou em caso de desastre público”²².

A última discussão de substância da Comissão sobre a norma derogatória teve lugar durante a oitava sessão, em 1952, quando, na sequência de proposta do Reino Unido, foi decidido alterar a linguagem do primeiro parágrafo, que passou a ter a redacção “Em tempo de uma emergência pública que ameaça a existência da nação”. Por sugestão da França, foi também decidido acrescentar a exigência de proclamação oficial, para evitar “medidas arbitrárias e abusos”. Este requisito não constava da proposta apresentada pelo Reino Unido²³. O Chile fez também a importante observação de que “era difícil dar uma definição precisa de existência da nação [mas] era significativo que o texto não referisse a existência do governo ou do Estado”²⁴.

* * *

Estes episódios da história da redacção da noção de emergência consagrada no artigo 4.º, n.º 1 do Pacto dão uma ideia do dilema enfrentado pelos seus autores, que não podiam defraudar as expectativas de um mundo ávido de paz, justiça e respeito pelos direitos básicos da pessoa humana. Ao mesmo tempo, não podiam ignorar as complexas realidades com que muitos países se confrontam em tempos de crise. O receio de uma utilização abusiva do direito de derrogação era real e evidente, tendo resultado na elaboração de um artigo que impõe condições rigorosas ao exercício deste direito, as quais estavam quase completamente ausentes da proposta original. As discussões tiveram pois importantes consequências sobre a protecção teórica do indivíduo em situações de emergência, uma vez que a liberdade de acção dos Estados na área dos direitos humanos ficou limitada pelos seguintes princípios:

- Princípio da ameaça excepcional;
- Princípio da proclamação oficial;

- Princípio da inderrogabilidade de certos direitos;
- Princípio da necessidade estrita;
- Princípio da compatibilidade com outras obrigações jurídicas internacionais;
- Princípio da não discriminação; e
- Princípio da notificação internacional.

* * *

Em termos gerais, as discussões foram menos difíceis a nível regional e as divisões mais fáceis de ultrapassar.

O conceito de emergência consagrado no artigo 27.º, n.º 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos está redigido de forma diferente do constante dos tratados universal e europeu. Em vez de referir uma ameaça à “existência da nação”, autoriza derrogações “em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte”. O projecto de artigo derogatório apresentado à Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos realizada em São José, Costa Rica, em 1969 não continha qualquer referência a “perigo público”²⁵. Durante a Conferência, contudo, El Salvador propôs uma emenda ao texto para incluir a expressão “ou outra calamidade pública” (“*u otra calamidad pública*”) uma vez que, na sua opinião, tratava-se de “uma situação que não constituía necessariamente uma ameaça à segurança interna ou externa, mas que não obstante podia suceder”²⁶. A emenda foi adoptada, embora o texto tenha subsequentemente vindo a ser modificado para “de perigo público” (“*de peligro público*”)²⁷. Durante a Conferência, o México propôs a eliminação da referência ao princípio da compatibilidade com outras obrigações internacionais, do princípio da não discriminação e do princípio da inderrogabilidade de alguns

²⁵ Documento da OEA OEA/Ser.K/XVI/1.2, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 noviembre de 1969, *Actas y Documentos*, OEA, Washington D. C., p. 22.

²⁶ *Ibid.*, p. 264; tradução do original espanhol.

²⁷ *Ibid.*, p. 319.

direitos. A proposta mexicana foi derrotada²⁸.

* * *

As únicas diferenças entre o conceito de emergência contido no artigo 15.º, n.º 1 da Convenção Europeia e no artigo 4.º, n.º 1 do Pacto Internacional são o facto de o primeiro mencionar também a “guerra” e o verbo estar no gerúndio (“threatening”) e não no presente do indicativo (“which threatens”)N.T.I. A avaliar pelos trabalhos preparatórios, a elaboração e adopção final do artigo 15.º foi relativamente incontroversa. Tal como sucedeu nas negociações do Pacto, o Reino Unido propôs a inclusão no projecto de Convenção de uma disposição derogatória²⁹. O projecto inicial preparado pela Assembleia Consultiva do Conselho da Europa não continha qualquer disposição em matéria de derrogação, mas apenas uma disposição restritiva geral³⁰. O Comité de Peritos que tinha sido encarregado da tarefa de elaborar uma convenção apresentou depois duas alternativas ao Comité de Ministros do Conselho da Europa. Uma das alternativas continha uma simples enumeração dos direitos a proteger, ao passo que a segunda definia os direitos com algum detalhe, consagrando disposições restritivas específicas para cada direito pertinente. Uma norma derogatória tinha contudo sido incluída em ambas as alternativas³¹. Não existe registo de quaisquer críticas à inclusão de uma norma derogatória na versão que acabou por ser adoptada, que foi a versão que definia e não a que se limitava a enumerar os direitos a proteger. Contudo, a França e a Itália discordaram da norma derogatória na versão que consagrava uma simples enumeração dos direitos, porque seria “contrária ao sistema”. Outros membros do Comité de Peritos consideraram importante reter a norma em causa também neste contexto

N.T.I. Esta observação refere-se às versões em língua inglesa de ambos os documentos. Nas respectivas versões oficiais em português, o Pacto utiliza o presente do indicativo (“que ameaça”) e a Convenção Europeia o presente do conjuntivo (“que ameace”).

²⁹ Conselho da Europa, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights*, vol. III, Comité de Peritos, 2 de Fevereiro-10 de Março de 1950, pp. 190, 280 e 282.

³⁰ Conselho da Europa, *Assembleia Consultiva, Primeira Sessão Ordinária*, 10 de Agosto-8 de Setembro de 1949, *TEXTOS ADOPTADOS*, Estrasburgo, 1949, Recomendação 38 (Doc. 108), p. 50 (artigo 6.º).

³¹ Conselho da Europa, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights*, vol. IV, Comité de Peritos Conferência de Funcionários Superiores do Comité de Ministros, 30 de Março-Junho de 1950; vide, por exemplo, p. 56 (Alternativas A e A/2) e pp. 56 e 58 (Alternativas B e B/2).

“dado que tinha a vantagem ³² *Ibid.*, p. 30. de excluir, mesmo em caso de guerra ou ameaça à existência da nação, qualquer derrogação de certos direitos fundamentais, e porque o procedimento enunciado no parágrafo 3 podia considerar-se útil para a protecção dos direitos humanos em circunstâncias excepcionais”³².

* * *

Tal como a nível universal, foi aceite no continente americano e na Europa a ideia de que os Estados podem necessitar de poderes mais amplos para gerir situações de crise particularmente grave, mas na condição de que o exercício dos poderes de emergência seja acompanhado de limites **rigorosos** e da **responsabilização internacional** pelas medidas tomadas. Os anos de injustiça humana que tinham conduzido a um cataclismo global tornavam imperativo que os redactores não dessem aos Governos total liberdade para gerir situações de crise. As normas derogatórias, por outras palavras, estabelecem um delicado equilíbrio entre, por um lado, as necessidades do Estado e, por outro, o direito dos indivíduos a que a maioria dos seus direitos e liberdades seja efectivamente protegida em situações de emergência pública e a ter garantias de que o exercício dos restantes direitos não será sujeito a restrições indevidas. Embora existam algumas diferenças entre as três disposições pertinentes, esta premissa básica é igualmente válida para todas elas.

Alguns dos principais tratados internacionais de direitos humanos permitem que os Estados Partes derroguem algumas das obrigações que esses tratados lhes impõem em situações de crise excepcional.

O direito de derrogação é um instrumento flexível destinado a ajudar os Governos a ultrapassar situações de crise excepcional.

O direito de derrogação não significa que o Estado que o exerce possa furtar-se livremente às obrigações que lhe são impostas pelo tratado. É um direito que está subordinado a várias condições, como o princípio da inderrogabilidade de certos direitos, o princípio ↓

da necessidade estrita e o princípio da notificação internacional.

Resulta claramente dos trabalhos preparatórios que o direito de derrogação não foi concebido para ser utilizado por regimes autoritários que procuram eliminar os direitos humanos e que não pode ser usado para salvar determinado Governo.

2.3 INTERPRETAÇÃO DOS ÓRGÃOS INTERNACIONAIS DE CONTROLO

2.3.1 ARTIGO 4.º, N.º 1 DO PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

No Comentário Geral N.º 29, adoptado em Julho de 2001, que substitui o Comentário Geral N.º 5, de 1981, o Comité dos Direitos do Homem confirma que “o artigo 4.º sujeita, tanto a própria medida de derrogação como as suas consequências materiais, a um regime específico de salvaguardas”³³. Quanto ao **objectivo** da derrogação, o Comité declara que:

“A restauração de um estado ³⁴ *Ibid.*, *loc. cit.* de normalidade no qual o pleno respeito do Pacto possa de novo ser garantido deverá ser o objectivo predominante que leva um Estado Parte a derrogar as disposições do Pacto”³⁴.

Isto significa que, sempre que o objectivo da derrogação seja estranho à restauração de uma ordem constitucional respeitadora dos direitos humanos, a derrogação é ilícita à luz do artigo 4.º, n.º 1 do Pacto e as acções do Estado em causa têm de ser avaliadas por referência às obrigações normais a que está vinculado pelo tratado.

Conforme observado pelo Comité, um Estado Parte deverá respeitar “duas condições fundamentais” antes de invocar o artigo 4.º, n.º 1 do Pacto, nomeadamente: (1) “a situação deverá constituir uma emergência pública que ameace a existência da nação” e (2) “o Estado Parte deverá ter proclamado oficialmente o estado de emer-

gência”³⁵. Segundo o Comité, ³⁵ *Ibid.*, p. 202, parágrafo 2. esta última exigência

“é fundamental para a manu- ³⁶ *Ibid.*, *loc. cit.*
tenção dos princípios da legalidade e do Estado de Direito nas alturas em que são mais necessários. Ao proclamar um estado de emergência com consequências que podem implicar a derrogação de qualquer disposição do Pacto, os Estados deverão agir no quadro das respectivas normas constitucionais e legais que regulam tal proclamação e o exercício dos poderes de emergência; cabe ao Comité verificar se as leis em causa permitem e garantem o respeito do artigo 4.^o”³⁶.

Quanto ao **requisito de uma** ³⁷ *Ibid.*, p. 202, parágrafo 3. **ameaça excepcional**, é evidente que “nem todos os distúrbios ou catástrofes podem ser considerados uma emergência pública que ameaça a existência da nação” no sentido do artigo 4.^o, n.^o 1³⁷. A este respeito, o Comité declara que:

“Durante um conflito armado, ³⁸ *Ibid.*, *loc. cit.*
internacional ou não internacional, as normas de direito internacional humanitário tornam-se aplicáveis e ajudam, juntamente com as disposições do artigo 4.^o e do artigo 5.^o, n.^o 1 do Pacto, a prevenir o abuso dos poderes de emergência do Estado. O Pacto exige que, mesmo durante um conflito armado, as medidas derogatórias do Pacto sejam admitidas apenas caso e na medida em que a situação constitua uma ameaça à existência da nação. Caso os Estados Partes considerem a possibilidade de invocar o artigo 4.^o em outras situações que não um conflito armado, deverão analisar cuidadosamente a razão pela qual tal medida é necessária e legítima nas circunstâncias em causa”³⁸.

O Comité deixa assim claro que, independentemente do facto de o artigo 4.^o, n.^o 1 ser invocado no decorrer de um conflito armado ou qualquer outro tipo de crise, a situação deverá ser tão grave que constitua uma ameaça à “existência da nação”.

Conforme salientado pelo Comité, “as questões de saber em que momento os direitos podem ser derogados, e em que medida, não podem ser separadas da norma do artigo 4.^o, n.^o 1 do Pacto”

segundo a qual quaisquer medi- ³⁹ *Ibid.*, p. 203, parágrafo 5. das derogatórias deverão limitar-se à “estrita medida em que a situação o exigir”. “Esta condição exige que os Estados Partes justifiquem cuidadosamente, não só a sua decisão de proclamar um estado de emergência, mas também quaisquer medidas concretas que adoptem com base nesta proclamação. Caso os Estados se proponham invocar o direito de derrogação do Pacto durante, por exemplo, uma catástrofe natural, uma manifestação de massas que inclua incidentes de violência ou um grande acidente industrial, terão de conseguir justificar, não só que tal situação constitui uma ameaça à vida da nação, mas também que todas as medidas que adopte em derrogação do Pacto são tomadas na estrita medida em que a situação o exige. Na opinião do Comité, a possibilidade de restringir certos direitos garantidos pelo Pacto nas condições estipuladas, por exemplo, no artigo 12.^o (relativamente à liberdade de circulação) ou no artigo 21.^o (quanto à liberdade de reunião) é em geral suficiente durante tais situações, não se justificando a derrogação das normas em causa”³⁹. Por outras palavras, existe uma presunção contra as derrogações dos artigos 12.^o e 21.^o em resposta a **catástrofes naturais**, **manifestações de massas** ou **grandes acidentes industriais** e os Estados Partes terão de apresentar fortes provas para elidir esta presunção.

Ao analisar os relatórios dos ⁴⁰ *Ibid.*, pp. 202-203, parágrafo 3. Estados Partes, o Comité “manifestou numa série de ocasiões [...] a sua preocupação com Estados Partes que parecem ter derogado direitos protegidos pelo Pacto, ou cujo direito interno parece permitir tal derrogação em situações não abrangidas pelo artigo 4.^o”⁴⁰. Assim, o Comité declarou-se por exemplo preocupado no caso da República Unida da Tanzânia “pelo facto de os fundamentos para a declaração de um estado de emergência serem demasiado amplos e pelo facto de os poderes do Presidente numa situação de emergência serem demasiado vastos”. Sugeriu por isso “que seja efectuada uma revisão cuidadosa das normas relativas a estados de emergência a fim de assegurar a sua plena compatibilização com o artigo 4.^o”⁴¹. O Comité manifestou idêntica preo-

⁴¹ Documento das Nações Unidas GAOR, A/48/40 (vol. I), p. 43, parágrafo 184, e p. 44, parágrafo 188.

cupação relativamente à República Dominicana, onde “os fundamentos para a declaração de um estado de emergência são demasiado amplos”. Recomendou em geral “que o Estado Parte empreenda uma importante iniciativa destinada a harmonizar a sua legislação interna com as disposições do Pacto”⁴².

O Comité manifestou ainda preocupação com as normas constitucionais “relativas à declaração do estado de emergência” no Uruguai, que “são demasiado amplas”. Recomendou “que o Estado Parte restrinja as suas normas relativas às possibilidades de declaração de um estado de emergência”⁴³. O Comité declarou-se também preocupado pelo facto de a legislação boliviana “relativa ao estado de sítio não respeitar as normas do Pacto” e pelo facto de a expressão “*conmoción interior*” (perturbação interna) ser demasiado ampla para entrar no âmbito do artigo 4.^o⁴⁴.

As propostas de revisão constitucional na Colômbia causaram “profunda preocupação” ao Comité porque, se adoptadas, “colocariam sérias dificuldades face ao artigo 4.^o”. As propostas controvertidas visavam “suprimir os limites temporais dos estados de emergência, eliminar os poderes do Tribunal Constitucional para rever a declaração do estado de emergência, atribuir competências da polícia judiciária às autoridades militares, acrescentar novos fundamentos para a declaração de um estado de emergência e reduzir os poderes da Procuradoria Geral e do Gabinete do Procurador Público para investigar abusos de direitos humanos e a conduta dos membros das forças paramilitares, respectivamente”. O Comité recomendou por isso que as propostas fossem retiradas⁴⁵. Recomendou também que Trindade e Tobago respeitasse “a qualificação de uma emergência como ameaçadora da *existência da nação*”⁴⁶.

Obviamente, um Estado Parte só pode exercer o direito de derrogação em conformidade com o artigo 4.^o enquanto estiver verdadeiramente con-

frontado com “uma emergência pública que ameaça a existência da nação”. A legislação de emergência não pode assim permanecer em vigor durante tanto tempo que se torne institucionalizada e passe a constituir a regra e não a excepção. A este propósito, o Comité manifestou “a sua profunda preocupação com o contínuo estado de emergência existente em Israel, que tem estado em vigor desde a independência”. Recomendou “que o Governo reveja a necessidade da contínua renovação do estado de emergência a fim de limitar tanto quanto possível o seu âmbito e aplicação territorial e a derrogação de direitos a ele associada”⁴⁷. O Comité manifestou idêntica preocupação no caso da República Árabe da Síria, onde “o Decreto Legislativo N.º 51 de 9 de Março de 1963 que declarou o estado de emergência permanece em vigor desde essa data, colocando o território da [...] República sob um estado de emergência quase permanente, assim comprometendo as garantias do artigo 4.^o”. Recomendou por isso que o estado de emergência “seja formalmente levantado logo que possível”⁴⁸.

O Comité recomendou ao Reino Unido em 1995 que “sejam adoptadas mais medidas concretas para permitir a rápida retirada da derrogação operada ao abrigo do artigo 4.^o e para dismantelar o aparelho legal violador das liberdades civis que foi concebido para períodos de emergência”. “Dado o significativo decréscimo da violência terrorista no Reino Unido desde a entrada em vigor do cessar-fogo na Irlanda do Norte e o início do processo de paz, o Comité [instou] o Governo a manter sob rigorosa análise o facto de saber se a situação de *emergência pública* no sentido do artigo 4.^o, n.º 1 ainda [existia] e se seria adequado que o Reino Unido retirasse a notificação de derrogação emitida a 17 de Maio de 1976”⁴⁹.

A propósito do exame de comunicações apresentadas ao abrigo do Protocolo Facultativo, o Comité deixou claro que cabe ao Estado Parte fundamentar a alegação de que está de facto a enfrentar circunstâncias excepcionais que podem justificar uma derrogação à luz do artigo 4.^o, n.º 1. Não basta que o

⁴² *Ibid.*, p. 101, parágrafo 459.

⁴³ Documento das Nações Unidas GAOR, A/53/40 (vol. I), p. 39, parágrafo 241.

⁴⁴ Documento das Nações Unidas GAOR, A/52/40 (vol. I), p. 36, parágrafo 204.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 46-47, parágrafo 286, e p. 48, parágrafo 299.

⁴⁶ Documento das Nações Unidas GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 32, parágrafo 9 (a).

⁴⁷ Documento das Nações Unidas GAOR, A/53/40 (vol. I), p. 47, parágrafo 307.

⁴⁸ Documento das Nações Unidas GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 71, parágrafo 6.

⁴⁹ Documento das Nações Unidas GAOR, A/50/40 (vol. I), p. 69, parágrafos 429-430.

país em causa se limite a invocar “a existência de circunstâncias excepcionais”⁵⁰. Pelo contrário, está, nos processos ao abrigo do Protocolo Facultativo, “vinculado pelo dever” “de dar conta de forma suficientemente detalhada dos factos relevantes a fim de demonstrar que uma situação do tipo da descrita no artigo 4.º, n.º 1 [...] existe no país em questão”⁵¹. Conforme referido pelo Comité no caso *Landinelli Silva e Outros c. Uruguai*,

⁵⁰ Comunicação N.º R.8/34, *J. Landinelli Silva and Others v. Uruguay* (Parecer adoptado a 8 de Abril de 1981) in documento das Nações Unidas GAOR, A/36/40, p. 132, parágrafo 8.3.

⁵¹ Comunicação N.º R.15/64, *C. Salgar de Montejó v. Colombia* (Parecer adoptado a 24 de Março de 1982) in documento das Nações Unidas GAOR, A/37/40, p. 173, parágrafo 10.3.

“Para cumprir a sua função e avaliar se uma situação do tipo da descrita no artigo 4.º, n.º 1 do Pacto existe no país em causa, necessita de toda a informação. Se o Governo visado não fornecer ele próprio a justificação necessária, como está obrigado a fazer à luz do artigo 4.º, n.º 2 do Protocolo Facultativo e do artigo 4.º, n.º 3 do Pacto, o Comité dos Direitos do Homem não pode concluir existirem razões válidas para legitimar o afastamento do regime jurídico normal imposto pelo Pacto.”⁵².

⁵² Comunicação N.º R.8/34, *J. Landinelli Silva and Others v. Uruguay* (Parecer adoptado a 8 de Abril de 1981) in documento das Nações Unidas GAOR, A/36/40, p. 133, parágrafo 8.3.

* * *

Estes comentários e recomendações deixam claro, **em primeiro lugar**, que, para que seja compatível com o artigo 4.º, n.º 1, a lei interna só pode autorizar derrogações das obrigações de direitos humanos em verdadeiras situações de emergência que sejam de tal forma graves que constituam de facto uma ameaça à existência da nação. Quer a situação de crise seja ou não provocada por um conflito armado, é a sobrevivência da própria nação que deverá estar em perigo. Daqui decorre que nenhuma situação de crise justifica automaticamente a declaração de uma emergência pública e derrogações das obrigações do Estado à luz do Pacto. Tendo em conta as declarações do Comité, parece claro que situações como simples motins ou distúrbios internos não justificam, só por si, o recurso a derrogações ao abrigo do artigo 4.º, n.º 1 do Pacto.

Em **segundo lugar**, um estado de emergência com consequentes restrições ao gozo de direitos humanos

só pode continuar legalmente em vigor enquanto a situação o justifique. Logo que a situação deixe de constituir uma ameaça à existência da nação, as derrogações deverão cessar. Por outras palavras, os estados de emergência e as derrogações de obrigações internacionais de direitos humanos não podem ser mantidos durante tanto tempo que se tornem uma parte permanente ou quase permanente do sistema jurídico interno do país.

Em **terceiro lugar**, os Estados Partes continuam vinculados pelos princípios da legalidade e do Estado de Direito ao longo de todo o período de “emergência pública que ameaça a existência da nação”.

2.3.2 ARTIGO 27.º, N.º 1 DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Para interpretar o artigo 27.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, deverá determinar-se em primeiro lugar o que significa a expressão “suspensão de garantias”, que é a epígrafe do artigo e surge de forma recorrente nos pareceres e sentenças do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos. O termo “suspensão” aparece também nos n.ºs 2 e 3 do artigo 27.º, ao passo que a expressão “disposições que [...] suspendam” é utilizada no artigo 27.º, n.º 1. O Tribunal Interamericano respondeu a esta questão da seguinte forma:

“18. [...] Uma análise das disposições da Convenção no respectivo contexto leva a concluir que não se trata aqui de uma *suspensão de garantias* em sentido absoluto, nem de uma *suspensão de [...] (direitos)*, pois os direitos protegidos por estas disposições são inerentes ao homem. Daí decorrer que apenas pode ser suspenso ou restringido o seu exercício pleno e efectivo.”⁵³.

⁵³ TIADH, *Parecer Consultivo OC-8-87*, 30 de Janeiro de 1987, *Habeas Corpus em Situações de Emergência* (artigos 27.º, n.º 2, 25.º, n.º 1 e 7.º, n.º 6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), *Série A*, N.º 8, p. 37, parágrafo 18.

Embora feita no contexto do artigo 27.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, esta declaração tem relevância para o direito internacional dos direitos humanos em geral, que deriva do reconhecimento da natureza única e da “dig-

nidade inerente”⁵⁴ à pessoa humana. Nos preâmbulos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos dois Pactos Internacionais, os direitos humanos são descritos como os “direitos iguais e inalienáveis” de “todos os membros da família humana”, cujo reconhecimento “constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no Mundo”.

⁵⁴ Vide os preâmbulos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

* * *

No seu importantíssimo parecer consultivo sobre *Habeas Corpus em Situações de Emergência*, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos descreveu da seguinte forma a função do artigo 27.º, que “é uma disposição apenas para situações de emergência”:

“20. Não pode negar-se que, em certas circunstâncias, a suspensão de garantias pode ser a única forma de lidar com situações de emergência e, assim, preservar os mais altos valores de uma sociedade democrática. O Tribunal não pode, contudo, ignorar o facto de poderem resultar abusos da aplicação de medidas de emergência não objectivamente justificadas à luz das exigências impostas pelo artigo 27.º e dos princípios consagrados noutros instrumentos internacionais relevantes para este efeito. Esta é aliás a experiência do nosso hemisfério. Assim, tendo em conta os princípios em que se baseia o sistema interamericano, o Tribunal tem de sublinhar que a suspensão de garantias não pode ser dissociada do *exercício efectivo da democracia representativa* referido no artigo 3.º da Carta da OEA. A bondade desta conclusão é particularmente válida no contexto da Convenção, cujo preâmbulo reafirma a intenção (dos Estados Americanos) de *consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem*. A suspensão de garantias carece de toda a legitimidade quando é utilizada com o objectivo de comprometer o sistema democrático. Este sistema estabelece limites que não podem ser ultrapassados, assim garantindo que certos direitos humanos fundamentais continuam permanentemente protegidos.

