



the global voice of
the legal profession®

**Direitos Humanos na
Administração da Justiça:
Um Manual de Direitos Humanos
para Juízes, Procuradores e Advogados**

CONTEÚDO

Tabela de Conteúdos	iii
Prefácio pela International Bar Association	xxiv
Agradecimentos.....	
Abreviaturas	

Capítulo 1

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O PAPEL DOS PROFISSIONAIS DO DIREITO: INTRODUÇÃO GERAL		1-1
Objetivos do Aprendizado.....		1-1
Perguntas		1-1
1. Introdução.....		1-2
2. Origem, Significado e Escopo do Direito Internacional dos Direitos Humanos		1-2
2.1 A Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos		1-2
2.2 A dimensão ética dos Direitos Humanos		1-4
2.3 Direitos Humanos e seu impacto na paz, segurança e desenvolvimento nacional e internacional.....		1-6
2.4 As fontes do direito		1-7
2.4.1 <i>Tratados Internacionais</i>		1-9
2.4.2 <i>Direito consuetudinário internacional</i>		1-10
2.4.3 <i>Princípios gerais da lei reconhecida pela comunidade de nações</i>		1-13
2.4.4 <i>Meios subsidiários de determinação das normas de lei</i>		1-14
2.5 O direito internacional dos Direitos Humanos e o direito internacional humanitário: preocupações comuns e diferenças básicas		1-15
2.6 Reservas e declarações interpretativas dos tratados internacionais dos direitos humanos.....		1-16
2.7 Limites do exercício de direitos		1-17
2.8 Derrogações das obrigações legais internacionais		1-18
2.9 Responsabilidade internacional do estado por violações de direitos humanos.....		1-20
3. Empresas Comerciais e Direitos Humanos.....		1-22
4. Direito Internacional dos Direitos Humanos em Nível Nacional.....		1-24
4.1 Incorporando o direito internacional aos sistemas legais nacionais		1-24

4.2	A aplicação do direito internacional dos direitos humanos nos tribunais nacionais: alguns exemplos práticos.....	1-26
5.	O Papel dos Profissionais de Direito na Implementação dos Direitos Humanos	1-29
6.	Observações Finais	1-30

Capítulo 2

OS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DOS DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS E OS MECANISMOS

	PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO.....	2-1
	Objetivos da Aprendizagem	2-1
	Perguntas	2-1
1.	Introdução.....	2-2
1.1	Objetivo do capítulo	2-2
1.2	Os mecanismos de controle com base em tratados internacionais	2-2
1.3	Direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais	2-4
2.	Os Principais Tratados das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos e sua Implementação	2-5
2.1	O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966, e seus dois Protocolos, de 1966 e 1989	2-5
2.1.1	<i>Os compromissos dos Estados Partes</i>	2-6
2.1.2	<i>Os direitos reconhecidos</i>	2-7
2.1.3	<i>Restrições admissíveis ao exercício de direitos</i>	2-9
2.1.4	<i>Derrogações permitidas das obrigações legais</i>	2-11
2.1.5	<i>Os mecanismos de implementação</i>	2-13
2.2	O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1996	2-15
2.2.1	<i>Os compromissos dos Estados Partes</i>	2-15
2.2.2	<i>Os direitos reconhecidos</i>	2-16
2.2.3	<i>Limitações permitidas de direitos</i>	2-17
2.2.4	<i>Os mecanismos de implementação</i>	2-18
2.3	A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, e seus dois Protocolos Facultativos, de 2000	2-19
2.3.1	<i>Os compromissos dos Estados Partes</i>	2-20
2.3.2	<i>Os direitos concedidos</i>	2-20
2.3.3	<i>Limitação permitida do exercício de direitos</i>	2-23
2.3.4	<i>Os mecanismos de implementação</i>	2-24
2.4	A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime De Genocídio, de 1948.....	2-24
2.4.1	<i>Os compromissos dos Estados Partes</i>	2-25
2.4.2	<i>O objetivo legal da Convenção</i>	2-25

2.4.3	<i>Crimes internacionais: desenvolvimentos legais recentes</i>	2-26
2.5	A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas As Formas de Discriminação Racial, de 1965	2-27
2.5.1	<i>Os compromissos dos Estados Partes</i>	2-28
2.5.2	<i>O campo da não-discriminação protegido</i>	2-29
2.5.3	<i>Os mecanismos de implementação</i>	2-30
2.6	A Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984.....	2-31
2.6.1	<i>Os compromissos dos Estados Partes</i>	2-32
2.6.2	<i>O objetivo legal da Convenção</i>	2-32
2.6.3	<i>O mecanismo de implementação</i>	2-34
2.7	A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres, 1979, e seu Protocolo, de 1999	2-36
2.7.1	<i>Os compromissos dos Estados Partes</i>	2-36
2.7.2	<i>O objetivo legal específico da Convenção</i>	2-37
2.7.3	<i>Os mecanismos de implementação</i>	2-38
3.	Outros Instrumentos Adotados pela Assembléia Geral das Nações Unidas	2-40
3.1	Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, de 1981	2-40
3.2	Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos, de 1990	2-41
3.3	Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Alguma Forma de Detenção ou Prisão, de 1988	2-41
3.4	Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, de 1990	2-41
3.5	Princípios de Ética Médica aplicáveis à Atuação do Pessoal de Saúde, especialmente os Médicos, na Proteção de Pessoas Presas ou Detidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1982	2-42
3.6	Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, de 1979	2-42
3.7	Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), de 1990	2-43
3.8	Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinqüência Juvenil (Diretrizes de Riad), de 1990.....	2-43
3.9	Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração	