21. É claro que nenhum dos direitos garantidos pela Convenção pode ser suspenso a menos que condições muito rigorosas – as estipuladas no artigo 27.º, n.º 1 – estejam preenchidas. Para além disso, mesmo quando se verificam tais condições, o artigo 27.º, n.º 2 estabelece que certas categorias de direitos não podem ser suspensas em circunstância alguma. Assim, ao invés de adoptar uma filosofia que favorece a suspensão de direitos, a Convenção estabelece o princípio contrário, nomeadamente o de que todos os direitos devem ser garantidos e realizados a menos que circunstâncias muito especiais justifiquem a suspensão de alguns deles, e que alguns direitos não podem jamais ser suspensos, por mais grave que seja a emergência.”⁵⁵

⁵⁵ TIADH, *Parecer Consultivo OC-8-87*, 30 de Janeiro de 1987, *Habeas Corpus em Situações de Emergência* (artigos 27.º, n.º 2, 25.º, n.º 1 e 7.º, n.º 6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), Série A, N.º 8, pp. 38-39, parágrafos 20-21.

No seu parecer, o Tribunal considerou ainda que:

“24. A suspensão de garantias constitui também uma situação de emergência na qual o governo pode licitamente sujeitar direitos e liberdades a certas medidas restritivas que, em circunstâncias normais, lhe seriam proibidas ou mais rigorosamente controladas. Isto não significa, contudo, que a suspensão de garantias implique uma suspensão temporária do Estado de Direito, nem autoriza os que estão no poder a agir ignorando o princípio da legalidade, ao qual estão vinculados em todos os momentos. Enquanto as garantias estão suspensas, alguns condicionamentos legais aplicáveis aos actos das autoridades públicas podem ser diferentes dos que vigoram em condições normais. Não pode contudo considerar-se que esses condicionamentos não existem, nem que o governo adquiriu poderes absolutos que vão para além das circunstâncias excepcionais que justificam a atribuição de tais medidas legais de excepção. O Tribunal já observou, a este respeito, que existe uma ligação inseparável entre o princípio da legalidade, as instituições democráticas e o Estado de Direito”⁵⁶.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 40, parágrafo 24.

Embora cada Estado tenha, obviamente, o dever jurídico de proteger eficazmente os direitos e liberdades do indivíduo, tem também, segundo o

Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, não apenas o direito mas também o **dever** de garantir a sua própria segurança⁵⁷. O Tribunal sublinha no entanto que:

⁵⁷ TIADH, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentença de 29 de Julho de 1988, Série C, N.º 4, p. 146, parágrafo 154.

“independentemente da gravidade de certas acções e da culpabilidade dos autores de certos crimes, o poder do Estado não é ilimitado e o Estado não pode utilizar quaisquer meios para atingir os seus fins. O Estado está sujeito à lei e à moral. O desrespeito da dignidade humana não pode servir de base a qualquer acção do Estado”⁵⁸.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 147, parágrafo 154.

* * *

Estes excertos de pareceres e sentenças do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos demonstram que o artigo 27.º da Convenção Americana se destina a ser utilizado em circunstâncias verdadeiramente excepcionais em que o Estado em causa não tem qualquer outro meio ao seu dispor para defender a independência e segurança da sua ordem constitucional democrática. Assim, as derrogações efectuadas com base no artigo 27.º não podem, em circunstância alguma, ser invocadas para instalar um regime autoritário. Para além do princípio democrático, os Estados Partes estão também, em todos os momentos, vinculados pelos princípios da legalidade e do Estado de Direito. Embora o exercício de alguns direitos humanos possa ser sujeito a restrições especiais numa situação de emergência, tais restrições não podem jamais chegar ao ponto de anular o conteúdo material dos direitos inerentes à pessoa humana.

2.3.3 ARTIGO 15.º, N.º 1 DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

A interpretação dada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ao artigo 15.º da Convenção fornece algumas directrizes quanto àquilo que constitui uma ameaça à existência da nação. Como os casos são complexos e a fundamentação jurí-

dica detalhada, apenas os aspectos mais importantes da jurisprudência serão destacados no presente contexto.

Direito de revisão/papel do Tribunal: Cabe, naturalmente, “em primeiro lugar a cada Estado Contratante, que é responsável pela *vida da* (sua) *nação* determinar se esta vida está ameaçada por um *perigo público* e, se assim for, até que ponto é necessário ir para tentar ultrapassar o perigo”⁵⁹. Segundo o Tribunal:

⁵⁹ TEDH, *Caso Irlanda c. Reino Unido*, sentença de 18 de Janeiro de 1978, Série A, N.º 25, pp. 78-79, parágrafo 207.

“Em virtude do seu contacto directo e contínuo com as presentes necessidades do momento, as autoridades nacionais estão em princípio numa melhor posição que o juiz internacional para decidir, tanto sobre a existência de tal perigo, como sobre a natureza e o âmbito das derrogações necessárias para o afastar. Nesta matéria, o artigo 15.º, n.º 1 deixa a essas autoridades uma ampla margem de discricionariedade”⁶⁰.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 79, parágrafo 207.

“No entanto, os Estados não gozam de poderes ilimitados a este respeito. O Tribunal, que é responsável por garantir o respeito dos compromissos dos Estados (artigo 19.º), tem competência para determinar se os Estados foram ou não além da *estrita medida* que a crise exige. A margem de discricionariedade interna é assim acompanhada por uma supervisão a nível europeu”⁶¹. Em casos mais recentes, o Tribunal especificou que, ao exercer esta supervisão, deverá atribuir a devida importância a:

⁶¹ *Ibid.*, loc. cit.

“factores relevantes como a natureza dos direitos afectados pela derrogação, as circunstâncias conducentes à situação de emergência e a duração desta”⁶².

⁶² TEDH, *Caso Brannigan e McBride c. Reino Unido*, sentença de 26 de Maio de 1996, Série A, N.º 258-B, p. 49, parágrafo 43 a p. 50 e TEDH, *Caso Demir e Outros c. Turquia*, sentença de 23 de Setembro de 1998, Relatórios de 1998-VI, p. 2654, parágrafo 43.

Existência de um perigo público que ameace a vida da nação: No caso *Lawless*, o Tribunal considerou que “o significado natural e habitual das palavras *outro perigo público que ameace a vida da nação* é suficientemente claro considerando que”

“se referem a uma situação excepcional de crise ou emergência que afecte toda a população e constitua uma ameaça à vida organizada da comunidade que compõe o Estado”⁶³.

De acordo com o texto em francês da sentença, que é a versão autêntica, o significado natural e habitual do conceito de perigo constante do artigo 15.º, n.º 1 indica:

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

A inclusão do termo “imminent” (imminente) significa que a situação excepcional de perigo ou crise deverá ser uma realidade ou estar prestes a acontecer e que o artigo 15.º não pode ser invocado para justificar interrogações num caso de remota ou hipotética crise ou perigo para a vida da nação.

Com base nesta definição, o Tribunal tentou determinar se o Governo tinha tido razões para declarar a existência na República da Irlanda, em Julho de 1957, de um perigo público que ameaçava a vida da nação, assim se justificando a derrogação operada à luz do artigo 15.º, n.º 1⁶⁵. A situação dizia respeito às actividades do IRA e grupos conexos na Irlanda e a derrogação autorizava o Ministério da Justiça a recorrer à detenção extrajudicial de pessoas suspeitas de envolvimento em actividades prejudiciais ao Estado. O Tribunal concluiu que “a existência naquele momento de um perigo público que ameaça a vida da nação foi razoavelmente deduzida pelo Governo irlandês a partir de um conjunto de vários factores, nomeadamente”:

- A existência no seu território “de um exército secreto envolvido em actividades inconstitucionais e que utilizava a violência para atingir os seus objectivos”;
- “O facto de este exército operar também fora do território do Estado, assim compromete-

tendo seriamente as relações da República da Irlanda com o país vizinho”; e

- “O aumento constante e alarmante das actividades terroristas desde o Outono de 1956 e ao longo da primeira metade de 1957”⁶⁶.

O Tribunal admitiu depois que “o Governo tinha conseguido, utilizando os meios disponíveis ao abrigo da legislação ordinária, manter as instituições públicas a funcionar de forma mais ou menos normal”. Mas “a emboscada homicida” levada a cabo no início do mês de Julho de 1957 na Irlanda do Norte, junto à fronteira com a República da Irlanda, “tinha trazido à luz [...] o perigo iminente para a nação provocado pela continuação na Irlanda do Norte das actividades ilícitas do IRA e vários grupos associados, que operavam a partir do território da República da Irlanda”⁶⁷.

Dezassete anos mais tarde, o Tribunal foi chamado a analisar o artigo 15.º no caso *Irlanda c. Reino Unido* relativo, nomeadamente, à legislação de combate ao terrorismo utilizada pelo Reino Unido na Irlanda do Norte. A existência de um perigo “que ameaça a vida da nação” era, na opinião do Tribunal, “perfeitamente clara a partir dos factos” do caso e não tinha sido impugnada pelas partes no processo⁶⁸. O Tribunal remeteu para o seu resumo dos factos, o qual demonstrava nomeadamente que, na altura em questão na Irlanda do Norte “tinham sido mortas mais de 1100 pessoas, mais de 11 500 feridas e destruídos bens num valor superior a £140,000,000. Esta violência manifestava-se, em parte, através de distúrbios civis e, em parte, através de terrorismo, isto é, violência organizada para fins políticos”⁶⁹.

No caso *Brannigan e McBride c. Reino Unido*, que acabou em julgamento em 1993, o Tribunal concluiu mais uma vez, após “fazer a sua própria

⁶³ TEDH, *Caso Lawless (Fundo da Questão)*, sentença de 1 de Julho de 1961, Série A, N.º 3, p. 56, parágrafo 28.

⁶⁴ *Ibid.*, loc. cit.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 56, parágrafo 29. Embora o Tribunal tenha chegado a esta decisão por unanimidade, o caso havia sido previamente examinado pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem, no seio da qual uma maioria de nove membros contra cinco ficou convencida de que existia, naquele momento, um perigo público ameaçando a vida da nação. Para as opiniões maioritárias e minoritárias no seio da Comissão, vide TEDH, *Caso Lawless, Série B 1960-1961*, pp. 81-102.

⁶⁶ TEDH, *Caso Irlanda c. Reino Unido*, sentença de 18 de Janeiro de 1978, Série A, N.º 25, p. 78, parágrafo 205.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 10, parágrafo 12. Para mais detalhes sobre os factos, vide pp. 14-30, parágrafos 29-75.

avaliação, à luz de todo o material perante si sobre a dimensão e o impacto da violência terrorista na Irlanda do Norte e em todo o Reino Unido”, que “não pode haver dúvida de que no momento em causa existia tal perigo público”⁷⁰.

⁷⁰ TEDH, *Caso Brannigan e McBride c. Reino Unido*, sentença de 26 de Maio de 1993, Série A, N.º 258-B, p. 50, parágrafo 47.

A situação existente na Irlanda do Norte em 1998 foi examinada no caso *Marshall c. Reino Unido*, muito semelhante ao caso *Brannigan e McBride*, mas que viria a ser rejeitado na fase de admissibilidade em Julho de 2001. O queixoso alegou que “a situação de segurança tinha mudado ao ponto de se tornar irreconhecível” de forma que “qualquer perigo público que possa ter existido na Irlanda do Norte tinha efectivamente terminado no momento da sua detenção ilegal”. Além disso, na sua opinião, “o Governo não devia ser autorizado, à luz da Convenção, a impor um estado de emergência permanente na província com as consequências nocivas que tal implica para o respeito do Estado de Direito”⁷¹. Por seu turno, o Governo alegou que “no momento em questão, a situação de segurança na Irlanda do Norte podia ainda ser justificadamente descrita como um perigo público que ameaçava a vida da nação”. Sublinhou que “no período de sete semanas que antecedeu a detenção do queixoso [...] tinham ocorrido treze homicídios na província”. Tinham também tido lugar numerosos atentados à bomba⁷².

⁷¹ TEDH, *Caso Marshall c. Reino Unido*, decisão de 10 de Julho de 2001 sobre a admissibilidade, vide p. 7 da versão não editada da decisão no website do Tribunal: <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁷² *Ibid.*, p. 6.

O Tribunal aceitou o argumento do Governo, observando que “as autoridades continuavam a ser confrontadas com a ameaça de violência terrorista, não obstante a redução da respectiva incidência”. Referindo o “surto de violência mortífera” nas semanas que precederam a detenção do queixoso, o Tribunal declarou que:

“Isto, em si mesmo, confirma que não tinha havido qualquer regresso à normalidade desde a data do julgamento do caso *Brannigan e McBride* susceptível de levar o Tribunal a contrariar a avaliação feita pelas autoridades quanto à situação na província em termos da ameaça que a violência

organizada colocava para a vida da comunidade e para a procura de uma solução pacífica”⁷³.

⁷³ *Ibid.*, p. 9.

Quanto à situação no Sudeste da Turquia, o Tribunal concluiu no caso *Aksoy* que “a dimensão e o impacto concretos da actividade terrorista do PKK [tinha] indubitavelmente criado, na região em causa, um perigo público que ameaça a vida da nação”⁷⁴. Porém, no caso *Sakik e Outros*, o Tribunal declarou de forma significativa que estaria a “trabalhar contra o objecto e o fim do [artigo 15.º] se, ao avaliar o âmbito territorial da derrogação em causa, estendesse os seus efeitos a uma parte do território turco não referido explicitamente no aviso de derrogação enviado, nos termos do artigo 15.º, n.º 3, ao Secretário-Geral do Conselho da Europa”⁷⁵. Uma vez que os decretos legislativos impugnados neste caso eram aplicáveis apenas à região onde tinha sido proclamado um estado de emergência, a qual, segundo o aviso de derrogação, não abrangia Ankara, a derrogação era “inaplicável *ratione loci* aos factos do caso”⁷⁶.

⁷⁴ TEDH, *Caso Aksoy c. Turquia*, sentença de 18 de Dezembro de 1996, Relatórios de 1996-VI, p. 2281, parágrafo 70.

⁷⁵ TEDH, *Caso Sakik e Outros c. Turquia*, sentença de 26 de Novembro de 1997, Relatórios de 1997-VII, p. 2622, parágrafo 39.

⁷⁶ *Ibid.*, loc. cit.

Cabe ao Estado Parte que invoca o direito de derrogação provar que enfrenta uma emergência pública nos termos definidos no tratado pertinente.

O fim último das derrogações à luz do direito internacional consiste em permitir que os Estados Partes em questão regressem à normalidade, isto é, restaurar uma ordem constitucional na qual os direitos humanos possam de novo ser plenamente garantidos.

Os órgãos internacionais de controlo têm o direito e o dever, nos casos que lhes são submetidos, de proceder a uma avaliação independente das situações de crise à luz das disposições pertinentes dos tratados.

A nível europeu, porém, os Estados Contratantes têm uma maior margem de discricionariedade para decidir sobre a existência, nos seus territórios, de um “perigo público que ameaça a vida da nação”. ↓

A situação de crise justificativa da derrogação deverá ser tão grave que constitua de facto uma ameaça à vida da nação (níveis universal e europeu) ou à sua independência ou segurança (continente americano). Isto exclui, por exemplo, pequenos motins, distúrbios e manifestações de massas.

O direito nacional deverá definir cuidadosamente as situações em que pode ser decretado um estado de emergência.

A natureza excepcional das derrogações implica que as mesmas devem ser limitadas, no tempo e no espaço, ao estritamente imposto pelas exigências da situação.

Os Estados Partes não podem estender licitamente os seus poderes de excepção a territórios não mencionados nos avisos de derrogação.

As derrogações efectuadas ao abrigo das normas internacionais de direitos humanos não podem afectar negativamente o **conteúdo material** dos direitos, dado que estes direitos são inerentes à pessoa humana. As derrogações só podem limitar licitamente o seu pleno e efectivo exercício.

3. Direitos e Obrigações Inderrogáveis à Luz das Normas Internacionais de Direitos Humanos *

3.1 OBSERVAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A estrutura das disposições derogatórias pode levar a crer que os únicos direitos que não admitem derrogação são os enumerados no artigo 4.º, n.º 2 do Pacto Internacional, no artigo 27.º, n.º 2 da Convenção Americana e no artigo 15.º, n.º 2 da Convenção Europeia. Contudo, a situação jurídica é mais complexa e a inderrogabilidade abrange também, por exemplo, os direitos e obrigações que são inerentes ao direito internacional dos direitos humanos no seu conjunto ou garantidos pelo direito internacional humanitário. Dada a

complexidade e a natureza evolutiva desta matéria, apenas destacaremos em seguida os seus aspectos mais relevantes.

* * *

Apesar da sua natureza inderrogável, direitos humanos como o direito à vida e a proibição da tortura e outras formas de maus tratos são frequentemente violados. Para além disso, tal como é repetidamente constatado com preocupação pelo Comité dos Direitos do Homem, o direito interno dos Estados Partes no Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos nem sempre satisfaz as exigências do artigo 4.º, n.º 2, não concedendo assim protecção jurídica absoluta para alguns direitos humanos em tempos de crise⁷⁷.

⁷⁷ Vide, por exemplo, os comentários do Comité nos documentos das Nações Unidas: GAOR, A/48/40 (vol. I), p. 43, parágrafo 184 (Tanzânia); p. 101, parágrafo 459 (República Dominicana); GAOR, A/53/40 (vol. I), p. 39, parágrafo 241 (Uruguai); GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 32, parágrafo 9 (b) (Trindade e Tobago).

3.2 DISPOSIÇÕES JURÍDICAS PERTINENTES

O artigo 4.º, n.º 2 do Pacto Internacional estipula que:

“A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação aos artigos 6.º, 7.º, 8.º, parágrafos 1 e 2, 11.º, 15.º, 16.º e 18.º”.

Os artigos enumerados nesta norma protegem os seguintes direitos:

- Direito à vida – artigo 6.º;
- Proibição da tortura e das penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, bem como das experiências médicas ou científicas sem o livre consentimento da pessoa – artigo 7.º;
- Proibição da escravatura, do tráfico de escravos e da servidão – artigo 8.º;
- Direito de não ser preso por incapacidade para cumprir uma obrigação contratual – artigo 11.º;

- Proibição da retroactividade da lei penal (leis *ex post facto*) – artigo 15.º;
- Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica – artigo 16.º;
- Direito à liberdade de pensamento, consciência e religião – artigo 18.º; e
- Direito de não ser sujeito à pena de morte – artigo 6.º do Segundo Protocolo Adicional.

O artigo 27.º, n.º 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos tem a seguinte redacção:

“A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3.º (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica), 4.º (Direito à Vida), 5.º (Direito à Integridade Pessoal), 6.º (Proibição da Escravidão e Servidão), 9.º (Princípio da Legalidade e da Retroactividade), 12.º (Liberdade de Consciência e de Religião), 17.º (Protecção da Família), 18.º (Direito ao Nome), 19.º (Direitos da Criança), 20.º (Direito à Nacionalidade) e 23.º (Direitos Políticos), nem das garantias indispensáveis para a protecção de tais direitos.”

O artigo 15.º, n.º 2 da Convenção Europeia determina:

“A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao artigo 2.º, salvo quanto ao caso de morte resultante de actos lícitos de guerra, nem aos artigos 3.º, 4.º (parágrafo 1) e 7.º”.

Para além disso, o artigo 3.º do Protocolo n.º 6 à Convenção relativo à abolição da pena de morte estabelece que não é permitida qualquer derrogação das disposições deste Protocolo com fundamento no artigo 15.º da Convenção. Por último, o princípio *ne bis in idem*, proclamado no artigo 4.º do Protocolo n.º 7 à Convenção, é também inderrogável nos termos do artigo 4.º, n.º 3 do mesmo Protocolo.

Os direitos inderrogáveis à luz da Convenção Europeia são pois os seguintes:

- Direito à vida – artigo 2.º;
- Proibição da tortura e das penas ou tratamentos desumanos ou degradantes – artigo 3.º;
- Proibição da escravatura e da servidão – artigo 4.º, n.º 1;
- Proibição da retroactividade da lei penal – artigo 7.º;
- Direito de não ser sujeito à pena de morte – artigo 3.º do Protocolo n.º 6;
- Princípio *ne bis in idem* ou direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez pelo mesmo crime – artigo 4.º do Protocolo n.º 7.

* * *

Seguidamente, será dada uma descrição breve e não exaustiva dos deveres dos Estados relativamente aos principais direitos inderrogáveis. Os casos escolhidos para ilustrar os deveres jurídicos dos Estados no presente capítulo são os de maior relevância em situações de emergência e/ou na luta contra a criminalidade grave e o terrorismo. Para mais detalhes quanto à interpretação de alguns destes direitos, como o direito à vida, a proibição da tortura, a proibição da escravatura, o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião e a proibição da discriminação, os leitores deverão consultar os capítulos pertinentes do presente Manual.

Apesar da sua natureza inderrogável, estes direitos tendem em muitos casos a ser os mais frequentemente violados em situações de emergência, assim tornando mais difícil o regresso à normalidade. Em tais situações, o papel dos juízes, magistrados do Ministério Público e advogados em contribuir para a efectiva protecção do indivíduo torna-se mais importante do que nunca, e as suas respectivas responsabilidades deverão ser exercidas com plena independência e imparcialidade para que o indivíduo não fique sem protecção jurídica.

3.3 DIREITO À VIDA

O fundamental direito à vida é inderrogável nos termos dos três tratados, o que significa que deverá ser protegido por lei e que nenhuma pessoa pode, em momento algum, ser arbitrariamente morta. É verdade que a medida exacta da protecção concedida pelo artigo 6.º do Pacto Internacional, pelo artigo 4.º da Convenção Americana e pelo artigo 2.º da Convenção Europeia varia consoante as limitações específicas de cada tratado relativamente à imposição da pena de morte e, conforme assinalado pelo Comité dos Direitos do Homem, tais limitações são “independentes da questão da derogabilidade”⁷⁸. Dos três tratados, apenas a Convenção Europeia define as situações específicas em que “não haverá violação do presente artigo” (relativo ao direito à vida), nomeadamente “quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário:

- a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal;
- b) Para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente;
- c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição” (artigo 2.º, n.º 2).

Segundo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, “as excepções delineadas no n.º 2 indicam que esta disposição abrange a morte intencional, mas não se limita exclusivamente a ela”. Em vez disso, o n.º 2 “descreve as situações em que é permitido o *recurso à força*, o qual pode resultar, de forma não intencional, na privação da vida”⁷⁹. A expressão “absolutamente necessário” indica que “a força utilizada deverá ser rigorosamente proporcional à realização dos fins enunciados nas alíneas a), b) e c) do artigo 2.º”⁸⁰. Estes exemplos podem servir como indicadores úteis tanto para os juízes nacionais como para os membros dos órgãos inter-

⁷⁸ Comentário Geral N.º 29 (72), in documento das Nações Unidas GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 204, parágrafo 7.

⁷⁹ TEDH, *Caso McCann e Outros c. Reino Unido*, Série A, N.º 324, p. 46, parágrafo 148.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 46, parágrafo 149.

nacionais de controlo que têm de se pronunciar sobre o uso da força com consequências letais em conexão com actividades de aplicação da lei.

O direito à vida protegido pelas normas internacionais de direitos humanos significa, nomeadamente, que os Estados não podem jamais envolver-se na execução arbitrária ou extrajudicial de seres humanos, nem tolerar tal prática, e que, conforme explicado em pormenor no Capítulo 15, têm o dever jurídico de prevenir, investigar, julgar, punir e reparar violações do direito à vida. O dever jurídico de tomar medidas positivas a fim de proteger eficazmente o direito à vida é igualmente válido em situações de emergência pública.

Os Estados deverão, em todos os momentos, tomar medidas positivas para proteger o direito à vida.

Os Estados não deverão, em momento algum, participar em actos que impliquem o ceifar de vida humana de forma arbitrária ou extrajudicial nem tolerar tais actos.

Mesmo em situações de emergência pública que ameacem a vida da nação, os Estados têm o estrito dever jurídico de prevenir, investigar, julgar, punir e reparar as violações do direito à vida.

3.4 PROIBIÇÃO DA TORTURA E DAS PENAS OU TRATAMENTOS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

A proibição da tortura e outras formas de maus tratos é também inderrogável de acordo com os três tratados (artigo 7.º do Pacto Internacional, artigo 5.º, n.º 2 da Convenção Americana e artigo 3.º da Convenção Europeia). Isto significa que os Estados não podem, em momento algum, recorrer à tortura ou às penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes a fim de, por exemplo, punir ou obter confissões ou informações de suspeitos de terrorismo ou outros delinquentes. O Tribunal Interamericano de Direitos Humanos especificou que, tal como em tempo de paz, o Estado continua a ser o garante dos direitos humanos,

incluindo os direitos das pessoas privadas de liberdade, sendo portanto responsável também pelas condições dos estabelecimentos de detenção⁸¹.

* * *

O Tribunal Europeu considerou que a utilização combinada e premeditada “durante horas a fio” das seguintes cinco técnicas de “desorientação” e “privação sensorial” “representava uma prática de tratamento desumano e degradante” contrário ao artigo 3.º da Convenção Europeia: permanência de pé encostado a uma parede, vendagem dos olhos, sujeição a ruído, privação do sono e privação de alimentação e bebidas. Estas “técnicas” foram usadas em vários centros de interrogatório da Irlanda do Norte no início dos anos 70⁸². O Tribunal constatou também uma violação do artigo 3.º no caso *Tomasi c. França* em que o queixoso, durante um interrogatório policial que durou “um período de cerca de quarenta horas”, tinha sido “esbofeteado, pontapeado, socado e espancado nos braços, obrigado a permanecer de pé durante longos períodos e sem apoio, algemado com as mãos atrás das costas; tinham-lhe cuspidado em cima e obrigaram-no a ficar nu em frente de uma janela aberta, privaram-no de comida, ameaçaram-no com uma arma de fogo e assim consecutivamente”⁸³. O Tribunal concluiu que este tratamento era “desumano e degradante” contrariamente ao disposto no artigo 3.º da Convenção Europeia, acrescentando que “as exigências da investigação e as inegáveis dificuldades inerentes à luta contra a criminalidade, particularmente no que diz respeito ao terrorismo, não podem resultar na imposição de limites à protecção a conceder relativamente à integridade física dos indivíduos”⁸⁴. O tratamento prestado aos queixosos no caso *Aksoy* foi, contudo, “de natureza tão grave e cruel que só [podia] ser descrito como tortura”. O queixoso, que foi detido sob suspeita de envolvimento em actividades terroristas, tinha sido sujeito a “suspensão palestina”, isto é, tinha sido “despido e suspenso com os braços atados atrás das costas”. Estes maus tratos, que foram

⁸¹ Cf. TIADH, *Caso Castillo Petruzzi et. al*, sentença de 30 de Maio de 1999, Série C, N.º 52, p. 219, parágrafo 195.

⁸² TEDH, *Caso Irlanda c. Reino Unido*, sentença de 18 de Janeiro de 1978, Série A, N.º 25, p. 41, parágrafo 96, e pp. 66-67, parágrafos 167-168.

⁸³ TEDH, *Caso Tomasi c. França*, sentença de 27 de Agosto de 1992, Série A, N.º 241-A, p. 40, parágrafo 108.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 42, parágrafo 115.

“deliberadamente infligidos” e “pareciam ter sido administrados com o objectivo de obter do queixoso confissões ou informações”, haviam provocado “uma paralisia de ambos os braços que durara algum tempo”⁸⁵.

* * *

No caso *Castillo Petruzzi e Outros*, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos concluiu que a combinação de detenção em regime de incomunicabilidade durante 36 e 37 dias com o comparecimento em juízo das pessoas em questão “de olhos vendados ou encapuzadas, e atadas ou algemadas” constituiu só por si uma violação do artigo 5.º, n.º 2 da Convenção⁸⁶.

No mesmo caso, o Tribunal concluiu que o regime prisional imposto às vítimas pelos tribunais militares “constituiu uma pena cruel, desumana e degradante” violadora do artigo 5.º da Convenção Americana⁸⁷. De acordo com as sentenças dos tribunais militares, o regime prisional “incluía a *contínua permanência na cela durante o primeiro ano [...] e depois trabalho forçado, devendo [as alegadas vítimas] cumprir a sentença em celas solitárias escolhidas pelo Director do Serviço Nacional de Prisões*” do Peru⁸⁸. Na sua fundamentação, o Tribunal recordou a sua própria jurisprudência, segundo a qual “o isolamento prolongado e a privação de comunicação são em si mesmos uma pena cruel e desumana, prejudicial à integridade psicológica e moral da pessoa e uma violação do direito de qualquer detido ao respeito da sua inerente dignidade enquanto ser humano”⁸⁹. Segundo o Tribunal, “a detenção em regime de incomunicabilidade é considerada um método excepcional de reclusão devido às graves consequências que tem sobre as pessoas sujeitas a esse regime. O *isolamento do mundo exterior provoca sofrimento moral e psicológico a qualquer pessoa, coloca-a numa posição particularmente vulnerável e aumenta o risco de agressão e actos arbitrários na prisão*”⁹⁰. Na sua opinião, por isso, “a detenção em regime de inco-

⁸⁵ TEDH, *Caso Aksoy c. Turquia*, sentença de 18 de Dezembro de 1996, Relatórios de 1996-VI, p. 2279, parágrafo 64.

⁸⁶ TIADH, *Caso Castillo Petruzzi et. al*, sentença de 30 de Maio de 1999, Série C, N.º 52, p. 218, parágrafo 192.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 220-221, parágrafo 198.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 219, parágrafo 193.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 219, parágrafo 194.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 219, parágrafo 195.

municabilidade, [...] a reclusão solitária numa pequena cela sem qualquer luz natural, [...] um horário de visitas restritivo [...] constituem formas de tratamento cruel, desumano ou degradante no sentido do artigo 5.º, n.º 2 da Convenção Americana”⁹¹. Relativamente ao uso da força contra os reclusos, o Tribunal invocou a sua jurisprudência, de acordo com a qual:

“Qualquer uso da força que não seja estritamente necessário para assegurar um comportamento adequado por parte do detido constitui um atentado à dignidade da pessoa [...] em violação do artigo 5.º da Convenção Americana. Não deve permitir-se que as exigências da investigação e a inegáveis dificuldades encontradas na luta contra o terrorismo restrinjam a protecção do direito da pessoa à integridade física”⁹².

Sobre a questão da tortura *vide* também, em particular, o Capítulo 8, secção 2, e o Capítulo 11, secção 4.

A utilização da tortura e das penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes é proibida em todos os momentos, incluindo em tempo de guerra ou em qualquer outra situação de emergência pública que ameace a vida da nação.

A proibição da tortura e outras formas de maus tratos é assim também rigorosamente aplicável à luta contra o terrorismo e a grande criminalidade.

A tortura ou outras formas de maus tratos não podem ser utilizadas para extrair informações ou confissões dos suspeitos.

A detenção prolongada em regime de incomunicabilidade constitui uma forma de maus tratos proibida pelo direito internacional, mesmo em situações de emergência.

3.5 DIREITO A UM TRATAMENTO HUMANO

A inderrogabilidade do direito a um tratamento humano é estabelecida pelo artigo 27.º, n.º 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,

lido à luz do artigo 5.º, n.º 2, segundo o qual “toda a pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Sobre a mesma questão, o artigo 10.º do Pacto Internacional estabelece que “todos os indivíduos privados da sua liberdade devem ser tratados com humanidade e com respeito da dignidade inerente à pessoa humana”. Porém, o artigo 10.º não é referido como direito inderrogável no artigo 4.º, n.º 2 do Pacto. No entanto, no Comentário Geral n.º 29, o Comité declara-se convicto de que “aqui o Pacto exprime uma norma de direito internacional geral insusceptível de derrogação. Esta ideia é apoiada pela referência à dignidade inerente à pessoa humana no preâmbulo do Pacto e pela estreita relação entre os artigos 7.º e 10.º”⁹³.

* * *

A distinção feita no trabalho do Comité dos Direitos do Homem entre os artigos 7.º e 10.º não é clara. Foi constatada uma violação do artigo 10.º, n.º 1, por exemplo, no caso *S. Sextus c. Trindade e Tobago*, em que o autor se queixou das suas condições de detenção: a sua cela media apenas nove por seis pés e não havia saneamento integral, apenas um balde de plástico para fazer as necessidades. Um pequeno buraco (de oito por oito polegadas) fornecia ventilação insuficiente e, na ausência de luz natural, a única iluminação provinha de uma lâmpada fluorescente acesa 24 horas por dia. Depois de a sua sentença de morte ter sido comutada para 75 anos de prisão, o autor teve de partilhar uma cela das mesmas dimensões com 9 a 12 reclusos e, como havia apenas uma cama, foi obrigado a dormir no chão. Na ausência de quaisquer comentários do Estado Parte, o Comité baseou-se na detalhada descrição dos factos fornecida pelo autor para constatar ter havido violação do artigo 10.º, n.º 1⁹⁴. Um dos muitos outros casos que envolveu violação do artigo 10.º, n.º 1 foi o caso *M. Freemantle c. Jamaica*, relativo também a condições deploráveis de deten-

⁹³ Documento das Nações Unidas GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 205, parágrafo 13 (a).

⁹⁴ Comunicação N.º 818/1998, *S. Sextus v. Trinidad and Tobago* (Parecer adoptado a 16 de Julho de 2001), in documento das Nações Unidas GAOR, A/56/40 (vol. II), p. 117, parágrafo 7.4, lido em conjunto com p. 112, parágrafos 2.2 e 2.4.

ção. O Estado Parte não refutou as alegações do autor segundo as quais se encontrava confinado a uma cela de dois metros quadrados 22 horas por dia, “passava a maior parte do tempo em que estava acordado em escuridão forçada”, permanecia quase sempre isolado dos outros homens e não era autorizado a trabalhar ou a seguir programas educativos⁹⁵.

⁹⁵ Comunicação N.º 625/1995, *M. Freemantle v. Jamaica* (Parecer adoptado a 24 de Março de 2000), in documento das Nações Unidas GAOR, A/55/40 (vol. II), p. 19, parágrafo 7.3.

O direito positivo de todas as pessoas privadas de liberdade a ser tratadas de forma humana deverá ser garantido em todas as circunstâncias, incluindo situações de emergência.

O direito a ser tratado de forma humana implica nomeadamente que as pessoas privadas de liberdade deverão ser mantidas em condições que respeitem a sua dignidade humana.

3.6 PROIBIÇÃO DA ESCRAVATURA E SERVIDÃO

A proibição da escravatura e servidão é inderrogável à luz do Pacto Internacional (artigos 4.º, n.º 2 e 8.º, n.ºs 1 e 2) e da Convenção Europeia (artigos 15.º, n.º 2 e 4.º, n.º 1). Contudo, só o artigo 8.º, n.º 1 do Pacto Internacional diz expressamente que “a escravidão e o tráfico de escravos, sob todas as suas formas, são interditos”.

Segundo o artigo 27.º, n.º 2 da Convenção Americana, por outro lado, o artigo 6.º é inderrogável no seu todo, o que implica a inderrogabilidade, não apenas do direito de não ser sujeito a escravatura, servidão involuntária, tráfico de escravos e tráfico de mulheres, mas também do direito de não ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório.

Tal como os artigos reguladores do direito à vida, os artigos que definem o direito de não ser sujeito a trabalho forçado ou obrigatório consagram limitações que excluem da definição de “trabalho forçado ou obrigatório” certos tipos de trabalho como serviços prestados em situações de emer-

gência, perigo ou calamidade que ameacem o bem-estar da comunidade. Na medida em que o trabalho exigido se enquadre nesta categoria pode, naturalmente, ser também exigido em situações de emergência pública (para o texto das disposições relevantes, *vide* artigo 8.º, n.º 3, alínea c) (iii) do Pacto Internacional, artigo 6.º, n.º 3, alínea c) da Convenção Americana e artigo 4.º, n.º 3, alínea c) da Convenção Europeia).

Deve também sublinhar-se que, ao abrigo dos artigos 34.º e 35.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, que não contém qualquer norma derogatória, os Estados Partes têm o dever jurídico de proteger a criança contra a exploração e violência sexuais, bem como de “impedir o rapto, a venda ou o tráfico de crianças, independentemente do seu fim ou forma”. Estas obrigações jurídicas são reforçadas pelo Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, que entrou em vigor a 18 de Janeiro de 2002⁹⁶.

⁹⁶ Para mais informação sobre este Protocolo Facultativo, consulte o *website* das Nações Unidas: www.unhcr.ch/html/menu2/dopchild.htm.

A escravatura, o tráfico de escravos, a servidão e o tráfico de mulheres e crianças são estritamente proibidos em todas as circunstâncias, incluindo em situações de emergência pública que ameacem a vida da nação (a nível universal e europeu) ou a independência ou segurança do Estado (no continente americano).

Mesmo em tempo de conflito armado ou outro tipo de emergência, os Estados têm assim a obrigação jurídica de tomar medidas positivas para prevenir, investigar, julgar e punir tais práticas ilícitas, bem como para assegurar a reparação das vítimas.

3.7 PROIBIÇÃO DA RETROACTIVIDADE DA LEI PENAL E PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM*

3.7.1 PROIBIÇÃO DA RETROACTIVIDADE DA LEI PENAL

O direito de não ser considerado culpado de qualquer infracção penal em virtude de um acto ou

omissão que não constituía infracção penal no momento em que foi praticado é garantido pelo artigo 15.º, n.º 1 do Pacto Internacional, pelo artigo 9.º da Convenção Americana e pelo artigo 7.º, n.º 1 da Convenção Europeia. As mesmas disposições proibem também a imposição de uma pena mais gravosa do que a que era aplicável no momento em que a infracção foi cometida. Para além disso, o artigo 15.º, n.º 1 do Pacto Internacional e o artigo 9.º da Convenção Americana garantem o direito do culpado a beneficiar de uma pena mais ligeira introduzida após a prática da infracção.

Embora em situações de crise possa haver uma considerável tentação para introduzir legislação retroactiva a fim de fazer face a actos particularmente repreensíveis, isto é estritamente proibido pelas normas internacionais de direitos humanos. O objectivo desta regra fundamental é óbvio: uma pessoa deve ser capaz de prever num dado momento – incluindo em situações de emergência – as consequências de determinada acção, nomeadamente uma eventual perseguição penal e sanções associadas (*princípio da previsibilidade*). Qualquer outra situação implicaria uma incerteza jurídica intolerável num Estado regido pelo princípio do Estado de Direito, que pressupõe o respeito pelos direitos humanos.

O artigo 15.º, n.º 2 do Pacto Internacional prevê ainda assim uma excepção relativamente “ao julgamento ou à condenação de qualquer indivíduo por motivo de actos ou omissões que no momento em que foram cometidos eram tidos por criminosos, segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações”. O artigo 7.º, n.º 2 da Convenção Europeia consagra uma norma praticamente idêntica, embora se refira às “nações civilizadas” e não à “comunidade das nações”.

* * *

O Comité dos Direitos do Homem concluiu que o artigo 15.º, n.º 2 foi violado no caso *Weinberger c. Uruguai*, no qual a vítima tinha sido condenada com base na aplicação retroactiva de legislação penal. O autor foi considerado culpado e condenado a oito anos de prisão ao abrigo do Código

Penal Militar por “associação subversiva” “com circunstâncias agravantes de conspiração contra a Constituição”. A condenação baseou-se alegadamente, entre outros factores, na filiação da vítima “num partido político que tinha existido legalmente durante o período de filiação”⁹⁷.

* * *

Na sua sentença no caso *Kokkinakis c. Grécia*, o Tribunal Europeu considerou que o artigo 7.º, n.º 1 da Convenção Europeia proíbe não só “a aplicação retroactiva da lei penal em desfavor do arguido. Consagra também, de forma mais geral, o princípio de que só a lei pode definir um crime e prescrever a pena (*nullum crimen, nulla poena sine legge*) e o princípio de que a lei penal não deve ser interpretada extensivamente em desfavor do arguido, por exemplo por analogia; daqui decorre que uma infracção deverá estar claramente definida na lei. Esta condição verifica-se quando o indivíduo consegue saber a partir da redacção da disposição pertinente e, se necessário, com a ajuda da interpretação que os tribunais fazem da mesma, que actos e omissões o tornarão responsável”⁹⁸. Por outras palavras, a *excessiva incerteza das disposições jurídicas que criminalizam determinada conduta* também contraria o disposto no artigo 7.º, n.º 1 da Convenção Europeia. Contudo, sempre que a aplicação retroactiva da lei penal resulte num *benefício* para o arguido, e não num prejuízo, não existe violação do artigo 7.º, n.º 1 da Convenção⁹⁹.

Embora as *medidas preventivas* não sejam em si mesmas abrangidas pelo artigo 15.º, n.º 1 do Pacto Internacional nem pelos artigos 9.º e 7.º, n.º 1 das Convenções Americana e Europeia, respectivamente, pode considerar-se em certas circunstâncias que constituem uma “pena” para efeitos de tais disposições. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem concluiu no caso *Welch c. Reino Unido* que um mandado de apreensão constituía uma “pena” no sentido do artigo 7.º, n.º 1, embora o Governo tenha alegado tratar-se de uma medida

⁹⁷ Comunicação N.º R.7/ 28, *Weinberger v. Uruguay* (Parecer adoptado a 29 de Outubro de 1978), in documento das Nações Unidas GAOR, A/36/40, pp. 118-119, parágrafos 12 e 16.

⁹⁸ TEDH, *Caso Kokkinakis c. Grécia*, sentença de 25 de Maio de 1993, Série A, N.º 260-A, p. 22, parágrafo 52.

⁹⁹ TEDH, *Caso G. c. França*, sentença de 27 de Setembro de 1995, Série A, N.º 325-B, p. 38, parágrafos 24-27.

de prevenção fora do âmbito deste artigo¹⁰⁰. O queixoso tinha sido considerado culpado de um crime relacionado com droga e condenado a uma pena de 20 anos de prisão; para além disso, o juiz de julgamento emitiu um mandado de apreensão ao abrigo de uma lei que entrou em vigor **depois** da prática dos actos criminosos¹⁰¹. Em substituição do pagamento do montante em causa, o queixoso podia ser obrigado a cumprir uma pena consecutiva de dois anos de prisão¹⁰².

¹⁰⁰ TEDH, *Caso Welch c. Reino Unido*, sentença de 9 de Fevereiro de 1995, Série A, N.º 307-A, p. 14, parágrafo 35.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 7, parágrafo 9.

¹⁰² *Ibid.*, p. 7, parágrafos 9-10.

3.7.2 PRINCÍPIO NE BIS IN IDEM

O princípio *ne bis in idem* é expressamente considerado inderrogável apenas pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e unicamente em relação aos processos penais que correm dentro do mesmo país (*vide* o artigo 4.º do Protocolo n.º 7 à Convenção). Segundo o artigo 4.º, n.º 1 do Protocolo:

“Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado”.

O processo pode no entanto ser reaberto em certas condições “se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento” (artigo 4.º, n.º 2 do Protocolo N.º 7).

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem concluiu que o princípio *ne bis in idem* tinha sido violado, por exemplo, no caso *Gradinger c. Áustria*. O queixoso foi primeiro condenado por um Tribunal Regional austríaco por ter causado uma morte por negligência enquanto conduzia um automóvel e condenado ao pagamento de uma multa. Para além disso, uma autoridade distrital aplicou-lhe uma coima ao abrigo do Código da Estrada por conduzir sob a influência do álcool¹⁰³. O Tribunal Regional tinha porém concluído que o queixoso não havia bebido ao ponto de se poder

¹⁰³ TEDH, *Caso Gradinger c. Áustria*, sentença de 23 de Outubro de 1995, Série A, N.º 328-C, p. 55, parágrafos 7-9.

considerar que tinha provocado uma morte por negligência sob a influência do álcool no sentido previsto no Código Penal¹⁰⁴.

O princípio *ne bis in idem* consagrado no artigo 14.º, n.º 7 do Pacto Internacional é aplicável simultaneamente às condenações e absolvições, ao passo que a norma correspondente do artigo 8.º, n.º 4 da Convenção Americana abrange apenas as absolvições “por sentença transitada em julgado”.

Toda a pessoa tem o direito de não ser considerada culpada de qualquer infracção penal por um acto ou omissão que não constituía infracção penal no momento em que foi praticado.

A nível europeu, a proibição da aplicação retroactiva da lei penal significa também que a infracção penal deverá estar claramente definida na lei e que a lei não pode ser interpretada extensivamente em detrimento do arguido.

As normas internacionais de direitos humanos proibem ainda a aplicação retroactiva de penas em desfavor da pessoa condenada.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos garantem também o direito da pessoa culpada a beneficiar de uma pena mais leve introduzida após a prática da infracção.

O princípio ne bis in idem é inderrogável à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e protege contra a dupla incriminação relativamente a processos que corram num mesmo Estado.

Estes direitos deverão ser efectivamente garantidos em todas as circunstâncias, incluindo em situações de guerra ou qualquer outra emergência pública.

3.8 DIREITO AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O direito de toda a pessoa à personalidade jurídica é expressamente garantido pelos artigos 16.º

e 4.º, n.º 2 do Pacto Internacional e pelos artigos 3.º e 27.º, n.º 2 da Convenção Americana. O direito ao reconhecimento da personalidade jurídica tem uma importância fundamental na medida em que não só permite a todas as pessoas terem direitos e deveres, como também atribui à pessoa em causa o direito de fazer valer os seus direitos e liberdades perante os tribunais nacionais e outros órgãos competentes, possibilitando-lhe ainda, em muitos casos, apresentar queixa junto dos órgãos internacionais de controlo. A natureza fundamental do direito à personalidade jurídica como requisito prévio para o gozo e exercício dos direitos humanos é reconhecido pela Convenção Americana, que logicamente coloca esse direito antes do direito à vida.

* * *

No contexto do artigo 16.º do Pacto Internacional, o Comité dos Direitos do Homem solicitou ao Egipto o fornecimento de informação sobre o estatuto jurídico dos muçulmanos que se convertem a outra religião, dado que aparentemente esses muçulmanos ficavam “legalmente mortos” ao abrigo do Código Muçulmano de Direito Religioso¹⁰⁵. O artigo 16.º foi também examinado num caso contra a Argentina relativo a uma criança filha de pessoas desaparecidas que foi adoptada por uma enfermeira. O Comité não aceitou a alegação de que o direito da rapariga à personalidade jurídica tinha sido violado neste caso, dado que os tribunais argentinos haviam “procurado estabelecer a sua identidade e emitiram os seus documentos de identificação nessa conformidade”¹⁰⁶. Na opinião da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por outro lado, a retirada do poder paternal sobre os filhos às pessoas desaparecidas constitui uma violação do respectivo direito “ao reconhecimento da sua personalidade jurídica” nos termos do artigo 3.º da Convenção Americana¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Documento das Nações Unidas GAOR, A/39/40, p. 57, parágrafo 301.

¹⁰⁶ Comunicação N.º 400/1990, D. R. Mónaco de Gallichio, on her own behalf and on behalf of her granddaughter X. *Vicario* (Parecer adoptado a 3 de Abril de 1995), in documento das Nações Unidas GAOR, A/50/40 (vol. II), p. 14, parágrafo 10.2.

¹⁰⁷ Um estudo sobre a situação dos filhos menores de pessoas desaparecidas que foram separados dos seus pais e são reclamados por membros das suas famílias legítimas, in documento da OEA OEA/Ser.L/V/II.74, doc. 10, rev.1, *Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 1987-1988*, p. 340.

Todo o ser humano tem o direito ao reconhecimento, em todas as circunstâncias, da sua personalidade jurídica. Nenhuma circunstância ou convicções podem justificar qualquer limitação a este direito fundamental.

3.9 LIBERDADE DE PENSAMENTO, DE CONSCIÊNCIA E DE RELIGIÃO

O direito de todas as pessoas à liberdade de pensamento, de consciência e de religião – incluindo a liberdade de manifestar as suas convicções – é inderrogável à luz do artigo 18.º do Pacto Internacional, lido em conjunto com o artigo 4.º, n.º 2, ao passo que a liberdade de consciência e de religião é inderrogável no continente americano em virtude dos artigos 12.º e 27.º, n.º 2 da Convenção Americana.

O conteúdo material destes direitos foi examinado no Capítulo 12 e não voltará por isso a ser analisado no presente contexto. Deve contudo assinalar-se que tanto o artigo 18.º, n.º 3 do Pacto Internacional como o artigo 12.º, n.º 3 da Convenção Americana autorizam certas restrições à liberdade da pessoa de manifestar a sua religião ou as suas convicções, restrições que são também permitidas em situações de emergência pública. Mas mesmo em tais situações de crise grave, o princípio da legalidade deverá ser respeitado, uma vez que as restrições têm de estar “previstas na lei” e ser “necessárias à protecção de segurança, da ordem e da saúde públicas ou da moral e das liberdades e direitos fundamentais de outrem”¹⁰⁸. As restrições ao direito da pessoa de manifestar a sua liberdade de pensamento, consciência e religião não deverão assim ser impostas por qualquer outra razão, mesmo em situações de conflito armado ou outra crise grave¹⁰⁹.

¹⁰⁸ O artigo 18.º, n.º 3 do Pacto Internacional contém o termo “fundamentais” (relativo a direitos), o que não sucede com o artigo 12.º, n.º 3 da Convenção Americana.

¹⁰⁹ Vide também o Comentário Geral N.º 29 do Comité dos Direitos do Homem, in documento das Nações Unidas GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 204, parágrafo 7.

Nos termos do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a liberdade de pensamento, consciência e religião deverá ser garantida em todos os momentos e não pode ser derrogada em circunstância alguma. ↓

Em tempo de guerra ou qualquer outra emergência pública, o direito da pessoa de manifestar a sua religião e as suas convicções deverá ser regulado exclusivamente pelas disposições ordinárias em matéria de restrições.

3.10 DIREITO DE NÃO SER PRESO UNICAMENTE COM FUNDAMENTO NO FACTO DE NÃO PODER CUMPRIR UMA OBRIGAÇÃO CONTRATUAL

O direito de não ser “aprisionado pela única razão de que não está em situação de executar uma obrigação contratual” é garantido pelo artigo 11.º do Pacto Internacional e é inderrogável em conformidade com o artigo 4.º, n.º 2. Relativamente ao Gabão, o Comité dos Direitos do Homem manifestou “preocupação perante a prática de colocar as pessoas na prisão por dívidas civis, o que viola o artigo 11.º do Pacto”. Foi dito ao Estado Parte que devia abolir a prisão por dívidas¹¹⁰. O Comité perguntou também por que razão o Governo de Madagáscar “não tinha revogado a norma que sanciona com prisão o incumprimento de uma obrigação contratual”, a qual não estava em conformidade com o artigo 11.º¹¹¹. Por outras palavras, este direito deverá ser assegurado em todos os Estados e em todas as circunstâncias, independentemente do estado de desenvolvimento do país em causa.

¹¹⁰ Documento das Nações Unidas GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 44, parágrafo 15.

¹¹¹ Documento das Nações Unidas GAOR, A/46/40, p. 134, parágrafo 544.

O direito de não ser preso por incapacidade para cumprir obrigações contratuais deverá ser garantido por todos os Estados em todas as circunstâncias, incluindo em tempo de guerra ou emergência pública.

3.11 DIREITOS DA FAMÍLIA

Apenas a Convenção Americana estabelece expressamente a inderrogabilidade dos direitos da família (artigo 27.º, n.º 2, lido em conjunto com o artigo 17.º). De acordo com o artigo 17.º, n.º 1, “a família é o elemento natural e fundamental da sociedade

e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”. Este artigo também garante “o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas” (artigo 17.º, n.º 2) e estipula que “o casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes” (artigo 17.º, n.º 3). Impõe ainda aos Estados Partes o dever de “tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo” (artigo 17.º, n.º 4). Por último, proclama que “a lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento” (artigo 17.º, n.º 5).

Embora os direitos da família consagrados no artigo 23.º do Pacto Internacional e no artigo 12.º da Convenção Europeia não tenham sido tornados inderrogáveis, é difícil encontrar qualquer motivo pelo qual pode alguma vez ser estritamente necessário proceder a derrogações desses direitos numa situação de emergência pública. Direitos correspondentes aos consagrados no artigo 17.º da Convenção Americana são também reconhecidos no artigo 16.º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, tratado que não contém qualquer norma derogatória.

Os direitos da família, incluindo o direito dos homens e das mulheres de casar com o seu livre e pleno consentimento e o direito de fundar uma família, são expressamente considerados inderrogáveis pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e deverão ser protegidos em todas as circunstâncias.

3.12 DIREITO A UM NOME

O direito a um nome é garantido pelo artigo 18.º da Convenção Americana, segundo o qual “toda a pessoa tem direito a um prenome e aos nomes dos seus pais ou ao de um destes. A lei deve

regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário”. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos declarou ser de parecer que aos filhos menores de pessoas desaparecidas tinha sido negado o direito à identidade e ao nome, contrariamente ao disposto no artigo 18.º, em virtude de terem sido separados dos seus pais¹¹².

¹¹² Um estudo sobre a situação dos filhos menores de pessoas desaparecidas que foram separados dos seus pais são reclamados por membros das suas famílias legítimas, in documento da OEA OEA/Ser.L/V/II.74, doc. 10, rev.1, *Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 1987-1988*, p. 340.

O direito a um nome não é expressamente garantido quer pelo Pacto Internacional quer pela Convenção Europeia, mas é reconhecido nos artigos 7.º e 8.º da Convenção sobre os Direitos da Criança. Esta Convenção não prevê derrogações e o Comité dos Direitos do Homem assinalou que “tal como indica claramente o artigo 38.º da Convenção, esta aplica-se em situações de emergência”¹¹³. Nos termos do artigo 38.º, n.º 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança, “os Estados Partes comprometem-se a respeitar e a fazer respeitar as normas de direito humanitário internacional que lhes sejam aplicáveis em caso de conflito armado e que se mostrem relevantes para a criança”.

¹¹³ Comentário Geral N.º 29, in documento das Nações Unidas GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 208, nota de rodapé e.

O direito de cada pessoa a um nome, previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e o direito de cada criança a um nome, previsto na Convenção sobre os Direitos da Criança, deverão ser garantidos em todas as circunstâncias, incluindo em tempo de guerra ou qualquer outra emergência pública.

3.13 DIREITOS DA CRIANÇA

Segundo o artigo 19.º da Convenção Americana, “toda a criança tem direito às medidas de protecção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos considera que constitui violação deste artigo a retirada do poder paternal sobre as crianças aos seus pais

desaparecidos¹¹⁴. A Comissão concluiu também que esta disposição foi violada quando as Forças Armadas peruanas mantiveram os quatro filhos menores do antigo Presidente García sob prisão domiciliária durante vários dias¹¹⁵.

O direito da criança a medidas especiais de protecção é também garantido pelo artigo 24.º do Pacto Internacional, incluindo o direito a “ser registada imediatamente após o nascimento”, o direito a ter um nome e o direito de adquirir uma nacionalidade. Mais uma vez, esta disposição não é expressamente considerada inderrogável, mas o dever de conferir protecção especial às crianças é particularmente significativo em momentos de instabilidade social.

Entre as várias disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança que impõem aos Estados Partes deveres ao nível da adopção de medidas especiais de protecção das crianças, destaca-se o artigo 19.º, que lhes exige que adoptem todas as medidas adequadas para proteger a criança “contra todas as formas de violência física ou mental”, e o artigo 34.º, que os obriga a “tomar todas as medidas adequadas, nos planos nacional, bilateral e multilateral” para prevenir a exploração e violência sexuais contra a criança. Uma vez que a Convenção sobre os Direitos da Criança não contém qualquer norma derogatória, presume-se que se aplica em todas as circunstâncias, incluindo em situações de emergência. Em qualquer caso, todas as formas de maus tratos físicos ou mentais da criança cometidos ou tolerados pelo Estado enquadram-se na proibição geral da tortura e outras formas de maus tratos.

¹¹⁴ Um estudo sobre a situação dos filhos menores de pessoas desaparecidas que foram separados dos seus pais e são reclamados por membros das suas famílias legítimas, in documento da OEA OEA/Ser.L/V/II.74, doc. 10, rev.1, *Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 1987-1988*, p. 340.

¹¹⁵ *Relatório N.º 1/95, Caso N.º 11.006 c. Peru, 7 de Fevereiro de 1995*, in documento da OEA OEA/Ser.L/V/II.88, doc.9 rev., *Relatório Anual de 1994 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, p. 101.

O direito da criança a medidas de protecção especial é expressamente considerado inderrogável no continente americano.

A criança tem direito a beneficiar de uma protecção plena e efectiva de todos os direitos inderrogáveis e ↓

deverão ser tomadas medidas especiais em todas as circunstâncias, incluindo em tempo de guerra ou outra emergência pública, para proteger a criança contra todas as forma de maus tratos e exploração.

O direito a uma nacionalidade é inderrogável no continente americano e deverá assim ser garantido em todas as circunstâncias.

3.14 DIREITO A UMA NACIONALIDADE

Nos termos do artigo 20.º, n.ºs 1 e 2 da Convenção Americana, “toda a pessoa tem direito a uma nacionalidade” e “toda a pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território tiver nascido, se não tiver direito a outra”. O artigo 20.º, n.º 3 estipula que “a ninguém se deve privar arbitrariamente da sua nacionalidade nem do direito de mudá-la”. Nos termos do Pacto Internacional, só a criança tem direito a uma nacionalidade (cf. artigo 24.º, n.º 3 do Pacto e subsecção 3.13 *supra*).

O Tribunal Interamericano de Direitos Humanos “define nacionalidade como o vínculo político e jurídico que liga uma pessoa a determinado Estado e a une a este com laços de fidelidade e lealdade, dando-lhe o direito à protecção diplomática desse Estado”¹¹⁶. Na sua opinião, contudo, “o direito internacional impõe certos limites aos amplos poderes de que os Estados dispõem e [...] a nacionalidade é hoje entendida como envolvendo a jurisdição do Estado, bem como questões de direitos humanos”¹¹⁷.

Referindo-se aos poderes de excepção do Presidente do Chile para retirar a nacionalidade chilena aos seus cidadãos em situações de emergência durante a ditadura militar dos anos 70, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos declarou que, uma vez que todas as emergências são, por natureza, transitórias, não compreendia como “é possível ou necessário tomar medidas de natureza irreversível, que afectarão o cidadão e a sua família durante o resto das suas vidas”¹¹⁸.

¹¹⁶ TIADH, *Caso Castillo Petruzzi et. al, sentença de 30 de Maio de 1999, Série C, N.º 52, p. 182, parágrafo 99.*

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 183, parágrafo 101.

¹¹⁸ Documento da OEA OEA/Ser.L/V/II.40, doc. 10, *Comissão Interamericana de Direitos Humanos Terceiro Relatório sobre a Situação de Direitos Humanos no Chile (1977)*, p. 80, parágrafo 8.

3.15 DIREITOS POLÍTICOS

O artigo 23.º da Convenção Americana garante o direito de todos os cidadãos:

- “de participar na direcção dos assuntos públicos, directamente ou por meio de representantes livremente eleitos” – artigo 23.º, n.º 1, alínea a);
- “de votar e ser eleito em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores” – artigo 23.º, n.º 1, alínea b); e
- “de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas do seu país” – artigo 23.º, n.º 1, alínea c).

O artigo 23.º, n.º 2 torna possível regular o exercício destes direitos, mas “exclusivamente por motivo da idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”. A inclusão dos direitos políticos na lista de direitos inderrogáveis constante do artigo 27.º, n.º 2 da Convenção Americana exprime a convicção dos Estados americanos quanto à importância fundamental da manutenção de uma ordem constitucional democrática para responder às exigências das situações de crise. Não foi estabelecida a inderrogabilidade dos correspondentes direitos consagrados no artigo 25.º do Pacto Internacional. O mesmo se aplica aos direitos mais limitados constantes do artigo 3.º do Protocolo n.º 1 à Convenção Europeia.

No continente americano, os direitos políticos deverão ser garantidos em todas as circunstâncias, incluindo em situações de emergência pública que ameacem a independência ou a segurança dos Estados Partes na Convenção Americana dos Direitos do Homem.

3.16 DIREITOS INDERROGÁVEIS E DIREITO A UMA EFECTIVA PROTECÇÃO PROCESSUAL E JUDICIAL

Para assegurar a protecção plena e efectiva dos direitos inderrogáveis em situações de emergência, não basta simplesmente torná-los inderrogáveis: **estes direitos deverão, para além disso, ser acompanhados da disponibilização, em todas as circunstâncias, de recursos internos eficazes para as alegadas vítimas de violações de tais direitos.** No Comentário Geral N.º 29, sobre o artigo 4.º do Pacto Internacional, o Comité dos Direitos do Homem declara que:

“É inerente à protecção dos direitos explicitamente reconhecidos como inderrogáveis no artigo 4.º, n.º 2 que os mesmos deverão ser assegurados mediante garantias processuais, incluindo muitas vezes garantias judiciais. As disposições do Pacto relativas a salvaguardas processuais não podem jamais subordinar-se a medidas susceptíveis de subverter a protecção dos direitos inderrogáveis. Nunca pode recorrer-se ao artigo 4.º de uma forma que resulte na derrogação de direitos inderrogáveis. Assim, por exemplo, como o artigo 6.º do Pacto é inteiramente inderrogável, qualquer julgamento conducente à imposição da pena de morte durante um estado de emergência deverá respeitar as disposições do Pacto, incluindo todas as exigências dos artigos 14.º e 15.º”¹¹⁹.

Quanto ao princípio da legalidade e do Estado de Direito, o Comité declara que:

“16. **As salvaguardas relativas à derrogação, consagradas no artigo 4.º do Pacto, baseiam-se nos princípios da legalidade e do Estado de Direito inerentes ao Pacto no seu conjunto.** Como certos elementos do direito a um julgamento justo são expressamente garantidos pelo direito internacional humanitário durante os conflitos armados, o Comité não encontra qualquer justificação para a derrogação destas garantias durante outras situações de emergência. **O Comité é de opinião que os princípios da legalidade e do Estado de Direito exigem que os requisitos fundamentais de um jul-**

gamento justo sejam respeitados durante os estados de emergência. Só um tribunal judicial pode julgar e condenar uma pessoa pela prática de um delito penal. A presunção de inocência deverá ser respeitada. Para proteger os direitos inderrogáveis, o direito de intentar uma acção perante um tribunal para que este decida sem demora sobre a legalidade da detenção não pode ser prejudicado pela decisão do Estado Parte de derrogar as disposições do Pacto”¹²⁰.

* * *

Para além de consagrar uma longa lista de direitos que não podem ser derrogados em circunstância alguma, o artigo 27.º, n.º 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos torna inderrogáveis as “garantias judiciais indispensáveis para a protecção de tais direitos”. Esta expressão, que assume uma importância singular na jurisprudência do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, foi adoptada em 1969 pela Conferência Especializada Interamericana na sequência de uma proposta dos Estados Unidos¹²¹.

Quanto ao significado da expressão “garantias judiciais indispensáveis para a protecção” dos direitos inderrogáveis, o Tribunal Interamericano considera que:

“As garantias destinam-se a proteger, assegurar ou efectivar o gozo de um direito ou o seu exercício. Os Estados Partes têm a obrigação, não só de reconhecer e respeitar os direitos e liberdades das pessoas, como de proteger e garantir o exercício destes direitos e destas liberdades através das respectivas garantias (artigo 1.º, n.º 1), isto é, através de medidas apropriadas que garantam, em todas as circunstâncias, a efectividade destes direitos e destas liberdades”¹²².

Contudo, “a determinação dos recursos judiciais que são *indispensáveis* para a protecção dos direi-

¹²⁰ *Ibid.*, p. 206, parágrafo 16; destaque nosso.

¹¹⁹ Documento das Nações Unidas GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 206, parágrafo 15.

¹²¹ Documento da OEA OEA/Ser.K/XVI/1.2, Conferência Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, São José, Costa Rica, 7-22 de Novembro de 1969, *Actas y Documentos*, p. 448.

¹²² TIADH, Parecer Consultivo OC-8-87, 30 de Janeiro de 1987, *Habeas Corpus em Situações de Emergência* (artigos 27.º, n.º 2, 25.º, n.º 1 e 7.º, n.º 6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), Série A, N.º 8, pp. 40-41, parágrafo 25.

tos que não podem ser suspensos depende dos direitos em causa. As garantias judiciais *indispensáveis* para assegurar os direitos relativos à integridade física da pessoa humana são necessariamente diferentes das que procuram proteger, por exemplo, o direito a um nome, que é também inderrogável”¹²³. Daqui decorre que os recursos judiciais indispensáveis no sentido do artigo 27.º, n.º 2 “são os que, em circunstâncias normais, garantirão efectivamente o pleno exercício dos direitos e liberdades protegidos por essas normas e cuja negação ou restrição poderá pôr em risco o seu pleno gozo”¹²⁴. Porém:

¹²³ *Ibid.*, p. 41, parágrafo 28.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 42, parágrafo 29.

“As garantias deverão ser, não só *indispensáveis*, mas também *judiciais*. O termo *judiciais* só pode referir-se aos recursos judiciais que são verdadeiramente capazes de proteger estes direitos. Está implícita nesta concepção a participação activa de um órgão judicial independente e imparcial com competência para se pronunciar sobre a legalidade das medidas adoptadas durante o estado de emergência”¹²⁵.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 42, parágrafo 30; destaque nosso.

Coube assim ao Tribunal decidir se as garantias consagradas nos artigos 25.º, n.º 1 e 7.º, n.º 6 da Convenção “devem considerar-se como constando entre as *garantias judiciais* que são *indispensáveis* para a protecção dos direitos inderrogáveis”¹²⁶. O artigo 25.º, n.º 1 da Convenção Americana diz o seguinte:

¹²⁶ *Ibid.*, p. 42, parágrafo 31.

“Toda a pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efectivo, perante os juízos ou tribunais competentes, que a proteja contra actos que violem os seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam a actuar no exercício das suas funções oficiais.”

O artigo 7.º, n.º 6 estabelece que:

“Toda a pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a lega-

lidade da sua prisão ou detenção e ordene a sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda a pessoa que se vir ameaçada de ser privada da sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa”.

Relativamente ao artigo 25.º, n.º 1, o Tribunal concluiu que o mesmo “exprime o instituto processual conhecido como *amparo*, o qual constitui um recurso simples e rápido destinado à protecção de todos os direitos reconhecidos pelas constituições e leis dos Estados Partes e pela Convenção”. Assim, claramente “pode também aplicar-se aos direitos que são expressamente mencionados no artigo 27.º, n.º 2 como direitos inderrogáveis em situações de emergência”¹²⁷. O artigo 7.º, n.º 6 seria apenas um dos componentes do instituto denominado de “amparo” protegido pelo artigo 25.º, n.º 1¹²⁸. Relativamente à importância fundamental do recurso de *habeas corpus* na protecção do direito da pessoa à vida e à integridade física, o Tribunal declarou:

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 42-43, parágrafo 32.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 44, parágrafo 34.

“35. Para que o *habeas corpus* cumpra o seu objectivo, que consiste em obter a determinação judicial da legalidade da detenção, é necessário que a pessoa detida seja levada a comparecer perante um juiz ou tribunal competente com jurisdição sobre si. Neste caso o *habeas corpus* desempenha um papel fundamental para garantir o respeito da vida e integridade física da pessoa, para prevenir o seu desaparecimento ou a ocultação do seu paradeiro e para a proteger contra a tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

36. Esta conclusão funda-se nas realidades experimentadas por alguns dos povos deste hemisfério nas últimas décadas, particularmente desaparecimentos, torturas e homicídios cometidos ou tolerados por alguns governos. Esta experiência demonstrou uma e outra vez que os direitos à vida e a um tratamento humano ficam em risco

sempre que o direito a *habeas corpus* é parcial ou totalmente suspenso”¹²⁹.

O Tribunal concluiu assim “que os *recursos de habeas corpus e de amparo* se contam entre os recursos judiciais que são essenciais para a protecção de vários direitos cuja derrogação é proibida pelo artigo 27.º, n.º 2 e servem, para além disso, para preservar a legalidade numa sociedade democrática”¹³⁰.

Quanto ao artigo 25.º, n.º 1 da Convenção, o Tribunal estatuiu ainda que a inexistência de um recurso efectivo para a violação de um direito garantido pela Convenção constitui, em si mesma, uma violação da Convenção. O recurso deverá ser “verdadeiramente efectivo” e sempre que “se revele ilusório em virtude das condições gerais do país, ou mesmo das circunstâncias concretas de determinado caso, [...] não pode ser considerado efectivo”¹³¹. Em “circunstâncias normais” estas conclusões “são válidas relativamente a todos os direitos reconhecidos pela Convenção”. Porém, na opinião do Tribunal:

“deverá também entender-se que a declaração de um estado de emergência – qualquer que seja o seu âmbito ou a sua denominação no direito interno – não pode implicar a suspensão ou ineficácia das garantias judiciais que a Convenção exige que os Estados Partes estabeleçam para a protecção dos direitos não sujeitos a suspensão ou derrogação pelo estado de emergência”¹³².

Para além disso, segundo o Tribunal, “o conceito de processo justo que o artigo 8.º da Convenção traduz deverá ser entendido como aplicável, no essencial, a todas as garantias judiciais referidas na Convenção Americana, mesmo durante a suspensão regulada pelo artigo 27.º da Convenção”¹³³. Lendo o artigo 8.º juntamente com os artigos 7.º, n.º 6, 25.º e 27.º, n.º 2 da Convenção

“chega-se à conclusão de que os princípios de um processo justo não podem ser suspensos no decorrer dos estados de excepção, na medida em que são condições necessárias para que os institutos processuais regulados pela Convenção sejam considerados garantias judiciais. Isto é ainda mais claro relativamente ao *habeas corpus* e ao *amparo*, que são indispensáveis para a protecção dos direitos humanos insusceptíveis de derrogação”¹³⁴.

Num parágrafo que resume as suas conclusões fundamentais quanto à questão das garantias judiciais, o Tribunal considerou que:

“as garantias judiciais essenciais à protecção dos direitos humanos não sujeitos a derrogação, segundo o artigo 27.º, n.º 2 da Convenção, são aquelas que a Convenção refere expressamente nos artigos 7.º, n.º 6 e 25.º, n.º 1, considerados no âmbito e dentro dos princípios do artigo 8.º, e também as necessárias à preservação do Estado de Direito, mesmo durante o estado de excepção que resulta da suspensão de garantias”¹³⁵.

Estes critérios de interpretação foram mais tarde aplicados no caso *Neira Alegria et al.*, no qual o Tribunal concluiu que o Peru tinha, em prejuízo de três pessoas, violado o direito a *habeas corpus* garantido pelo artigo 7.º, n.º 6 relativamente à proibição constante do artigo 27.º, n.º 2 da Convenção Americana. Neste caso “o controlo e a jurisdição das forças armadas sobre a Prisão San Juan Bautista traduziu-se numa implícita suspensão do recurso de *habeas corpus*, em virtude da aplicação dos Decretos Supremos que impuseram o estado de emergência e o estatuto de Zona Militar Restrita”¹³⁶. A repressão de um motim na prisão em causa tinha resultado na morte de um grande número de reclusos. Foi apresentado um pedido de *habeas corpus* em nome do Senhor Neira-Alegria e de dois outros presos que desapareceram após o motim. Os pedidos de *habeas corpus* foram contudo rejeitados com fundamento nas alegações de *que* os requerentes não haviam provado que os reclusos tinham

¹²⁹ *Ibid.*, p. 44, parágrafos 35-36.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 48, parágrafo 42; destaque nosso.

¹³¹ TIADH, *Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de Outubro de 1987, Garantias Judiciais em Estados de Emergência (artigos 27.º, n.º 2, 25.º e 8.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*, Série A, N.º 9, p. 33, parágrafo 24.

¹³² *Ibid.*, pp. 33-34, parágrafo 25.

¹³³ *Ibid.*, p. 35, parágrafo 29.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 35, parágrafo 30.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 39, parágrafo 38.

¹³⁶ TIADH, *Caso Neira Alegria et al., sentença de 19 de Janeiro de 1995*, documento da OEA OAS/Ser.L/V/III.33, doc. 4, *Relatório Anual de 1995 do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos*, p. 60, parágrafo 84.

sido raptados, de **que** os incidentes foram investigados pelos tribunais militares **e de que** “tais ocorrências caíam fora do âmbito da acção de *habeas corpus*”¹³⁷.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 59, parágrafo 79. Para uma violação dos artigos 7.º, n.º 6 e 25.º da Convenção Americana, vide também TIADH, *Caso Suárez Rosero, sentença de 12 de Novembro de 1997, Série C, N.º 35*, pp. 72-75, parágrafos 57-66.

Segundo as normas internacionais de direitos humanos, os princípios da legalidade e do Estado de Direito deverão ser garantidos em todas as circunstâncias, incluindo em situações de emergência pública que ameace a existência da nação (Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos) ou a segurança ou independência do Estado (Convenção Americana). Isto significa que, numa ordem constitucional respeitadora dos direitos humanos e liberdades fundamentais, a lei regula a conduta tanto do Estado como dos indivíduos.

Os direitos inderrogáveis deverão ser plenamente protegidos em tais situações de emergência. Para este fim, os Estados deverão garantir, em todas as circunstâncias, recursos internos eficazes que permitam às alegadas vítimas fazer valer os seus direitos perante os tribunais nacionais ou outras autoridades independentes e imparciais. Nenhuma medida derogatória, por mais legais que sejam, podem comprometer a eficácia desses recursos.

*O direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial é absoluto à luz do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos nos casos em que o processo penal possa resultar na imposição da **pena de morte**. Este processo deverá respeitar, em todas as circunstâncias, as garantias de um processo justo consagradas no artigo 14.º do Pacto, as quais são também, nesta medida, inderrogáveis. Deverá, naturalmente, ser ainda compatível com a proibição da retroactividade da lei penal definida pelas normas inderrogáveis constantes do artigo 15.º do Pacto.*

*A nível do continente americano, os recursos internos destinados a garantir o pleno gozo dos direitos inderrogáveis deverão ser de natureza **judicial**, como o pedido de **habeas corpus** e o recurso de **amparo**, devendo os processos judiciais em causa respeitar os **princípios de um processo justo**. Nesta medida, tais princípios são também inderrogáveis à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.*

4. Direitos Derrogáveis e Condição da Necessidade Estrita *

Tanto o artigo 4.º, n.º 1 do Pacto Internacional como o artigo 15.º, n.º 1 da Convenção Europeia consagram o princípio da proporcionalidade estrita, o que significa que, em situações de emergência pública que ameace a existência da nação, o Estado que procede à derrogação só pode tomar medidas que derroguem as suas obrigações jurídicas “na estrita medida em que a situação o exigir”. Nos termos do artigo 27.º, n.º 1 da Convenção Americana, o Estado em causa apenas pode tomar tais medidas “na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação”. Porém, como veremos mais adiante, a especificação do elemento temporal no artigo 27.º, n.º 1 nada acrescenta, em substância, ao que está já implícito na condição da necessidade estrita consagrada nos artigos 4.º, n.º 1 do Pacto e 15.º, n.º 1 da Convenção Europeia. Por último, o artigo 30.º da Carta Social Europeia de 1961 e o artigo F da Carta Social Europeia Revista, de 1996, estipulam que quaisquer medidas derogatórias que se adoptem se deverão limitar à “estrita medida em que a situação o exija”.

4.1 ABORDAGEM INTERPRETATIVA GERAL

4.1.1 ARTIGO 4.º, N.º 1 DO PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

O Comité dos Direitos do Homem observou que o princípio da proporcionalidade estrita constitui “um requisito fundamental de quaisquer medidas de derrogação do Pacto” e que tal requisito se reporta “à duração, cobertura geográfica e âmbito material do estado de emergência e de quaisquer medidas derogatórias a que se recorra em virtude da emergência. A derrogação de algumas das obrigações impostas pelo Pacto em situações de emergência distingue-se claramente das restrições ou limitações permitidas mesmo em circunstâncias normais por várias disposições do Pacto. Não obstante, a obrigação de limitar quaisquer derrogações ao estritamente imposto pelas exigências da situação reflecte o princípio da proporcionalidade, que é comum aos poderes de derrogação e

restrição”¹³⁸. Para além disso, o Comité assinala que:

“O mero facto de uma permissível derrogação de uma disposição específica poder, em si mesma, ser justificada pelas exigências da situação não afasta a obrigação de demonstrar que as medidas concretas tomadas em virtude da derrogação são impostas pelas exigências da situação. Na prática, isto garantirá que nenhuma disposição do Pacto, embora objecto de uma derrogação válida, se torne inteiramente inaplicável à conduta de um Estado Parte”¹³⁹.

Para além disso, a enumeração de direitos inderrogáveis constante do artigo 4.º, n.º 2 não pode justificar, mesmo na presença de uma ameaça à existência da nação, o argumento *a contrario* de que são permitidas derrogações ilimitadas dos direitos não mencionados nesse artigo, uma vez que “a obrigação jurídica de restringir todas as derrogações à estrita medida em que a situação o exige estabelece, tanto para os Estados Partes como para o Comité, o dever de proceder a uma análise cuidadosa com base numa avaliação objectiva da situação concreta, à luz de cada artigo do Pacto”¹⁴⁰.

Esta declaração demonstra claramente que o Comité fará a sua própria avaliação da estrita necessidade de quaisquer medidas derogatórias tomadas. O Comité confirma assim o parecer adoptado no caso *Landinelli Silva e Outros*, examinado nos seus primeiros anos de trabalho. Embora os factos deste caso, que dizia respeito a restrições drásticas dos direitos políticos dos membros de certos grupos políticos, tenham acabado por não ser analisados à luz do artigo 4.º do Pacto, o Comité procedeu a uma análise hipotética da necessidade estrita das medidas impugnadas com base no pressuposto de que existia uma situação de emergência no Uruguai¹⁴¹.

Em várias ocasiões, o Comité suscitou dúvidas quanto à compatibilidade com a condição da proporcionalidade estrita na sua análise dos relatórios periódicos dos Estados Partes. Por exemplo, mani-

festou “profunda preocupação com o contínuo estado de emergência existente em Israel, que tem estado em vigor desde a independência” e recomendou “que o Governo reveja a necessidade da contínua renovação do estado de emergência a fim de limitar tanto quanto possível o seu âmbito e aplicação territorial e a derrogação de direitos a ele associada”. Recordou em particular que alguns artigos não podem jamais ser objecto de derrogação e que outros apenas podem “ser restringidos na estrita medida em que a situação o exigir”¹⁴². A Espanha e o Reino Unido, entre outros, foram criticados pela utilização prolongada e excessiva de medidas de emergência. No caso de Espanha, o Comité declarou-se preocupado, por exemplo, com “a suspensão dos direitos dos suspeitos de terrorismo ao abrigo do artigo 55.º, n.º 2 da Constituição e com o facto de as circunstâncias terem dado origem ao que constituía uma legislação de emergência permanente”. No caso do Reino Unido, o Comité manifestou preocupação com “os excessivos poderes atribuídos à polícia pelas leis de combate ao terrorismo” na Irlanda do Norte, “as regras liberais relativas à utilização de armas de fogo pela polícia” e “as muitas medidas de emergência e sua prolongada aplicação”¹⁴³.

Estes poucos exemplos demonstram que o Comité está claramente preocupado com o âmbito **territorial, temporal e material** de quaisquer medidas de emergência adoptadas pelos Estados Partes.

4.1.2 ARTIGO 27.º, N.º 1 DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

No seu parecer consultivo sobre *Habeas Corpus em Situações de Emergência*, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos considerou que:

“Uma vez que o artigo 27.º, n.º 1 [da Convenção] prevê diferentes situações e dado que, para além disso, as medidas que podem ser tomadas em qualquer destas emergências deverão ser adaptadas «às exigências da situação», é claro que aquilo que possa ser admissível num tipo de emer-

¹³⁸ Comentário Geral N.º 29, in documento das Nações Unidas GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 203, parágrafo 4.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 203, parágrafo 6.

¹⁴¹ Comunicação N.º R.8/34, *J. Landinelli Silva and Others* (Parecer adoptado a 8 de Abril de 1981), in documento das Nações Unidas GAOR, A/36/40, p. 133, parágrafo 8.4.

¹⁴² Documento das Nações Unidas GAOR, A/53/40, p. 47, parágrafo 307.

¹⁴³ Documento das Nações Unidas GAOR, A/46/40, p. 45, parágrafo 183 (Espanha), e p. 102, parágrafo 411 (Reino Unido).

gência poderá não ser lícito noutra. A licitude das medidas tomadas para fazer face a cada uma das situações especiais referidas no artigo 27.º, n.º 1 dependerá além disso do carácter, da intensidade, da extensão e do contexto concreto da emergência e da correspondente proporcionalidade e razoabilidade das medidas”¹⁴⁴.

¹⁴⁴ TIADH, *Parecer Consultivo OC-8-87*, 30 de Janeiro de 1987, *Habeas Corpus em Situações de Emergência* (artigos 27.º, n.º 2, 25.º, n.º 1 e 7.º, n.º 6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), *Série A, N.º 8*, p. 39, parágrafo 22.

O direito de recorrer a medidas derogatórias ao abrigo do artigo 27.º constitui, por outras palavras, um instrumento flexível para fazer face a situações de emergência, um instrumento para trazer de volta a normalidade ao seio da comunidade. Daqui decorre que as derrogações que não possam contribuir para restaurar a paz, a ordem e a democracia não são lícitas à luz da Convenção.

No parecer consultivo acima referido, o Tribunal Interamericano declarou ainda que as medidas tomadas pelas autoridades públicas “deverão ser especificadas com precisão no decreto que proclama o estado de emergência” e que qualquer acção que vá para além dos limites do estritamente necessário para fazer face à emergência “será também ilícita apesar da existência da situação de emergência”¹⁴⁵. O Tribunal assinalou depois que, sendo ilícita a suspensão de garantias sem que estejam preenchidas as condições acima referidas,

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 46, parágrafo 38.

“39. [...] resulta que as medidas concretas aplicáveis aos direitos e liberdades que tenham sido suspensos não podem também violar estes princípios gerais. Dar-se-ia tal violação, por exemplo, se as medidas tomadas infringissem o regime jurídico do estado de emergência, se se prolongassem para além do prazo estabelecido, se fossem manifestamente irracionais, desnecessárias ou desproporcionadas ou se a sua adopção configurasse um desvio ou abuso de poder.

40. Se assim suceder, resulta que, num sistema regido pelo princípio do Estado de Direito, é inteiramente apropriado que um poder judicial autónomo e independente controle a legalidade de tais medi-

das verificando, por exemplo, se uma detenção baseada na suspensão da liberdade pessoal respeita a legislação autorizada pelo estado de emergência. Neste contexto, o *habeas corpus* adquire uma nova dimensão de importância fundamental”¹⁴⁶.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 46, parágrafos 39-40.

4.1.3 ARTIGO 15.º, N.º 1 DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem vindo a examinar a compatibilidade das medidas de derrogação com a condição de que deverão ser tomadas “na estrita medida em que o exigir a situação”, a propósito da utilização de poderes especiais de captura e detenção¹⁴⁷. Contudo, de acordo com a sua jurisprudência, deve ser deixada às autoridades nacionais uma “ampla margem de discricionariedade”, não apenas para determinar se o Estado se confronta com um “perigo público que ameace a vida da nação” mas também para decidir sobre “a natureza e o âmbito das derrogações necessárias para o afastar”¹⁴⁸. Porém,

¹⁴⁷ TEDH, *Caso Irlanda c. Reino Unido*, sentença de 18 de Janeiro de 1978, *Série A, N.º 25*, p. 79, parágrafo 211.

¹⁴⁸ TEDH, *Caso Irlanda c. Reino Unido*, sentença de 18 de Janeiro de 1978, *Série A, N.º 25*, p. 79, parágrafo 207; TEDH, *Caso Brannigan e McBride c. Reino Unido*, sentença de 26 de Maio de 1993, *Série A, N.º 258-B*, p. 49, parágrafo 43; e TEDH, *Caso Aksoy c. Turquia*, sentença de 18 de Dezembro de 1996, *Relatórios de 1996-VI*, p. 2280, parágrafo 68.

“As Partes Contratantes não gozam de uma discricionariedade ilimitada. Cabe ao Tribunal determinar, nomeadamente, se os Estados ultrapassaram a estrita medida exigida pela situação de crise. A margem interna de discricionariedade é pois acompanhada por uma supervisão a nível europeu [...] Simultaneamente, ao exercer a sua supervisão, o Tribunal deverá dar a devida importância a factores relevantes como a natureza dos direitos afectados pela derrogação, as circunstâncias conducentes à situação de emergência e a duração da mesma”¹⁴⁹.

¹⁴⁹ TEDH, *Caso Brannigan and McBride c. Reino Unido*, sentença de 26 de Maio de 1993, *Série A, N.º 258-B*, pp. 49-50, parágrafo 43; e TEDH, *Caso Aksoy c. Turquia*, sentença de 18 de Dezembro de 1996, *Relatórios de 1996-VI*, p. 2280, parágrafo 68.

Prestando especial atenção aos argumentos apresentados pelo Governo em favor das derrogações, o Tribunal examinou detalhadamente, como veremos mais adiante, a questão da alegada necessidade

das medidas derogatórias, incluindo a questão das salvaguardas contra os abusos.

*As derrogações de obrigações de direitos humanos não podem ir para além do **estritamente imposto pelas exigências da situação**. Isto significa que as medidas pertinentes deverão ser adaptadas às “exigências da situação” em termos da respectiva aplicação territorial, conteúdo material e duração.*

As medidas derogatórias que desrespeitem a condição da necessidade estrita são proibidas e têm de ser avaliadas à luz das normas jurídicas aplicáveis em circunstâncias normais.

Os órgãos internacionais de controlo têm o direito e o dever de fazer a sua própria avaliação independente da necessidade estrita de quaisquer medidas derogatórias tomadas pelos Estados Partes.

Os Estados Contratantes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem têm uma “ampla margem de discricionariedade” para avaliar a estrita necessidade das medidas em causa, margem de discricionariedade essa que é, contudo, acompanhada por uma supervisão a nível europeu.

4.2 DIREITO A RECURSOS EFICAZES

O Comité dos Direitos do Homem observa no seu Comentário Geral n.º 29 que o artigo 2.º, n.º 3 do Pacto Internacional “exige que um Estado Parte no Pacto garanta recursos contra qualquer violação das disposições do Pacto”.

“Esta norma não é mencionada na lista de disposições inderrogáveis constante do artigo 4.º, n.º 2, mas constitui uma obrigação imposta pelo tratado que é inerente ao Pacto no seu conjunto. Mesmo que um Estado Parte, durante um estado de emergência e na estrita medida em que a situação o exigir, possa introduzir ajustamentos ao funcionamento prático dos procedimentos reguladores dos recursos judiciais ou outros, esse Estado Parte tem de respeitar a obrigação funda-

mental, à luz do artigo 2.º, n.º 3 do Pacto, de garantir um recurso que seja eficaz”¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Documento das Nações Unidas GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 206, parágrafo 14.

Por outras palavras, mesmo nas situações em que um Estado Parte conclui que uma ameaça à existência da nação lhe exige que derogue as suas obrigações à luz do Pacto, continua juridicamente vinculado a garantir recursos eficazes às vítimas de violações de direitos humanos, incluindo as que são vítimas de uma aplicação excessiva ou inadequada das medidas de emergência.

O Comité manifestou assim preocupação “com a inexistência de salvaguardas e recursos eficazes à disposição dos indivíduos durante um estado de emergência” no Gabão e recomendou que o Estado Parte “estabeleça na sua legislação recursos eficazes que sejam aplicáveis no decorrer de um estado de emergência”¹⁵¹. O Comité sublinhou também que as disposições constitucionais e legais da Colômbia “devem garantir a possibilidade de controlo pelos tribunais do respeito do artigo 4.º do Pacto”¹⁵².

* * *

No seu parecer consultivo sobre *Garantias Judiciais em Estados de Emergência*, o Tribunal Interamericano declarou a respeito das medidas derogatórias que o artigo 27.º, n.º 1 impõe a obrigação geral “de que em qualquer estado de emergência existam meios apropriados para controlar as medidas tomadas, de forma a que sejam proporcionais às necessidades e não ultrapassem os apertados limites impostos pela Convenção ou decorrentes da mesma”¹⁵³.

¹⁵³ TIADH, *Parecer Consultivo OC-9/87, de 6 de Outubro de 1987, Garantias Judiciais em Estados de Emergência (artigos 27.º, n.º 2, 25.º e 8.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*, Série A, N.º 9, p. 31, parágrafo 21.

Quanto aos direitos que não tenham sido suspensos ou derogados, o Tribunal determinou inequivocamente que “a declaração de um estado de emergência – qualquer que seja o seu âmbito ou a sua denominação no direito interno – não pode implicar a suspensão ou ineficácia das garantias judiciais que a Convenção exige que os Estados

Partes estabeleçam para a protecção [desses] direitos”. Por outras palavras, “as garantias judiciais fundamentais para a eficácia dos direitos e liberdades não sujeitos a derrogação têm de ser preservadas”¹⁵⁴.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 34, parágrafo 25, e p. 39, parágrafo 39, e TIADH, *Caso Castillo Petruzzi et. al*, sentença de 30 de Maio de 1999, Série C, N.º 52, pp. 215-216, parágrafo 186.

* * *

A questão das salvaguardas contra a utilização excessiva ou abusiva das medidas de emergência a nível europeu será examinada mais adiante na secção 4.3, dado que se relaciona estreitamente com a condição da necessidade estrita de utilização de poderes especiais de prisão e detenção.

O dever jurídico dos Estados de garantir recursos internos eficazes contra violações de direitos humanos permanece inteiramente em vigor em situações de emergência pública relativamente aos direitos que não tenham sido derogados, incluindo os direitos inderrogáveis, que deverão ser plenamente garantidos em todas as circunstâncias.

Caso os Estados recorram a derrogações das suas obrigações à luz dos tratados de direitos humanos, têm de garantir recursos eficazes a fim de avaliar a estrita necessidade das medidas de emergência e impedir abusos, tanto em termos gerais como em qualquer caso concreto.

4.3 DIREITO À LIBERDADE E PODERES ESPECIAIS DE PRISÃO E DETENÇÃO

A utilização de poderes especiais de prisão e detenção é um dos meios mais comuns para fazer face a situações de crise. Tais medidas podem ser por vezes bastante abrangentes, envolvendo a eliminação da revisão judicial da legalidade do acto praticado, bem como a detenção ou internamento de longa duração, em resultado dos quais as pessoas privadas de liberdade podem ser privadas da possibilidade de ver as acusações contra si dirigidas examinadas em juízo por um tribunal independente e imparcial que aplique as garan-

tias de um processo justo. De um ponto de vista jurídico, a situação a nível internacional não é homogénea, parecendo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem disposto a ir mais longe do que o Comité dos Direitos do Homem ou a Comissão e o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos na exclusão da revisão judicial em tempos de crise. Contudo, desenvolvimentos jurídicos nesta matéria demonstram uma evolução no sentido de uma maior uniformidade de abordagem.

* * *

O Comité dos Direitos do Homem declarou inequivocamente que os Estados Partes não podem “em circunstância alguma invocar o artigo 4.º do Pacto como justificação para agir em violação do direito humanitário ou das normas cogentes de direito internacional, por exemplo [...] através da privação arbitrária de liberdade”¹⁵⁵. Conforme assinalado na subsecção precedente, o Comité declarou em termos igualmente firmes que o direito a um recurso eficaz deverá ser respeitado durante um estado de emergência. Daqui decorre que as pessoas privadas de liberdade “em tempo de uma emergência pública que ameaça a existência da nação” têm direito a dispor de um recurso eficaz para impugnar a legalidade da sua prisão ou detenção. Por outras palavras, os recursos judiciais, como o pedido de *habeas corpus*, deverão estar efectivamente disponíveis em todos os momentos. Sobre esta importante questão, o Comité foi mais longe na sua resposta à Sub-Comissão das Nações Unidas para a Prevenção da Discriminação e Protecção das Minorias (como era então designada) a propósito da sugestão de redacção de um terceiro protocolo facultativo ao Pacto:

¹⁵⁵ Documento das Nações Unidas GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 205, parágrafo 11.

“O Comité está convencido de que os Estados Partes entendem em geral que o direito a *habeas corpus* e a recurso de *amparo* não deve ser restringido em situações de emergência. Para além disso, o Comité é de opinião que os recursos previstos no artigo 9.º, n.ºs 3 e 4, lidos em conjunto com o artigo 2.º, são inerentes ao Pacto no seu conjunto. Tendo isto presente, o Comité acredita que existe um considerável risco de que a pro-

posta de um terceiro protocolo facultativo possa convidar implicitamente os Estados Partes a sentirem-se livres para derrogar as disposições do artigo 9.º durante estados de emergência caso não ratifiquem o protocolo facultativo proposto. Assim, o protocolo poderá ter o indesejável efeito de diminuir a protecção das pessoas detidas durante estados de emergência”¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Vide documento das Nações Unidas GAOR, A/49/40 (vol. I), anexo XI, p. 120. A primeira parte desta declaração foi também incluída no Comentário Geral N.º 29, mas apenas em nota de rodapé; vide GAOR, A/56/40 (vol. I), pp. 208-209, nota de rodapé i.

Das várias declarações do Comité dos Direitos do Homem, parece resultar claramente que as garantias consagradas no artigo 9.º, n.ºs 3 e 4 deverão ser efectivamente asseguradas em todas as circunstâncias, mesmo em situações de emergência pública que ameacem a vida da nação. Estas garantias compreendem, em particular, o direito de todo o indivíduo “preso ou detido sob acusação de uma infracção penal [a ser] prontamente conduzido perante um juiz ou uma outra autoridade habilitada pela lei a exercer funções judiciárias” (artigo 9.º, n.º 3) e o direito de todo o indivíduo “que se encontrar privado de liberdade por prisão ou detenção [...] de intentar um recurso perante um tribunal, a fim de que este estatua sem demora sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação se a detenção for ilegal” (artigo 9.º, n.º 4). Para uma interpretação destas normas, vide o Capítulo 5, sobre “Direitos Humanos e Prisão, Prisão Preventiva e Detenção Administrativa”.

* * *

Quanto à protecção do direito à liberdade e segurança à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a situação jurídica é clara na medida em que, quando são utilizados poderes especiais de prisão e detenção “em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte”, toda a pessoa a eles sujeita tem incondicionalmente direito a um recurso eficaz sob a forma de *habeas corpus* e *amparo*, conforme garantido pelos artigos 7.º, n.º 6 e 25.º, n.º 1 da Convenção, para a protecção dos direitos que não podem ser derrogados em conformidade com o artigo 27.º, n.º 2 da Convenção. Na medida em que os poderes espe-

ciais de prisão e detenção possam, em si mesmos, ser autorizados pelo artigo 27.º, n.º 1 da Convenção, deverão igualmente existir recursos eficazes à disposição das pessoas privadas de liberdade que lhes permitam impugnar a compatibilidade da medida em causa com a condição da necessidade estrita.

* * *

A nível europeu, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem aceitou poderes extraordinários de prisão e detenção muito abrangentes, incluindo poderes de internamento, sem possibilidade de revisão judicial, no contexto da situação na Irlanda do Norte. Estes casos, como o caso *Irlanda c. Reino Unido*, são complexos e só um resumo relativamente breve das questões jurídicas que suscitaram será considerado no presente capítulo.

No caso *Lawless*, o Tribunal concluiu que os poderes especiais de detenção conferidos aos Ministros de Estado pela Lei (Emenda) de 1940 sobre Infracções contra o Estado eram contrários ao artigo 5.º, n.º 1 alínea c) e n.º 3 da Convenção Europeia em virtude do facto de a detenção por cinco meses do Senhor Lawless “não ter sido efectuada a fim de o fazer comparecer perante a autoridade judiciária competente e de, durante a detenção, a pessoa não ter sido de facto levada à presença de um juiz para ser julgada num prazo razoável” conforme imposto por essas normas¹⁵⁷. Segundo o Tribunal, o “significado corrente e natural” da redacção do artigo 5.º, n.º 1, alínea c) e n.º 3 “implica claramente a obrigação de levar qualquer pessoa presa ou detida em qualquer das circunstâncias contempladas pelas disposições do n.º 1, alínea c) a comparecer perante um juiz a fim de que este examine a questão da privação de liberdade ou decida sobre o fundo da questão”¹⁵⁸. Como o Senhor Lawless nunca foi levado a comparecer perante um juiz para qualquer destes fins, a sua detenção violou o artigo 5.º da Convenção e o Tribunal teve pois de apreciar se esta violação podia ser justificada à luz do artigo 15.º, n.º 1 da Convenção como uma medida tomada “na estrita medida em que o exigiu a situação” existente na Irlanda em 1957.

¹⁵⁷ TEDH, *Caso Lawless (Fundo da Questão)*, sentença de 1 de Julho de 1961, Série A, N.º 3, p. 53, parágrafo 15.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 52, parágrafo 14.

Após examinar os factos e os argumentos das partes no caso, o Tribunal concluiu que o Estado Contratante não tinha à sua disposição quaisquer outros meios que lhe permitissem fazer face à situação. Consequentemente, “a detenção administrativa [...] de indivíduos suspeitos de tentativa de participação em actividades terroristas *parecia*, apesar da sua gravidade, uma medida exigida pelas circunstâncias”¹⁵⁹. Os meios que o Tribunal havia excluído como capazes de fazer face à emergência eram os seguintes:

- “a aplicação da lei ordinária tinha demonstrado ser incapaz de afastar o perigo crescente que ameaçava a República da Irlanda”;
- “os tribunais penais ordinários, ou mesmo os tribunais penais especiais ou tribunais militares”;
- “as dificuldades na obtenção das provas necessárias para condenar as pessoas envolvidas nas actividades do IRA e seus grupos satélites”, processo que encontrava grandes dificuldades “em virtude do carácter militar, secreto e terrorista desses grupos e do receio que provocavam entre a população”;
- “o facto de esses grupos operarem sobretudo na Irlanda do Norte, estando as suas actividades na República da Irlanda limitadas praticamente à preparação de operações armadas transfronteiriças, constituía um obstáculo adicional à obtenção de provas suficientes”; e
- o facto de que “o encerramento da fronteira teria tido repercussões extremamente graves sobre a população no seu conjunto, para além da estrita medida exigida pela situação”¹⁶⁰.

O Tribunal observou em seguida que “a Lei (Emenda) de 1940 sobre Infracções contra o Estado estava subordinada a uma série de salvaguardas destinadas a impedir abusos no funcionamento do sistema de detenção administrativa”. Estas salvaguardas eram as seguintes: (1) a constante

supervisão da mesma pelo Parlamento e a criação de uma Comissão de Detenção composta por um membro das Forças de Defesa e dois juízes; (2) uma pessoa detida ao abrigo da Lei de 1940 “podia encaminhar o seu caso para a Comissão, cujo parecer, se favorável à libertação da pessoa em causa, era vinculativo para o Governo”; (3) os tribunais ordinários podiam “obrigar a Comissão de Detenção a desempenhar as suas funções”¹⁶¹. Por último, o Governo tinha anunciado publicamente que libertaria qualquer pessoa detida ao abrigo da Lei “que se comprometesse a respeitar a Constituição e a Lei e a não se envolver em actividades ilegais”¹⁶².

O Tribunal concluiu que, com estas salvaguardas, “a detenção sem julgamento prevista na Lei de 1940 *parece* constituir uma medida estritamente imposta pelas exigências da situação” no sentido do artigo 15.º da Convenção. O Tribunal foi ainda de parecer que, aplicada à pessoa do Senhor Lawless, a medida em causa não desrespeitou o princípio da necessidade estrita¹⁶³.

Questões semelhantes foram suscitadas anos mais tarde no caso *Irlanda c. Reino Unido*, relativo a vários poderes complexos de privação extrajudicial de liberdade utilizados pelo Reino Unido na Irlanda do Norte, os quais tinham a sua base legal nos Regulamentos 10 (captura), 11 (1) (captura), 11 (2) (detenção) e 12 (internamento), bem como no Despacho sobre Terrorismo (prisão preventiva e detenção) e na Lei sobre Disposições de Emergência (captura, prisão preventiva e detenção). Sem entrar na análise detalhada destes poderes, deve referir-se que o Regulamento 10 permitia a detenção de pessoas na ausência de “suspeita” de uma infracção, unicamente “para a preservação da paz e a manutenção da ordem” e era “por vezes utilizado também para interrogar as pessoas em causa sobre as actividades de terceiros”. Os outros Regulamentos exigiam suspeita de uma “infracção” e/ou “actividade prejudicial à preservação da

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 58, parágrafo 36; destaque nosso.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 58, parágrafo 37.

¹⁶² *Ibid.*, loc. cit.

¹⁶³ *Ibid.*, pp. 58-59, parágrafos 37-38; destaque nosso. Embora a Secção do Tribunal tenha sido unânime, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, que havia anteriormente examinado o caso, dividiu-se. No seio da Comissão, uma maioria de 8 contra 6 considerou que a detenção administrativa era uma medida estritamente imposta pelas exigências da situação. Os votos de vencido oferecem argumentos úteis para uma melhor compreensão das complexidades do caso *Lawless*. Para o Parecer da Comissão, vide TEDH, *Caso Lawless, Série B*, 1960-1961, pp. 113-156.

paz ou manutenção da ordem”¹⁶⁴. O Despacho sobre Terrorismo e a Lei sobre Disposições de Emergência “eram aplicáveis apenas aos indivíduos suspeitos de implicação na prática ou tentativa da prática de qualquer acto de terrorismo, isto é, de utilização de violência para fins políticos, ou na organização de pessoas para efeitos de terrorismo”¹⁶⁵.

Em termos gerais, o Tribunal concluiu que as medidas impugnadas violavam as disposições do artigo 5.º, n.º 1, alínea c), 5.º, n.º 2, 5.º, n.º 3 e 5.º, n.º 4 respectivamente, dado que **(1)** as detenções não foram efectuadas com o objectivo de levar o detido a comparecer perante a autoridade judiciária competente; **(2)** “as pessoas em causa não foram normalmente informadas do motivo pelo qual haviam sido detidas, tendo-lhes sido dito simplesmente [...] que a detenção foi efectuada ao abrigo de legislação de emergência” sem mais detalhes; **(3)** “as medidas impugnadas não foram tomadas a fim de fazer comparecer prontamente as pessoas em causa perante a autoridade judiciária competente”; **(4)** as pessoas presas ou detidas tinham “ainda menos direito a ser julgadas num prazo razoável ou postas em liberdade durante o processo”; **(5)** “não estava previsto o direito de recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da [...] detenção e ordene a [...] libertação [da pessoa], se a detenção for ilegal”¹⁶⁶.

Ao analisar se estas violações do artigo 5.º podiam ser justificadas à luz do artigo 15.º, n.º 1 da Convenção Europeia, o Tribunal examinou em primeiro lugar a questão de saber se a privação de liberdade contrária ao artigo 5.º, n.º 1 era ou não necessária e, em segundo lugar, a insuficiência de garantias para alcançar o nível fixado pelos n.ºs 2 a 4 do artigo 5.º¹⁶⁷.

Relativamente ao artigo 5.º, n.º 1, o Tribunal concluiu que “os limites da margem de discricionariedade conferida aos Estados Contratantes pelo artigo 15.º, n.º 1 não foram ultrapassados pelo Reino Unido quando formou a opinião de que a

privação extrajudicial de liberdade fora necessária de Agosto de 1971 a Março de 1975”¹⁶⁸.

“Inquestionavelmente, o exercício dos poderes especiais dirigia-se principalmente, e até 5 de Fevereiro de 1973 exclusivamente, contra o IRA enquanto força militar clandestina [...] que estava a criar, em Agosto de 1971 e daí em diante, um perigo particularmente vasto e agudo para a integridade territorial do Reino Unido, as instituições dos seis condados e as vidas dos habitantes da província [...] Confrontado com uma onda massiva de violência e intimidação, o Governo da Irlanda do Norte e depois, após a introdução da administração directa, o Governo Britânico, podiam supor razoavelmente que a legislação ordinária oferecia mecanismos insuficientes para a luta contra o terrorismo e que era necessário recorrer a medidas fora do âmbito da lei ordinária, sob a forma de privação extrajudicial de liberdade”¹⁶⁹.

Contudo, o Tribunal teve alguns problemas com o Regulamento 10, que permitia a detenção de uma pessoa “exclusivamente com o objectivo de obter dela informação sobre terceiros”. Na opinião do Tribunal, “este tipo de detenção pode justificar-se unicamente numa situação muito excepcional, mas as circunstâncias existentes na Irlanda do Norte inseriam-se nesta categoria”. Para além disso, a privação de liberdade era autorizada por um prazo máximo de 48 horas¹⁷⁰.

O Governo irlandês contrapôs que as medidas extraordinárias tinham demonstrado ser “ineficazes” uma vez que “não só não tinham conseguido travar o terrorismo como tinham resultado no seu agravamento”, factos que, na sua opinião, confirmavam “que a privação extrajudicial de liberdade não constituía uma necessidade absoluta”. Este argumento não foi aceite pelo Tribunal, que considerou que “a sua decisão deve ser tomada à luz, não de uma análise puramente retrospectiva da eficácia dessas medidas, mas das condições e circunstâncias em que foram originalmente tomadas e ulteriormente aplicadas”¹⁷¹.

¹⁶⁴ TEDH, *Caso Irlanda c. Reino Unido*, sentença de 18 de Janeiro de 1978, *Série A*, N.º 25, pp. 74-75, parágrafo 196.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 75, parágrafo 196.

¹⁶⁶ *Ibid.*, pp. 74-77, parágrafos 194-201.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 82, parágrafo 214.

¹⁶⁹ *Ibid.*, pp. 80-81, parágrafo 212.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 81, parágrafo 212.

¹⁷¹ *Ibid.*, pp. 81-82, parágrafo 214.

Quanto à inexistência das garantias prescritas pelo artigo 5.º, n.ºs 2 a 4 da Convenção Europeia, o Tribunal concluiu que “uma análise geral da legislação e da prática em causa demonstra que as mesmas evoluíram no sentido de um aumento do respeito pela liberdade individual. A previsão, desde o início, de garantias mais satisfatórias, de natureza judicial ou pelo menos administrativa, teria certamente sido desejável [...] mas seria irrealista isolar a primeira das últimas fases. Quando um Estado luta contra uma emergência pública que ameaça a existência da nação, ficaria indefeso se lhe fosse exigido que fizesse tudo de uma só vez, que fornecesse desde o início cada um dos meios de acção por si escolhidos com cada uma das salvaguardas compatíveis com as exigências prioritárias para um adequado trabalho das autoridades e para a reposição da paz no seio da comunidade. A interpretação do artigo 15.º deverá deixar espaço para adaptações progressivas”¹⁷².

¹⁷² *Ibid.*, p. 83, parágrafo 220.

Deverá sublinhar-se que o direito a um recurso judicial ou administrativo estava ausente, não só nos casos de privação de liberdade por 48 ou 72 horas, mas também nos casos em que os indivíduos eram internados ou privados de liberdade durante anos ao abrigo, por exemplo, do Regulamento 12 (1), do artigo 5.º do Despacho sobre Terrorismo e do parágrafo 24 da Tabela I da Lei sobre Disposições de Emergência. Não obstante, nas palavras do Tribunal, “o comité consultivo criado pelo Regulamento 12 (1) concedia, apesar da sua natureza não judicial, um certo grau de protecção que não pode ser ignorado. Ao estabelecer comissários e um tribunal de recurso, o Despacho sobre Terrorismo introduziu salvaguardas adicionais que foram de certa forma reforçadas pela Lei sobre Disposições de Emergência. Existia ainda a importante, embora limitada, revisão levada a cabo pelos tribunais, quando houvesse lugar a tal, em virtude da *common law*”¹⁷³.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 83, parágrafos 218-219. Deve sublinhar-se que o Tribunal tinha anteriormente considerado que a revisão judicial garantida por este processo de *habeas corpus* não tinha “um âmbito suficientemente lato” para efeitos do artigo 5.º, n.º 4 da Convenção, p. 77, parágrafo 200.

No caso *Brannigan e McBride*, relativo à legislação de combate ao terrorismo do Reino Unido, o Tribunal teve de examinar a *ausência de intervenção*

judicial no exercício do poder para deter suspeitos de terrorismo por um prazo máximo de sete dias. O caso resultou da derrogação efectuada pelo Governo do Reino Unido após o Tribunal ter constatado uma violação do artigo 5.º, n.º 3 no caso *Brogan e Outros*, no qual concluiu que os queixosos não tinham sido “imediatamente” apresentados a um juiz. Neste caso o Tribunal recordou que “o controlo judicial das ingerências do executivo no direito do indivíduo à liberdade constitui um elemento essencial das garantias consagradas no artigo 5.º, n.º 3 [e] está implícito no princípio do Estado de Direito, *um dos princípios fundamentais de uma sociedade democrática que é expressamente referido no Preâmbulo da Convenção*”¹⁷⁴.

¹⁷⁴ *TEDH, Caso Brogan and Others c. Reino Unido, sentença de 29 de Novembro de 1988, Série A, n.º 145-B, p. 32, parágrafo 58.*

Após rejeitar o argumento dos queixosos no caso *Brannigan e McBride* segundo o qual a derrogação não constituía uma verdadeira resposta a uma emergência e era prematura¹⁷⁵, o Tribunal concluiu que, tendo em conta: (1) “a natureza da ameaça terrorista na Irlanda do Norte”, (2) “o âmbito limitado da derrogação e as razões apresentadas em favor da mesma” e (3) “a existência de salvaguardas básicas contra os abusos”, o Governo do Reino Unido não tinha “ultrapassado a sua margem de discricionariedade ao considerar que a derrogação era estritamente imposta pelas exigências da situação”¹⁷⁶. Na sua fundamentação, o Tribunal referiu:

¹⁷⁵ *TEDH, Caso Brannigan and McBride c. Reino Unido, sentença de 26 de Maio de 1993, Série A, N.º 258-B, pp. 51-52, parágrafos 49-54.*

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 56, parágrafo 66.

- “as opiniões expressas em diversos relatórios relativos à aplicação da legislação sobre a Prevenção do Terrorismo, segundo as quais as dificuldades na investigação e julgamento de crimes de terrorismo tornam necessário alargar o período de detenção não sujeito a controlo judicial”, dificuldades essas que tinham sido reconhecidas na sentença do caso *Brogan e Outros*;
- que “o Governo visado continua a ser de opinião que é fundamental prevenir a revelação ao detido e seu advogado de informação relativa aos motivos pelos quais são toma-

das as decisões de prorrogar a detenção e que, no sistema de contraditório da *common law*, a independência do sistema judicial ficaria comprometida se os juízes ou outros funcionários judiciais fossem envolvidos na concessão ou aprovação dos prolongamentos de detenção”;

- que “ a introdução de um ¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 54, parágrafo 58.
juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais no processo de prorrogação dos períodos de detenção não garantiria necessariamente uma situação de conformidade com o artigo 5.º, n.º 3. Esta norma – como a do artigo 5.º, n.º 4 – deverá ser entendida como exigindo que se siga um processo de natureza judicial, embora tal processo não tenha necessariamente de ser idêntico em cada um dos casos em que se impõe a intervenção de um juiz”¹⁷⁷.

O Tribunal assinalou que não lhe cabia “substituir-se ao Governo, que tem a responsabilidade directa pelo estabelecimento de um equilíbrio entre a adopção de medidas eficazes de combate ao terrorismo, por um lado, e o respeito dos direitos individuais, por outro, na decisão sobre que medidas são mais adequadas ou oportunas no momento em causa para fazer face à situação de emergência [...] No contexto da Irlanda do Norte, em que os juízes são poucos e vulneráveis a ataques terroristas, a confiança do público na independência do poder judicial é, compreensivelmente, uma questão à qual o Governo atribui grande importância”¹⁷⁸. Resultou pois que o Governo não tinha “ultrapassado a sua margem de discricionariedade ao decidir, nas circunstâncias em causa, afastar o controlo judicial”¹⁷⁹.

Por último, o Tribunal ficou convencido de que existiam de facto *salvaguardas contra os abusos*, as quais garantiam “um importante grau de protecção contra as condutas arbitrárias e a detenção em regime de incomunicabilidade”. Estas salvaguardas eram as seguintes:

- “o recurso de *habeas corpus* [...] para aferir da legalidade da captura e detenção inicial”;
- o facto de “os detidos terem o direito absoluto e legalmente reclamável de consultar um advogado decorridas 48 horas após o momento da captura. Ambos os queixosos eram, na verdade, livres para consultar um advogado após esse período”;
- o facto de “dentro deste prazo, o exercício de tal direito apenas poder ser diferido caso existam motivos razoáveis para o fazer. É claro [...] que [...] a decisão de atrasar o acesso a um advogado é susceptível de revisão judicial e que, no âmbito deste processo, recai sobre as autoridades o ónus de demonstrar a existência de tais motivos razoáveis. Nestes casos, ficou demonstrado que a revisão judicial constitui uma forma rápida e eficaz de garantir que o acesso a um advogado não é negado arbitrariamente”;
- o facto de “os detidos terem o direito de informar um familiar ou amigo sobre a sua detenção e de ter acesso a um médico”¹⁸⁰.

Por último, é importante assinalar que, ao rejeitar as alegações dos queixosos segundo as quais a derrogação do Reino Unido tinha sido prematura, o Tribunal considerou que:

“A validade da derrogação não ¹⁸¹ *Ibid.*, p. 52, parágrafo 54.
pode ser posta em causa unicamente pela razão de que o Governo decidiu examinar se, no futuro, podia ser encontrada uma forma de garantir uma melhor conformidade com as obrigações impostas pela Convenção. Na verdade, tal processo de reflexão contínua está, não só em conformidade com o artigo 15.º, n.º 3, que exige uma revisão permanente da necessidade das medidas de emergência, mas também implícito na própria noção de proporcionalidade”¹⁸¹.

Por outras palavras, a exigência de que o Estado que procede à derrogação adopte apenas medidas

“na estrita medida em que o exigir a situação” significa não só que tais medidas deverão ser estritamente proporcionais à ameaça à vida da nação que justifica a sua introdução, mas também que o mesmo Estado deverá assegurar-se continuamente de que continuam a ser proporcionais à referida ameaça o que, a não suceder, implicará uma violação do artigo 15.º, n.º 1 da Convenção.

Esta conclusão foi confirmada no caso *Marshall c. Reino Unido*, declarado **inadmissível** pelo Tribunal e cujo fundo da questão não foi pois analisado. O autor queixou-se de que havia sido detido por um período de **sete dias** ao abrigo da secção 14 da Lei de Prevenção do Terrorismo (Disposições Temporárias) de 1989 sem ser apresentado a um juiz. Na sua opinião, este atraso constituía uma violação da obrigação de celeridade constante do artigo 5.º, n.º 3 da Convenção que não podia ser justificada à luz do artigo 15.º, n.º 1 como uma providência tomada “na estrita medida em que o exigir a situação” uma vez que as estatísticas demonstravam que “no período em causa a maioria dos indivíduos detidos ao abrigo da secção 14 da Lei de 1989 foram libertados sem acusação”, o que significaria que a polícia estava “a utilizar o poder para recolher informação, ou para deter pessoas contra as quais [existiam] muito poucas ou nenhuma provas”. O queixoso impugnou ainda a adequação das salvaguardas disponíveis¹⁸².

Conforme observado pelo Tribunal, o Governo apresentou a mesma justificação para a medida de prolongamento da detenção sem intervenção judicial que no caso *Brannigan e McBride*, justificação então aceite pelo Tribunal. No caso *Marshall*, o Tribunal decidiu que:

“no momento da detenção do queixoso a contínua utilização do sistema de detenção administrativa de suspeitos de terrorismo por períodos máximos de sete dias não resultou na ultrapassagem da margem de discricionariedade de que as autoridades dispõem para determinar a resposta à ameaça enfrentada pela comunidade. As razões apresentadas pelo Governo no caso *Brannigan e*

McBride contra o controlo ¹⁸³ *Ibid.*, p. 10.

judicial continuam a ser pertinentes e suficientes. Observa-se a este propósito que a ameaça de crimes terroristas era ainda real e que os grupos paramilitares na Irlanda do Norte conservavam a capacidade organizativa para matar e mutilar em larga escala. O queixoso alega que as autoridades poderiam ter contido o nível de violência que se registava no momento em causa através do direito penal ordinário. Observa a este respeito que violência em escala semelhante noutras partes do Reino Unido foi combatida sem recurso ao afastamento das garantias de um processo justo. O Tribunal analisou este argumento. Porém, considera que a fundamentação do queixoso não tem suficientemente em conta a natureza específica da violência que cerca a Irlanda do Norte e muito menos as considerações políticas e históricas que servem de cenário à situação de emergência, e que o Tribunal descreveu pormenorizadamente na sentença do caso *Irlanda c. Reino Unido*”¹⁸³.

Para além disso, oito anos após ¹⁸⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

a prolação da sentença no caso *Brannigan e McBride*, o Tribunal permanece “convencido” de que as salvaguardas contra os abusos continuam “a garantir um importante grau de protecção contra as condutas arbitrárias e a detenção em regime de incomunicabilidade”¹⁸⁴.

Por último, o Tribunal não acei- ¹⁸⁵ *Ibid.*, pp. 10-11.

tou o argumento do queixoso segundo o qual o Governo não tinha procedido “a uma verdadeira revisão da necessidade de continuação da derrogação do artigo 5.º, n.º 3”. Na verdade, estava “convencido com base no material perante si” de que as autoridades tinham “examinado elas próprias esta questão com frequência suficiente”, por exemplo através de revisões anuais e de debates parlamentares sobre qualquer proposta de renovação da legislação. O Tribunal observou que o Governo tinha finalmente retirado a derrogação em Fevereiro de 2001¹⁸⁵.

No caso *Aksoy*, o queixoso tinha permanecido detido na Turquia durante pelo menos **catorze dias**, nomeadamente sob suspeita de conivência e cumplicidade com os terroristas do PKK, sem ser apresentado a um juiz ou outro funcioná-

rio¹⁸⁶. O Tribunal sublinhou mais uma vez a importância do artigo 5.º no sistema da Convenção:

“ele consagra um direito fundamental, a protecção do indivíduo contra a ingerência arbitrária do Estado no seu direito à liberdade. O controlo judicial das ingerências do executivo no direito à liberdade do indivíduo constitui um elemento essencial da garantia consagrada no artigo 5.º, n.º 3, que se destina a minimizar o risco de arbitrariedade e a garantir o princípio do Estado de Direito [...] Para além disso, uma rápida intervenção judicial pode levar à detecção e prevenção de maus tratos graves, que [...] são proibidos pela Convenção em termos absolutos e inderrogáveis”¹⁸⁷.

O Governo turco procurou neste caso justificar a longa detenção sem revisão judicial “por referência às exigências específicas dos inquéritos policiais numa área geograficamente vasta confrontada com uma organização terrorista que recebia apoio do exterior”¹⁸⁸. Embora o Tribunal tenha reiterado “que a investigação de crimes de terrorismo coloca indubitavelmente problemas especiais às autoridades”, declarou não poder aceitar

“que seja necessário deter um suspeito durante catorze dias sem intervenção judicial. Este período é excepcionalmente longo e deixou o queixoso vulnerável, não só a uma ingerência arbitrária no seu direito à liberdade, mas também à tortura [...] Para além disso, o Governo não explicou ao Tribunal por que razão a luta contra o terrorismo no sudeste da Turquia tornava impraticável a intervenção judicial”¹⁸⁹.

Quanto à questão das *salvaguardas*, o Tribunal concluiu que, contrariamente ao sucedido no caso *Brannigan e McBride*, “o queixoso, que permaneceu detido durante um longo período de tempo, não tinha à sua disposição salvaguardas suficientes”.

“Em particular, a negação de acesso a um advogado, médico, familiar ou amigo e a inexistência

de qualquer possibilidade realista de ser presente a tribunal para avaliar a legalidade da detenção significaram que a pessoa foi deixada completamente à mercê dos seus captores”¹⁹⁰.

O Tribunal havia tido em conta “o inquestionavelmente grave problema do terrorismo no sudeste da Turquia e as dificuldades enfrentadas pelo Estado para adotar medidas eficazes de combate a este fenómeno. Porém, não [estava] convencido de que a situação exigisse a detenção do queixoso por suspeita de envolvimento em crimes de terrorismo durante catorze ou mais dias, em regime de incomunicabilidade e sem acesso a um juiz ou outro funcionário judicial”¹⁹¹. A Turquia tinha assim violado o artigo 5.º, n.º 3 da Convenção, violação que não podia ser justificada à luz do artigo 15.º, n.º 1.

O direito a uma protecção eficaz contra a ingerência arbitrária do Estado no direito da pessoa à liberdade é fundamental. O direito a um rápido controlo judicial das privações de liberdade desempenha um papel essencial na protecção do indivíduo contra a prisão e detenção arbitrárias.

Pode contudo recorrer-se a poderes especiais de prisão e detenção em situações de emergência pública que ameacem a vida da nação (níveis universal e europeu) ou a independência ou segurança do Estado em causa (continente americano), mas apenas na medida, e pelo tempo, em que a situação exija estritamente a utilização de tais poderes especiais.

Isto significa que os poderes especiais de prisão e detenção apenas são lícitos na medida em que sejam estritamente proporcionais à ameaça realmente colocada pela emergência.

Cabe ao Estado que procede à derrogação provar que as medidas são estritamente impostas pelas exigências da situação. Este dever jurídico implica que o Estado que procede à derrogação deverá manter sob revisão constante a necessidade das medidas.

*Os poderes especiais de prisão e detenção não podem **já** conduzir a prisões ou detenções arbitrárias ou a abusos de qualquer tipo. Para prevenir a arbi-* ↓

triedade e os abusos no exercício de tais poderes, durante as situações de emergência deverão ser mantidos recursos eficazes e salvaguardas adequadas, que deverão estar à disposição de toda a pessoa privada de liberdade em virtude de prisão ou detenção:

- Segundo o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o direito a um recurso judicial como o **habeas corpus** deverá estar disponível em todos os momentos a fim de avaliar a legalidade da privação de liberdade;
- A jurisprudência emanada ao abrigo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem varia em função da gravidade da emergência enfrentada pelo Estado que procede à derrogação e das salvaguardas disponíveis. Embora o Tribunal Europeu tenha aceite na sua jurisprudência mais recente **sete** dias de detenção sem intervenção judicial, desde que existam salvaguardas adequadas contra os abusos, incluindo acção de **habeas corpus**, a fim de avaliar a legalidade da captura e detenção inicial (Reino Unido), não aceitou como uma medida estritamente imposta pelas exigências da situação a detenção de uma pessoa durante **catorze** dias sem intervenção judicial e sem salvaguardas adequadas (Turquia);
- A nível europeu, entre as salvaguardas consideradas adequadas incluem-se, para além da revisão judicial sob a forma de habeas corpus, o acesso efectivo a um advogado, o direito de acesso a um médico e o direito de informar um familiar ou amigo acerca da captura e detenção. O Tribunal Europeu examina habitualmente a adequação destas salvaguardas **no seu conjunto**;
- Embora o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tenha sublinhado a conveniência de disponibilizar recursos adequados, de natureza judicial ou pelo menos administrativa, logo que os poderes especiais de prisão e detenção sejam introduzidos, aceitou como estritamente impostos pelas exigências da situação casos de detenção ou internamento prolongado sem tais recursos mas com salvaguardas alternativas. Contudo, a tendência na Europa parece ser também o reforço dos direitos das pessoas privadas de liberdade em virtude de poderes de emergência;
- Os órgãos internacionais de controlo têm vindo a sublinhar a importância da revisão judicial da legalidade da privação de liberdade para efeitos de protecção dos detidos contra a tortura e outras formas de maus tratos.

4.4 DIREITO A UM JULGAMENTO JUSTO E TRIBUNAIS ESPECIAIS

Como o direito a um julgamento justo por um tribunal competente, independente e imparcial não é expressamente considerado inderrogável quer pelo Pacto Internacional quer pelas Convenções Americana e Europeia, colocam-se questões quanto a que elementos deste direito fundamental podem ser derogados durante os estados de emergência.

Para uma análise geral do direito a um julgamento justo, *vide* os Capítulos 6 e 7 do presente Manual, onde se descrevem em algum detalhe os direitos consagrados no artigo 14.º do Pacto Internacional, no artigo 7.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, no artigo 8.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Nenhuma destas disposições refere, por exemplo, os tribunais militares ou outros tribunais especiais em si mesmos. Limitam-se a enunciar alguns princípios básicos que têm de ser aplicados por todos os tribunais chamados a pronunciar-se sobre uma acusação penal ou um direito ou obrigação (civil ou de outra natureza). A questão dos “Tribunais militares e outros tribunais e jurisdições especiais” foi analisada na subsecção 4.7 do Capítulo 4 do presente Manual e a secção 7 do Capítulo 7 versa sobre o “Direito a um Julgamento Justo e Tribunais Especiais”.

É importante recordar logo de início que o Princípio 5 dos Princípios Básicos das Nações Unidas Relativos à Independência da Magistratura estipula que:

“Todas as pessoas têm o direito de serem julgadas por tribunais comuns, de acordo com os processos legalmente estabelecidos. Não serão criados tribunais que não apliquem as normas processuais devidamente estabelecidas em conformidade com a lei, para exercer a competência que pertença normalmente aos tribunais comuns ou judiciais”.

Lembramos ainda que o Comité dos Direitos do Homem, no Comentário Geral n.º 13, declara que “as disposições do artigo 14.º aplicam-se a todos

os tribunais e a todas as jurisdições [...] comuns ou especializadas”. Para além disso, embora o Pacto não proíba os tribunais militares ou especiais,

“ainda assim as condições que estabelece indicam claramente que o julgamento de civis por esses tribunais deve ser muito excepcional e ter lugar em condições que assegurem verdadeiramente todas as garantias estabelecidas no artigo 14.º [...] Se os Estados Partes decidirem em circunstâncias de emergência pública, de acordo com o previsto no artigo 4.º, derrogar os procedimentos normais exigidos pelo artigo 14.º, deverão assegurar-se de que essas derrogações não vão além da estrita medida em que a situação concreta o exige, e respeitar as demais condições do n.º 1 do artigo 14.º”¹⁹².

No Comentário Geral N.º 29, o Comité dos Direitos do Homem declara que “Como certos elementos do direito a um julgamento justo são expressamente garantidos pelo direito internacional humanitário durante os conflitos armados, o Comité não encontra qualquer justificação para a derrogação destas garantias durante outras situações de emergência”. O Comité é de opinião que decorre dos princípios da legalidade e do Estado de Direito:

- Que “as exigências fundamentais de um julgamento justo deverão ser respeitadas durante um estado de emergência”;
- Que “só um tribunal pode julgar e condenar uma pessoa pela prática de um crime”; e
- Que “a presunção de inocência deverá ser respeitada”¹⁹³.

No caso *M. González del Río c. Peru*, o Comité defendeu ainda que “o direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial é um direito absoluto que não admite qualquer exceção”¹⁹⁴. No entanto, o Comité admitiu também que “seria simplesmente impra-

ticável esperar que todas as disposições do artigo 14.º possam permanecer plenamente em vigor em qualquer tipo de emergência”¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Vide a resposta do Comité à Sub-Comissão sobre a questão de um projecto de terceiro protocolo facultativo ao Pacto, in documento das Nações Unidas GAOR, A/49/40 (vol. I), anexo XI.

Os diversos comentários e pareceres do Comité dos Direitos do Homem parecem demonstrar claramente que o arguido, quer seja julgado por um tribunal comum quer por um tribunal especial, deverá beneficiar em todas as circunstâncias, incluindo situações de emergência pública, de um julgamento justo por um tribunal independente e imparcial e que se deve presumir inocente até que a sua culpa fique provada. O Comité tem ainda de definir como, e em que medida, as demais garantias consagradas no artigo 14.º podem ser restringidas em situações de emergência pública. Contudo, conforme expressamente referido no artigo 14.º, n.º 3 do Pacto, as garantias aí enunciadas são garantias mínimas a que “qualquer pessoa acusada de uma infracção penal [tem] direito, em plena igualdade”. Coloca-se assim a questão de saber se existe qualquer margem para limitar ainda mais estas garantias em situações de emergência pública. Garantias ou direitos “mínimos” semelhantes estão consagrados no artigo 8.º, n.º 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no artigo 6.º, n.º 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Para além disso, as disposições do artigo 7.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos não podem ser derogadas e são pois plenamente aplicáveis em situações de emergência pública.

* * *

Relativamente ao direito internacional humanitário, as quatro Convenções de Genebra de 1949 e os dois Protocolos Adicionais de 1977 prevêem uma série de garantias fundamentais de um processo justo. Embora as garantias variem consoante o tratado, incluem nomeadamente os seguintes aspectos de um processo justo:

- Direito de ser julgado por um tribunal que ofereça as garantias fundamentais de independência e imparcialidade;

¹⁹² *Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 123, parágrafo 4.

¹⁹³ Documento das Nações Unidas GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 206, parágrafo 16.

¹⁹⁴ Comunicação N.º 263/ 1987, *M. González del Río v. Peru* (Parecer adoptado a 28 de Outubro de 1992), GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 20, parágrafo 5.2; destaque nosso.

- Direito de acesso a um advogado;
- Direito a um intérprete;
- Direito do arguido a ser informado sem demora dos factos apresentados contra si e direito, antes e durante o julgamento, a todos os direitos e meios de defesa necessários;
- Direito de não ser condenado por uma infracção excepto com base na responsabilidade penal individual;
- Direito de estar presente no julgamento;
- Direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo;
- Direito de interrogar, ou de fazer interrogar, as testemunhas apresentadas contra si e de obter a comparência e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;
- Direito a que a sentença seja pronunciada em público;
- Direito de recurso¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Vide o artigo 49.º da Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha, de 1949; o artigo 50.º da Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar, de 1949; os artigos 105.º a 108.º da Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra; os artigos 71.º a 73.º da Convenção de Genebra Relativa à Protecção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, de 1949; o artigo 3.º comum às quatro Convenções de Genebra; o artigo 75.º, n.º 4 do Protocolo I às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais; e o artigo 6.º do Protocolo II às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais (Protocolo II).

Uma vez que todas estas garantias impostas pelo direito humanitário são aplicáveis em situações de conflito armado deverão, *a fortiori*, ser também asseguradas pelos Estados em situações de emergência de natureza menos grave. Este é também o entendimento do Comité dos Direitos do Homem no Comentário Geral N.º 29 (*vide supra*).

* * *

Um tribunal especial estabelecido para julgar certas categorias de crimes pode envolver uma discriminação contrária ao artigo 26.º do Pacto

sem violar necessariamente o artigo 14.º. O caso *Kavanagh c. Irlanda* dizia respeito ao Tribunal Penal Especial criado na Irlanda na sequência de proclamação do Governo de 26 de Maio de 1972 ao abrigo da Secção 35 (2) da Lei de 1939 sobre Infracções contra o Estado. O autor queixou-se de ter sido vítima de violação do artigo 14.º, n.º 1 do Pacto ao ser presente ao Tribunal Especial “que não lhe concedeu um julgamento com júri nem o direito de interrogar testemunhas numa fase preliminar”. Não lhe tinha pois sido proporcionado um julgamento justo¹⁹⁷. O autor reconheceu que “nem o julgamento com júri nem o interrogatório preliminar são em si mesmos exigidos pelo Pacto, e que a ausência de qualquer destes elementos ou de ambos não torna necessariamente o processo injusto”. Considerava no entanto que “todas as circunstâncias do seu julgamento pelo Tribunal Penal Especial tornaram este julgamento injusto”¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Comunicação N.º 819/1998, *Kavanagh v. Ireland* (Parecer adoptado a 4 de Abril de 2001), in documento das Nações Unidas GAOR, A/56/40 (vol. II), p. 133, parágrafo 10.1.

¹⁹⁸ *Ibid.*, loc. cit.

O Comité dos Direitos do Homem confirmou que “o julgamento em tribunais não ordinários não constitui necessariamente, e em si mesmo, uma violação do direito a um processo justo”, acrescentando que os factos do caso *Kavanagh* não demonstravam ter existido tal violação¹⁹⁹. Por outro lado, a decisão do Director do Departamento de Acusação Pública (DPP) de acusar o autor perante um tribunal de constituição extraordinária privou-o “de certos procedimentos previstos no direito interno, diferenciando o autor de outras pessoas acusadas de infracções semelhantes nos tribunais comuns”. O julgamento com júri era considerado “uma protecção importante” no Estado Parte, tendo este último a obrigação de demonstrar que a decisão de julgar o autor através de um processo diferente “se baseou em fundamentos razoáveis e objectivos”²⁰⁰. O Comité observou depois que a Lei sobre Infracções contra o Estado tipifica uma série de crimes específicos que podem ser julgados pelo Tribunal Penal Especial “caso o DPP seja de opinião que os tribunais comuns são *inadequados para garantir a efectiva administração da justiça*”. Porém, o Comité considerou problemático o seguinte:

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 133, parágrafo 10.2.

“mesmo partindo do princípio de que um sistema penal truncado para certos crimes é aceitável desde que seja justo, o Parlamento através da legislação tipificou infracções graves que poderiam ser abrangidas pela competência do Tribunal Penal Especial segundo a livre discricionariedade do DPP (“julgue apropriado”), e foi mais longe ao permitir que, como sucedeu no caso do autor, quaisquer outras infracções sejam julgadas pelo mesmo tribunal caso o DPP considere os tribunais comuns desadequados. Não é necessário fundamentar as decisões segundo as quais o Tribunal Penal Especial seria adequado ou os tribunais comuns *desadequados* e nenhuma razão para a decisão tomada neste caso concreto foram apresentadas ao Comité. Para além disso, a revisão judicial das decisões do DPP está na prática restringida às circunstâncias mais excepcionais e praticamente indemonstráveis”²⁰¹.

O Comité concluiu assim que a Irlanda “não tinha demonstrado que a decisão de julgar o autor no Tribunal Penal Especial se baseou em fundamentos razoáveis e objectivos”. Resultou assim ter havido violação dos respectivos direitos à luz do artigo 26.º. Dada esta conclusão, o Comité considerou ser “desnecessário” analisar a questão da igualdade perante os tribunais enunciada no artigo 14.º, n.º 1²⁰², embora esta última disposição deva ser considerada *lex specialis* em comparação com o artigo 26.º do Pacto.

Embora o Comité possa não considerar um julgamento perante um tribunal especial necessariamente contrário ao artigo 14.º do Pacto, tem sido, conforme demonstrado no Capítulo 4, particularmente severo nos seus comentários sempre que tribunais militares são dotados de competência para julgar civis. No caso da Eslováquia, por exemplo, constatou com preocupação que “civis podem ser julgados por tribunais militares em certos casos, incluindo traição de segredos de Estado, espionagem e segurança do Estado”. Recomendou “que o Código Penal seja alterado a fim de proibir o julgamento de civis por tribunais militares *em quaisquer circunstâncias*”²⁰³. Relativamente ao Peru, o Comité saudou “com satisfação” a aboli-

ção dos tribunais “sem rosto” e “o facto de o crime de terrorismo ter sido transferido da competência dos tribunais militares para a competência dos tribunais penais comuns”²⁰⁴. Porém, o Comité deplorou o facto “de os tribunais militares continuarem a ter jurisdição sobre civis acusados de traição, que são julgados sem as garantias previstas no artigo 14.º do Pacto”. Referindo-se ao Comentário Geral N.º 13, sobre o artigo 14.º, sublinhou que “a jurisdição dos tribunais militares sobre civis não é compatível com uma administração da justiça equitativa, imparcial e independente”²⁰⁵.

Quanto ao Uzbequistão, o Comité constatou com preocupação “que os tribunais militares dispõem de uma ampla jurisdição”, que abrange também “casos civis e criminais quando, na opinião do executivo, as circunstâncias excepcionais de um caso concreto não permitam o funcionamento dos tribunais de competência genérica. O Comité [constatou] que o Estado Parte não forneceu informação sobre a definição de *circunstâncias excepcionais* e [ficou] preocupado pelo facto de estes tribunais disporem de competência para julgar casos civis e criminais que envolvam pessoas não militares, em violação dos artigos 14.º e 26.º do Pacto. O Estado Parte deve adoptar as necessárias medidas legislativas para restringir a jurisdição dos tribunais militares ao julgamento de pessoal militar acusado de infracções militares”²⁰⁶. Por último, o Comité recomendou que a Guatemala “altere a lei a fim de restringir a jurisdição dos tribunais militares ao julgamento de pessoal militar acusado de crimes de natureza exclusivamente militar”²⁰⁷.

* * *

No caso *Castillo Petruzzi et al.*, as alegadas vítimas tinham sido condenadas por traição por um tribunal militar “sem rosto” e condenadas a prisão perpétua. Como estavam acusadas de traição, havia que seguir “um processo sumário *no teatro de operações*, perante *juízes sem rosto*” e não eram permitidas acções com vista à efectivação de “garan-

²⁰⁴ Documento das Nações Unidas GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 45, parágrafo 4.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 47, parágrafo 12.

²⁰⁶ *Ibid.*, pp. 61-62, parágrafo 15.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 96, parágrafo 20.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 133, parágrafo 10.3.

²⁰² Documento das Nações Unidas GAOR, A/52/40 (vol. I), p. 60, parágrafo 381; destaque nosso.

tias judiciais”²⁰⁸. O próprio Senhor Castillo Petruzzi tinha sido condenado por traição por um Tribunal Militar Especial de Instrução e condenado a “prisão perpétua, com total desqualificação perpétua, reclusão contínua na cela durante o primeiro ano de prisão e depois trabalhos forçados”. Esta sentença foi confirmada pelo Tribunal Militar Especial e um pedido de declaração de nulidade do julgamento foi subsequentemente rejeitado pelo Juízo Especial do Supremo Tribunal de Justiça Militar²⁰⁹. No momento do julgamento, estava em vigor no Departamento de Lima e Província Constitucional de Callo um estado de emergência, encontrando-se suspensas as seguintes garantias previstas na constituição peruana: inviolabilidade do domicílio, liberdade de circulação, direito de reunião, bem como captura e apresentação a um juiz²¹⁰. Quanto ao julgamento do Senhor Castillo Petruzzi, ficou estabelecido *que* o seu advogado não foi autorizado a comunicar com ele “em privado, quer antes da audiência preliminar quer mesmo antes da prolação da sentença em primeira instância”, *que* o Senhor Castillo Petruzzi “permaneceu de olhos vendados e algemado durante toda a audiência preliminar” e *que* nem a ele nem ao seu advogado “foram mostradas as provas da acusação, não tendo sido permitido ao advogado de defesa contra-interrogar as testemunhas cujo depoimento constava do relatório de investigação policial”²¹¹.

O Tribunal Interamericano de Direitos Humanos concluiu, com os seguintes fundamentos, que o artigo 8.º, n.º 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos tinha sido violado no presente caso:

“128. [...] A transferência da jurisdição dos tribunais civis para os tribunais militares, permitindo assim aos tribunais militares julgar civis acusados de traição, significa que o tribunal competente, independente e imparcial previamente estabelecido por lei fica impedido de apreciar estes casos. Na verdade, os tribunais militares não são os tribunais previamente estabelecidos por lei para civis. Não tendo deveres ou funções militares, os civis não podem ter comportamentos que violem

²⁰⁸ TIADH, *Caso Castillo Petruzzi et. al, sentença de 30 de Maio de 1999, Série C, N.º 52, p. 162, parágrafo 86.10.*

²⁰⁹ *Ibid.*, pp. 170-171, parágrafos 86.36 e 86.40-86.43.

²¹⁰ *Ibid.*, pp. 159-160, parágrafo 86.5.

²¹¹ *Ibid.*, p. 168, parágrafo 86.30.

deveres militares. Sempre que um tribunal militar assume jurisdição sobre uma matéria que os tribunais comuns devem apreciar, o direito do indivíduo a ser julgado por um tribunal competente, independente e imparcial previamente estabelecido por lei e, *a fortiori*, o seu direito a um processo justo, são violados. Este direito a um processo justo, por seu turno, está intimamente ligado ao próprio direito de acesso aos tribunais.

129. Um princípio básico de independência do poder judicial é o princípio segundo o qual toda a pessoa tem o ser direito a ser ouvida pelos tribunais regulares, em conformidade com procedimentos previamente estabelecidos por lei. Os Estados não devem criar (t) *tribunais que não sigam os procedimentos devidamente estabelecidos do processo legal [...] a fim de transferir a jurisdição pertencente aos tribunais comuns ou judiciais.*

130. Nos termos do artigo 8.º, n.º 1 da Convenção Americana, o juiz presidente deverá ser competente, independente e imparcial. No caso em apreciação, as forças armadas, totalmente envolvidas na luta contra a insurreição, estão também a exercer acção penal contra as pessoas associadas a grupos insurrectos. Isto enfraquece consideravelmente a imparcialidade que todos os juízes devem ter. Para além disso, de acordo com a Lei de Justiça Militar, os membros do Supremo Tribunal de Justiça Militar, órgão supremo da justiça militar, são nomeados pelo ministro da tutela. Os membros do Supremo Tribunal de Justiça Militar decidem também quais dos seus subordinados serão promovidos e os incentivos que lhes serão concedidos; também distribuem funções. Só isto é suficiente para pôr seriamente em causa a independência dos juízes militares.

131. Este Tribunal tem defendido que as garantias a que toda a pessoa levada a julgamento tem direito deverão ser, não só fundamentais, mas também judiciais.

²¹² *Ibid.*, pp. 196-197, parágrafos 128-131; omitidas as notas de rodapé. No parágrafo 129 o Tribunal citou o Princípio 5 dos Princípios Básicos das Nações Unidas Relativos à Independência da Magistratura.

Está implícita nesta noção a participação activa de um órgão judicial independente e imparcial com competência para decidir sobre a legalidade das medidas adoptadas durante um estado de emergência”²¹².

O Tribunal concluiu “que os tribunais militares que julgaram

²¹³ *Ibid.*, p. 197, parágrafo 132-133.

as alegadas vítimas pelos crimes de traição não satisfaziam as exigências implícitas nas garantias de independência e imparcialidade que o artigo 8.º, n.º 1 da Convenção Americana reconhece como essenciais a um processo justo”. Um problema adicional era o facto de os juízes que presidiram ao julgamento por traição não terem “rostro”, pelo que os arguidos não tinham “forma de saber a identidade do juiz que os julgava” e não podiam assim avaliar a sua competência²¹³.

* * *

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem examinou a conformidade dos tribunais marciais da Turquia com o artigo 6.º, n.º

²¹⁴ *TEDH, Caso Yalgin e Outros c. Turquia, sentença de 25 de Setembro de 2001, parágrafos 43-44 do texto da sentença publicado em: <http://echr.coe.int>.*

1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No caso *Yalgin e Outros*, por exemplo, dois dos queixosos alegaram que o seu direito a um processo justo tinha sido violado em consequência da sua condenação pelo Tribunal Marcial de Ankara, que carecia de independência e imparcialidade. O Tribunal Europeu constatou que o Tribunal Marcial tinha sido “criado para julgar infracções destinadas a comprometer a ordem constitucional e o seu regime democrático”. Concluiu, porém, que não lhe cabia “determinar *in abstracto* se era necessário o estabelecimento de tais tribunais num Estado Contratante nem rever a prática em causa, mas sim avaliar se a forma como um deles funcionou violou o direito dos queixosos a um julgamento justo”²¹⁴. Os Tribunais Marciais da Turquia têm cinco membros: dois juízes civis, dois juízes militares e um oficial do exército. A questão da independência e imparcialidade dos juízes militares e do oficial do exército foram analisadas em conjunto, ao passo que a independência e imparcialidade dos dois juízes civis não foi impugnada.

Os juízes militares escolhidos “foram nomeados com a aprovação do Chefe do Pessoal e por decreto assinado pelo Ministro da Defesa, o Primeiro Ministro e o Presidente da República. O oficial do exército, coronel, [...] foi nomeado por proposta do Chefe

do Pessoal e em conformidade com as regras reguladoras da nomeação de juízes militares.

²¹⁵ *Ibid.*, parágrafo 40.

²¹⁶ *Ibid.*, parágrafo 41.

O seu mandato [podia] terminar um ano após a nomeação”²¹⁵. Relativamente à existência de salvaguardas destinadas a proteger os membros do Tribunal Marcial contra as pressões externas, o Tribunal Europeu observou que “os juízes militares recebem a mesma formação profissional que os seus congéneres civis” e que “beneficiam de salvaguardas constitucionais idênticas às dos juízes civis. Não podem ser exonerados ou forçados a demitir-se antecipadamente sem o seu consentimento; têm assento a título individual como membros regulares de um Tribunal Marcial. Segundo a Constituição, deverão ser independentes e nenhuma autoridade pública pode dar-lhes instruções relativamente às suas actividades judiciais ou influenciá-los no desempenho das suas funções”²¹⁶.

Porém, três outros aspectos do seu estatuto punham em questão a sua independência e imparcialidade:

- Em **primeiro** lugar, “os juízes militares são funcionários que pertencem ainda ao exército, que por seu turno recebe ordens do executivo”;
- Em **segundo** lugar, “como o queixoso bem assinalou, continuam sujeitos à disciplina militar e são objecto de relatórios de avaliação para esse fim. Necessitam pois, para serem promovidos, de relatórios favoráveis tanto dos seus superiores administrativos como dos seus superiores judiciais”;
- Em **terceiro** lugar, “as decisões relativas à sua nomeação são, em grande medida, tomadas pelas autoridades administrativas e pelo exército”²¹⁷.

Por último, o oficial do exército

²¹⁸ *Ibid.*, loc. cit.

membro do Tribunal Marcial era “hierarquicamente subordinado do comandante marcial e/ou comandante do corpo militar em causa” e “de forma alguma independente destas autoridades”²¹⁸.

O Tribunal Europeu observou então que:

“mesmo as aparências podem ter alguma importância. O que está em causa é a confiança que os tribunais numa sociedade democrática devem inspirar no público e acima de tudo, relativamente aos processos penais, no arguido. Na decisão sobre se, num dado caso, existe uma razão legítima para recluir determinado tribunal carece de independência ou imparcialidade, o ponto de vista do arguido é importante, não sendo decisivo. Decisivo é o facto de saber se as suas dúvidas podem considera-se objectivamente justificadas”²¹⁹.

O Tribunal considerou ainda que:

“sempre que, como no caso presente, entre os membros de um tribunal se incluam pessoas em posição subordinada, em termos de deveres e organização de serviço, relativamente a uma das partes, os arguidos podem ficar com uma dúvida legítima quanto à independência dessas pessoas. Tal situação compromete gravemente a confiança que os tribunais devem inspirar numa sociedade democrática [...] Para além disso, o Tribunal atribui grande importância ao facto de um civil ter de comparecer perante um tribunal composto, embora apenas parcialmente, por membros das forças armadas”²²⁰.

À luz de todas estas considerações, o Tribunal foi de opinião que:

“os queixosos – julgados em Tribunal Marcial sob a acusação de terem tentado comprometer a ordem constitucional do Estado – podiam ter uma razão legítima para recluir serem julgados por um tribunal em cuja composição se incluíam dois juizes militares e um oficial do exército sob o comando do oficial que dirigia o estado de lei marcial. O facto de dois juizes civis, cuja independência e imparcialidade não estão em dúvida, terem assento no tribunal não faz qualquer diferença a este respeito”²²¹.

O Tribunal concluiu assim que tinha havido violação do artigo 6.º, n.º 1 da Convenção uma vez que “os receios dos queixosos quanto à falta de independência e imparcialidade do Tribunal Marcial

[podiam] ser considerados objectivamente justificados”²²².

* * *

Parece claro que, na actual fase de desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, não é provável que os órgãos internacionais de controlo concluíam que os tribunais especiais são em si mesmos contrários às normas de direitos humanos, mas tenderão a verificar se respeitam as garantias de um processo justo que essas normas impõem, incluindo o direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial em todas as circunstâncias. Sempre que oficiais militares ou outros membros das forças armadas integram um tribunal especial que julga um civil, os órgãos internacionais de controlo têm inevitavelmente concluído que esses tribunais não são independentes e imparciais conforme exigido pelas normas internacionais de direitos humanos (*vide* também o Capítulo 4, secção 4.7).

Toda a pessoa tem o direito, em todos os momentos, a ser julgada por um tribunal que seja competente, independente e imparcial e que respeite o direito a um julgamento justo e as garantias de um processo justo, bem como o direito à presunção de inocência até que a culpa fique provada.

Os julgamentos por tribunais especiais podem não violar em si mesmos o direito a um julgamento justo ou as garantias de um processo justo. Porém, é necessário cuidado para garantir que tais tribunais respeitam todos os requisitos básicos de um julgamento justo/ garantias de um processo justo, incluindo a exigência de que o tribunal seja competente, independente e imparcial. Como todos os tribunais ordinários, os tribunais de constituição especial deverão também respeitar escrupulosamente o princípio da igualdade perante a lei e a proibição da discriminação.

Os tribunais militares não são a priori competentes para julgar civis suspeitos da prática de delitos penais, dado ser improvável que administrem a justiça de forma justa, independente e imparcial.

↓

Os requisitos de um julgamento/processo justo definidos pelo direito internacional humanitário estabelecem um limite mínimo abaixo do qual nenhum Estado pode ir em momento algum. Uma vez que essas normas são prescritas para conflitos armados de carácter internacional ou interno, as situações de crise de natureza menos grave apelam à aplicação de normas mais exigentes.

As **garantias mínimas** dos processos penais enunciadas no artigo 14.º, n.º 3 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, no artigo 8.º, n.º 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no artigo 6.º, n.º 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem definem normas importantes, embora insuficientes, quanto às garantias de um processo justo que devem aplicar-se em todos os momentos, incluindo situações de emergência pública que ameacem a vida da nação (níveis universal e europeu) ou a independência ou segurança do Estado (continente americano).

5. Condição da Compatibilidade com Outras Obrigações Jurídicas Internacionais *

O artigo 4.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o artigo 27.º, n.º 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o artigo 15.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem estipulam que as medidas derogatórias não deverão ser “incompatíveis com outras obrigações” impostas ao Estado Parte pelo direito internacional. A mesma condição é estabelecida pelo artigo 30.º, n.º 1 da Carta Social Europeia e pelo artigo F (1) da Carta Revista.

A expressão “obrigações que lhes impõe o direito internacional” é ampla e pode, em teoria, ser interpretada de forma a compreender qualquer obrigação jurídica derivada de um tratado internacional ou do costume internacional, ou mesmo dos princípios gerais de direito, que seja relevante para o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais afectados pela derrogação. No Comen-

tário Geral N.º 29, o Comité dos Direitos do Homem observa a este propósito que:

“nenhuma medida de derrogação das disposições do Pacto pode ser incompatível com as outras obrigações que o direito internacional impõe ao Estado Parte, em particular as normas de direito internacional humanitário. O artigo 4.º do Pacto não pode ser lido como justificação para a derrogação do Pacto se esta derrogação implicar uma violação das outras obrigações do Estado, baseadas num tratado ou no direito internacional geral. Isto está também reflectido no artigo 5.º, n.º 2 do Pacto, segundo o qual não se admite qualquer restrição ou derrogação dos direitos fundamentais reconhecidos em outros instrumentos a pretexto de que o Pacto não reconhece tais direitos ou os reconhece em menor grau”²²³.

²²³ Documento das Nações Unidas GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 204, parágrafo 9.

Para que o Comité possa “ter em conta as demais obrigações internacionais do Estado Parte a fim de apurar se o Pacto permite que o Estado Parte derrogue determinadas obrigações do Pacto”, os Estados Partes devem, ao invocar o artigo 4.º, n.º 1 ou aquando da apresentação dos seus relatórios periódicos, “apresentar informação sobre as suas restantes obrigações internacionais relevantes para a protecção dos direitos em questão, em particular as obrigações aplicáveis em tempo de emergência [e] devem ter devidamente em conta os desenvolvimentos do direito internacional quanto às normas de direitos humanos aplicáveis em situações de emergência”²²⁴.

²²⁴ *Ibid.*, pp. 204-205, parágrafo 10.

No caso de países que tenham ratificado simultaneamente o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é particularmente importante que o Comité dos Direitos do Homem verifique se as medidas derogatórias das obrigações impostas pelo Pacto ao Estado Parte são compatíveis com as suas obrigações à luz da Convenção Americana, que consagra uma lista muito mais extensa de direitos inderrogáveis.

* * *

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem vindo a deixar claro que a sua função à luz da Convenção Europeia lhe exige que analise *proprio motu* a compatibilidade das medidas derogatórias com “as outras obrigações [do Estado Contratante] decorrentes do direito internacional”²²⁵. Porém, tanto no caso *Lawless* como no caso *Irlanda c. Reino Unido*, o Comité não dispunha de dados que sugerissem que o Estado que procedeu à derrogação tivesse ignorado tais obrigações. No último dos casos, observou em particular que “o Governo irlandês nunca forneceu à Comissão ou ao Tribunal detalhes precisos sobre a queixa formulada ou enunciada quanto a este ponto na sua petição”²²⁶. Tal como demonstram estes exemplos, embora o Tribunal tenha o dever de analisar *proprio motu* a compatibilidade das medidas derogatórias com “as outras obrigações [do Estado] decorrentes do direito internacional”, baseia-se em grande medida nos argumentos apresentados pela parte que alega uma violação deste princípio, ao invés de proceder ele próprio a um exame aprofundado.

²²⁵ TEDH, *Caso Lawless (Fundo da Questão)*, sentença de 1 de Julho de 1961, Série A, N.º 3, p. 60, parágrafos 40-41.

²²⁶ *Ibid.*, p. 60, parágrafo 41, e TEDH, *Caso Irlanda c. Reino Unido*, sentença de 18 de Janeiro de 1978, Série A, N.º 25, p. 84, parágrafo 222.

No caso *Brannigan e McBride*, o queixoso alegou que o Governo do Reino Unido tinha violado o princípio da compatibilidade consagrado no artigo 15.º, n.º 1 da Convenção dado que a emergência pública não havia sido “proclamada por um acto oficial” conforme exigido pelo artigo 4.º do Pacto Internacional. O Tribunal observou nesta ocasião que não lhe cabia definir autenticamente o significado da expressão “proclamada por um acto oficial” constante do artigo 4.º do Pacto, mas tinha ainda assim de analisar se existia “qualquer base plausível para a alegação do queixoso a este respeito”²²⁷. Concluiu porém que não existia “qualquer fundamento para os argumentos do queixoso”, referindo a este propósito a declaração proferida na Câmara dos Comuns pelo Secretário de Estado do *Home Department*, na qual ele “explicou em detalhe as razões subjacentes à decisão de derrogação do Governo e anunciou as medidas que estavam a ser tomadas para notificar a derrogação efectuada simulta-

²²⁷ TEDH, *Caso Brannigan and McBride c. Reino Unido*, sentença de 26 de Maio de 1993, Série A, N.º 258-B, p. 57, parágrafo 72.

neamente ao abrigo do artigo 15.º da Convenção Europeia e do artigo 4.º do Pacto Internacional. Acrescentou que existia *no Reino Unido uma situação de emergência pública no sentido destas disposições relativamente ao terrorismo ligado às questões da Irlanda do Norte*²²⁸. Na opinião do Tribunal, esta declaração, “que tinha carácter formal e tornou públicas as intenções do Governo quanto à derrogação, era consentânea com a noção de proclamação oficial”²²⁹.

²²⁸ *Ibid.*, p. 57, parágrafo 73.

²²⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

Por último, no caso *Marshall* o Tribunal declarou não encontrar “nada na referência do queixoso às observações do Comité dos Direitos do Homem das Nações Unidas que sugira que deva considerar-se que o Governo (do Reino Unido) está a violar as suas obrigações decorrentes do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos por manter a sua derrogação após 1995”. O queixoso não podia assim sustentar “que a manutenção em vigor da derrogação era incompatível com as obrigações impostas às autoridades pelo direito internacional”²³⁰.

²³⁰ TEDH, *Caso Marshall c. Reino Unido*, decisão sobre a admissibilidade de 10 de Julho de 2001, p. 11 da decisão conforme publicada em: <http://echr.coe.int>.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem demonstra, por outras palavras, que a menos que o queixoso tenha feito alegações claras e bem fundamentadas quanto ao suposto incumprimento por parte do Estado visado das suas “outras obrigações decorrentes do direito internacional”, o Tribunal não aceitará a queixa.

Quando recorrem a medidas que derrogam as suas obrigações impostas pelas normas internacionais de direitos humanos, os Estados deverão assegurar-se de que essas medidas não são incompatíveis com as suas “outras obrigações decorrentes do direito internacional”, tais como normas imperativas de direitos humanos, normas de direito internacional humanitário ou quaisquer outros princípios pertinentes que vinculem o Estado que procede à derrogação em virtude de um tratado internacional, do costume internacional ou dos princípios gerais de direito.

6. Condição da Não Discriminação



Segundo o artigo 4.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o artigo 27.º, n.º 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as medidas derogatórias não podem envolver “uma discriminação fundada unicamente sobre a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião ou a origem social”.

O artigo 15.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não contém semelhante referência ao princípio da não discriminação. Desde que o Estado Contratante da Convenção Europeia seja também Estado Parte no Pacto Internacional, não estará autorizado a adoptar medidas derogatórias com base nos fundamentos acima enunciados, mesmo nos termos do artigo 15.º da Convenção, dado que tais medidas não podem estar “em contradição” com “as outras obrigações decorrentes do direito internacional”. Em qualquer caso, existe uma certa flexibilidade inerente ao princípio da igualdade e não discriminação que possibilita aos Estados que procedem à derrogação adaptar as suas medidas às necessidades específicas da situação de crise sem violar as obrigações impostas pelo tratado. Conforme referido no Capítulo 13 do presente Manual, o princípio da igualdade e não discriminação não implica que todas as distinções feitas entre pessoas sejam ilícitas à luz do direito internacional. **Porém, as diferenciações apenas serão lícitas se prosseguirem um fim legítimo e forem proporcionais/razoáveis por referência a esse fim legítimo.** Desde que as medidas derogatórias diferenciadoras respeitem estes critérios, tanto em geral como no caso concreto em causa, serão lícitas. Uma vez que o princípio da igualdade e não discriminação constitui uma norma fundamental tanto do direito internacional dos direitos humanos como do direito internacional geral, as medidas derogatórias que discriminem pessoas ou grupos de pessoas não podem ser consideradas lícitas em circunstância alguma, mesmo ao abrigo de tratados que não incluam expressamente a proibição da discriminação na sua norma derogatória.

* * *

O Comité dos Direitos do Homem observou no Comentário Geral N.º 29 que, embora o artigo 26.º do Pacto ou as outras disposições relativas à discriminação (nomeadamente os artigos 2.º, 3.º, 14.º, n.º 1, 23.º, n.º 4 e 25.º)

“não tenham sido incluídos na lista de disposições inderrogáveis constante do artigo 4.º, n.º 2, alguns elementos ou dimensões do direito à não discriminação não podem ser derogados em circunstância alguma. Em particular, esta norma do artigo 4.º, n.º 1 deverá ser respeitada se forem feitas quaisquer distinções entre pessoas quando se recorre a medidas de derrogação do Pacto”²³¹.

* * *

A questão da discriminação no exercício de poderes extrajudiciais de prisão e detenção esteve em discussão no caso *Irlanda c. Reino Unido*, embora o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tenha decidido, por quinze votos contra dois, que não tinha ficado provado ter existido discriminação contrária ao artigo 14.º lido em conjunto com o artigo 5.º da Convenção Europeia²³². O Governo irlandês havia alegado que os poderes de excepção começaram por ser utilizados apenas contra “pessoas suspeitas de envolvimento com o terrorismo do IRA ou de possuírem informação sobre o mesmo” e que “mais tarde, foram também utilizados, mas em muito menor grau, contra supostos terroristas leais ao governo”²³³.

Analisando a diferença de tratamento entre o terrorismo lealista e republicano durante **a primeira fase** do período em consideração (1971 até final de Março de 1972), o Tribunal concluiu que “existiam profundas diferenças entre o terrorismo lealista e republicano. No período em questão, a grande maioria dos homicídios, explosões e outros desactos eram imputáveis aos republicanos” que tinham uma “organização muito mais estruturada” e “constituíam uma ameaça muito mais grave do que os terroristas leais ao governo” os quais podiam mais frequentemente ser presentes aos tribunais

²³¹ Documento das Nações Unidas GAOR, A/56/40 (Vol. 1), Relatório do Comité dos Direitos do Homem, p. 204, parágrafo 8.

²³² TEDH, *Caso Irlanda c. Reino Unido*, sentença de 18 de Janeiro de 1978, Série A, N.º 25, p. 95.

²³³ *Ibid.*, p. 85, parágrafo 225.

criminais²³⁴. Porém, **o segundo período** considerado (30 de Março de 1972 – 4 de Fevereiro de 1973) suscitou “questões delicadas”. Registou-se um “espectacular aumento do terrorismo leal ao governo”. O Tribunal não teve dúvidas de que “as razões que tinham pesado antes de 30 de Março de 1972 se tornaram cada vez menos válidas com o passar do tempo. Porém, o Tribunal [considerou] irrealista separar em períodos rígidos uma situação que era inerentemente mutável e estava em evolução constante” e, “tendo presentes os limites dos seus poderes de revisão, o Tribunal [não podia] afirmar que, durante o período em questão, o Reino Unido violou o artigo 14.º, considerado em conjunto com o artigo 5.º, ao empregar os poderes de emergência unicamente contra o IRA”²³⁵. O fim prosseguido ao longo deste período – “a eliminação da organização mais importante em primeiro lugar” – podia ser considerado legítimo e os meios empregues não [pareciam] desproporcionados”²³⁶.

²³⁴ *Ibid.*, p. 86, parágrafo 228.

²³⁵ *Ibid.*, pp. 86-87, parágrafo 229.

²³⁶ *Ibid.*, p. 87, parágrafo 230.

Porém, a data de 5 de Fevereiro de 1973 assinalou um ponto de viragem uma vez que, daí em diante, “a privação extrajudicial de liberdade foi utilizada para combater o terrorismo enquanto tal [...] e não mais apenas determinada organização”. Tendo em conta toda a panóplia de processos legais aplicados na campanha contra as duas categorias de terroristas, o Tribunal concluiu que “a diferença de tratamento inicial não continuou durante o último período considerado”²³⁷.

²³⁷ *Ibid.*, pp. 87-88, parágrafo 231.

Quando recorrem a medidas que derrogam as suas obrigações jurídicas à luz do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os Estados Partes deverão assegurar-se de que tais medidas não envolvem “uma discriminação fundada unicamente sobre a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião ou a origem social”.

Todos os Estados que efectuam derrogações deverão garantir, em todos os momentos, o princípio da igualdade e a proibição da discriminação, que constitui um princípio fundamental do direito internacional dos ↓

direitos humanos e do direito internacional geral. De acordo com a jurisprudência internacional, a proibição da discriminação é inerentemente flexível e permite que os Estados que procedem à derrogação tomem as medidas estritamente necessárias para ultrapassar a situação de emergência, desde que tais medidas prosigam um fim legítimo e sejam razoáveis/proporcionais face a esse fim.

7. Condição da Notificação Internacional



Quando os Estados Partes nos três principais tratados examinados no presente capítulo fazem uso do seu direito de derrogação, têm também a obrigação jurídica de respeitar o regime da notificação internacional. Tal como vimos na subsecção 2.2, *supra*, a aceitação desta obrigação foi um dos elementos essenciais introduzidos pelos autores a fim de prevenir abusos do direito de derrogação. Embora as disposições relativas à notificação constantes dos vários tratados não sejam idênticas, assemelham-se de muitas formas. O artigo 4.º, n.º 3 do Pacto Internacional tem a seguinte redacção:

“Os Estados Partes no presente Pacto que usam do direito de derrogação devem, por intermédio do secretário-geral da Organização das Nações Unidas, informar imediatamente os outros Estados Partes acerca das disposições derrogadas, bem como os motivos dessa derrogação. Uma nova comunicação será feita pela mesma via na data em que se pôs fim a essa derrogação”.

O Comité dos Direitos do Homem considera que “a notificação é essencial, não apenas para que o Comité desempenhe as suas funções, nomeadamente para avaliar se as medidas tomadas pelo Estado Parte foram estritamente impostas pelas exigências da situação, mas também para permitir que os demais Estados Partes controlem o cumprimento das disposições do Pacto”²³⁸. O Comité destaca “a obrigação de notificação inter-

²³⁸ Documento das Nações Unidas GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 207, parágrafo 17.

nacional imediata sempre que ²³⁹ *Ibid., loc. cit.*
um Estado Parte tome medidas que derroguem as obrigações que o Pacto lhe impõe. O dever do Comité de verificar se a lei e a prática do Estado Parte estão em conformidade com o artigo 4.º não depende do facto de o Estado ter procedido à notificação”²³⁹.

Dado o “carácter sumário” de ²⁴⁰ *Ibid.*
muitas das notificações recebidas no passado, o Comité sublinha que “a notificação deve incluir toda a informação acerca das medidas tomadas e uma explicação clara das razões que levaram à sua adopção, devendo ser anexada toda a documentação relativa à lei. São necessárias notificações adicionais caso o Estado Parte venha ulteriormente a tomar novas medidas ao abrigo do artigo 4.º, por exemplo o prolongamento da duração do estado de emergência. A obrigação de notificação imediata aplica-se igualmente em relação ao final da derrogação. Estas obrigações nem sempre têm sido respeitadas”²⁴⁰.

* * *

Segundo o artigo 27.º, n.º 3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

“Todo o Estado Parte que fizer uso do direito de suspensão deverá informar imediatamente os outros Estados Partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, das disposições cuja aplicação tenha suspenso, dos motivos determinantes da suspensão e da data em que tenha dado por terminada tal suspensão”.

Tal como no caso do artigo 4.º, n.º 3 do Pacto, o Estado que proceda a uma derrogação da Convenção Americana deverá (1) notificar **imediatamente** os outros Estados Partes da suspensão, (2) apresentar informação sobre as **disposições** que tenha suspenso e (3) indicar os **motivos** da suspensão. O Estado Parte deverá também indicar a data do termo da suspensão. O artigo 27.º, n.º 3, por outro lado, não obriga expressamente os Estados Partes a proceder a uma segunda notificação após o termo da suspensão.

* * *

O artigo 15.º, n.º 3 da Convenção Europeia estipula que:

“Qualquer Alta Parte Contratante que exercer este direito de derrogação manterá completamente informado o Secretário-Geral do Conselho da Europa das providências tomadas e dos motivos que as provocaram. Deverá igualmente informar o Secretário-Geral do Conselho da Europa da data em que essas disposições tiverem deixado de estar em vigor e da data em que as da Convenção voltarem a ter plena aplicação”.

Repare-se que o artigo 15.º, n.º 3 não exige expressamente que o Estado que procede à derrogação indique as **disposições** que derroga. Porém, a expressão “completamente informado” indica que o Estado deverá fornecer informação completa sobre as medidas derogatórias tomadas. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem competência para examinar *proprio motu* a conformidade da actuação do Estado com o artigo 15.º, n.º 3 nos casos submetidos à sua apreciação. Resulta da sua jurisprudência que a notificação deverá ser efectuada “sem demora”, condição que foi considerada cumprida no caso *Lawless*, no qual tinha havido um atraso de doze dias entre a data de entrada em vigor das medidas derogatórias e a apresentação da notificação²⁴¹. No mesmo caso, o Tribunal concluiu que o Governo tinha fornecido ao Secretário-Geral “informação suficiente sobre as medidas adoptadas e motivos que as provocaram” ao explicar por escrito que “as medidas tinham sido tomadas a fim de *impedir a prática de delitos contra a paz e a ordem públicas e prevenir a manutenção de outras forças militares ou armadas que não as autorizadas pela Constituição*”. O Tribunal constatou ainda que havia sido junta à comunicação uma cópia da legislação de emergência pertinente e a proclamação que suscitou a sua entrada em vigor²⁴².

O artigo 30.º, n.º 2 da Carta Social Europeia e o artigo F (2) da Carta Revista consagram, em termos materiais, uma obrigação de notificação

análoga, embora baste que a notificação seja efectuada “num prazo razoável”.

Embora os requisitos variem em certa medida de acordo com o tratado em causa, pode dizer-se em geral que um Estado Parte, ao exercer o seu direito de derrogação ao abrigo dos tratados internacionais de direitos humanos, deverá informar rapidamente os outros Estados Partes acerca das medidas derogatórias, através do secretário-geral da organização em causa, descrevendo tais medidas de forma suficientemente detalhada, indicando as razões que motivaram a sua adopção e, ao abrigo do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, enunciando as disposições derogadas.

O requisito de notificação internacional constitui um importante meio para prevenir abusos do direito de derrogação, uma vez que facilita a monitorização das acções do Estado pelos outros Estados Partes e pelos organismos de controlo da aplicação dos tratados.

8. Papel dos Juizes, Magistrados * do Ministério Público e Advogados na Garantia de uma Protecção Efectiva dos Direitos Humanos em Situações de Emergência

Nunca os direitos e liberdades da pessoa humana são tão frágeis como em tempos de instabilidade interna ou internacional. Para fazer face a uma emergência, os Governos decidem frequentemente tomar medidas que interferem, por vezes de forma drástica, em direitos como o direito à liberdade e segurança, o direito a um processo justo perante um tribunal independente e imparcial, o direito a vias de recurso eficazes para violações de direitos humanos, o direito à vida privada e o direito à liberdade de expressão, associação e reunião. O presente capítulo demonstrou porém que, de acordo com as normas internacionais de direitos humanos, deverá permitir-se, **em primeiro lugar**, que tribunais independentes e imparciais conti-

nuem a funcionar livremente durante uma situação de emergência a fim de garantir uma protecção eficaz dos direitos que não podem ser derogados em circunstância alguma. Em **segundo** lugar, os tribunais deverão, pelo menos ao abrigo do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, continuar a dispor de competência para exercer controlo a fim de que as medidas derogatórias – em termos gerais e no caso concreto – não excedam os limites do estritamente necessário para fazer face à situação de emergência. **Por último**, todos os tratados exigem que existam tribunais para garantir que os direitos não derogados continuem a ser plenamente assegurados na prática.

Estas exigências jurídicas básicas implicam que, mesmo em situações de emergência, os juizes, magistrados do Ministério Público e advogados deverão poder exercer as suas responsabilidades profissionais de forma imparcial e independente, livres de pressões ou ingerências externas. Os operadores judiciais deverão estar particularmente alerta para prevenir quaisquer abusos e excessos atentatórios dos direitos humanos cometidos em nome de uma situação de emergência, verdadeira ou não. Conforme vimos no presente capítulo, mesmo a luta contra o terrorismo deverá respeitar as regras fundamentais que protegem a pessoa humana contra a tortura e outras formas de maus tratos, detenção arbitrária e julgamentos iníquos por tribunais que não ofereçam as garantias de um processo justo. É dever profissional dos juizes, magistrados do Ministério Público e advogados fazer todo o possível para assegurar que o princípio da legalidade, o Estado de Direito e os direitos humanos fundamentais são efectivamente garantidos, mesmo em situações de emergência.

O dever dos magistrados do Ministério Público de investigar e instaurar acção penal obrigatoriamente em caso de violação de direitos como os direitos à vida, à integridade física, à liberdade e à segurança, permanece também intacto. Os magistrados do Ministério Público deverão estar alerta para qualquer acto que viole estes direitos, como o rapto, os desaparecimentos forçados, as execu-

ções extrajudiciais, a tortura ou outras formas de maus tratos, a detenção não reconhecida ou outras formas de privação arbitrária de liberdade. Os deveres jurídicos dos Estados de prevenir, investigar, julgar, punir e reparar estes tipos de violações de direitos humanos são igualmente válidos em situações de emergência.

Por seu turno, os advogados deverão continuar empenhados na defesa enérgica dos direitos e liberdades da pessoa humana mesmo em situações de emergência, embora as suas condições de trabalho possam, nesses momentos, ser particularmente difíceis.

9. Observações Finais *

Ao contrário do que por vezes se crê, o direito internacional dos direitos humanos estabelece uma série de normas jurídicas para fazer face a situações de emergência tão graves que constituam uma ameaça à vida da nação ou à independência ou segurança do Estado. Nestas situações, o núcleo fundamental dos princípios de direitos humanos

deverá continuar em vigor, devendo os operadores judiciais contribuir para que isto suceda de facto.

A opinião pública pode reclamar medidas duras e vingança em resposta a uma crise grave e os Governos podem muito bem ceder a estas exigências, recorrendo a medidas de segurança drásticas e generalizadas. Porém, a paz e a segurança têm a ganhar com uma administração da justiça equilibrada, também em tempos de adversidade. É uma boa lição lembrar que em momento algum da História demasiada justiça e respeito pelos direitos e liberdades individuais foi prejudicial para a paz, segurança e prosperidade, a nível nacional ou internacional. Em tempos de crise, um esforço concertado por parte de todos os agentes da sociedade, incluindo juízes, magistrados do Ministério Público e advogados, para manter o mais alto nível possível de protecção dos direitos humanos é, não só mais difícil, mas também mais necessário do que nunca para ajudar a restaurar uma ordem constitucional na qual todos possam voltar a desfrutar em pleno dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

* * *

Editor
Comissão Nacional para as Comemorações do 50.º Aniversário da Declaração
Universal dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas
para a Educação em matéria de Direitos Humanos

Gabinete de Documentação e Direito Comparado
Procuradoria-Geral da República
Rua do Vale de Pereiro, 2, 1269-113 Lisboa
www.gddc.pt

Tradução
Raquel Tavares
Gabinete de Documentação e Direito Comparado
Procuradoria-Geral da República

Revisão
Euarda Rascão
Gabinete de Documentação e Direito Comparado
Procuradoria-Geral da República

Título original
Human Rights in the Administration of Justice:
A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers.
Professional Training Series n.º 9 – United Nations

HR/P/PT/9
Publicação das Nações Unidas
N.º de venda E.02.XIV.3
ISBN: 92-1-154141-7
ISSN: 1020-1688

Design Gráfico
José Brandão | Paulo Falarido
[Atelier B2]

Impressão
Raínho & Neves, Lda | Santa Maria da Feira

Tiragem
1500 exemplares

ISBN
978-972-8707-27-9

Depósito Legal
260979/07

Primeira edição