	da Justiça de Menores (Regras de Pequim), de 1985	2-43
3.10	Declaração dos Princípios Básicos de Justiça relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, de 1985.....	2-44
3.11	Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, de 1992.....	2-44
3.12	Declaração sobre os Direitos e as Responsabilidades dos Indivíduos, Grupos e Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger os Direitos Humanos e as Liberdades Individuais Universalmente Reconhecidos (“Declaração sobre os Defensores dos Direitos Humanos”), de 1998	2-45
4.	Instrumentos adotados pelo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento de Delinquentes.....	2-45
5.	Mecanismos Extra-Convencionais das Nações Unidas para Monitoramento dos Direitos Humanos.....	2-46
5.1	Procedimentos Especiais I: Mandatos Relativos a Temas e Países.....	2-46
5.2	Procedimentos Especiais II: O Procedimento de Queixas 1503.....	2-47
6.	Observações Finais.....	2-48

Capítulo 3

OS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E RESPECTIVOS

	MECANISMOS DE IMPLEMENTAÇÃO	3-1
	Objetivos da Aprendizagem.....	3-1
	Perguntas.....	3-1
1.	Introdução.....	3-2
2.	Tratados de Direitos Humanos na África e Respectiva Implementação	3-2
2.1	A Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, 1981.....	3-2
2.1.1	<i>Os compromissos dos Estados Participantes</i>	3-3
2.1.2	<i>Os direitos individuais e coletivos reconhecidos</i>	3-4
2.1.3	<i>Os deveres individuais</i>	3-5
2.1.4	<i>Limitações permitidas sobre o exercício de direitos</i>	3-6
2.1.5	<i>Desvios das obrigações legais</i>	3-6
2.1.6	<i>O mecanismo de implementação</i>	3-7
2.2	A Carta Africana de 1990 sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança.....	3-9
2.2.1	<i>Os compromissos dos Estados Participantes</i>	3-9
2.2.2	<i>Os direitos reconhecidos</i>	3-10
2.2.3	<i>Os deveres da criança</i>	3-11

2.2.4	<i>O mecanismo de implementação</i>	3-11
3.	Tratados Americanos de Direitos Humanos e Respectiva Implementação	3-12
3.1	A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 e seus Protocolos de 1988 e 1990.....	3-12
3.1.1	<i>Os compromissos dos Estados participantes</i>	3-13
3.1.2	<i>Os direitos reconhecidos</i>	3-15
3.1.3	<i>Limitações permitidas sobre o exercício de direitos</i>	3-17
3.1.4	<i>Desvios permitidos das obrigações legais</i>	3-20
3.1.5	<i>O mecanismo de implementação</i>	3-22
3.2	A Convenção Interamericana para Prevenir e Impedir Tortura, 1985.....	3-25
3.2.1	<i>O escopo da Convenção</i>	3-25
3.2.2	<i>Os compromissos dos Estados participantes</i>	3-25
3.2.3	<i>O mecanismo de implementação</i>	3-25
3.3	A Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas de 1994.....	3-26
3.3.1	<i>O escopo da Convenção</i>	3-26
3.3.2	<i>Os compromissos dos Estados participantes</i>	3-26
3.3.3	<i>O mecanismo de implementação</i>	3-27
3.4	A Convenção Interamericana sobre Prevenção, Punição e Erradicação de Violência contra Mulheres, 1994.....	3-28
3.4.1	<i>O escopo da Convenção</i>	3-28
3.4.2	<i>Os compromissos dos Estados participantes</i>	3-29
3.4.3	<i>Os mecanismos de implementação</i>	3-29
4.	Tratados Europeus de Direitos Humanos e sua Implementação	3-30
4.1	A Convenção Européia sobre Direitos Humanos de 1950, e seus Protocolos Nos. 1, 4, 6 e 7	3-30
4.1.1	<i>Os compromissos dos Estados participantes</i>	3-31
4.1.2	<i>Os direitos garantidos</i>	3-31
4.1.3	<i>Limites permitidos sobre o exercício de direitos</i>	3-33
4.1.4	<i>Desvios permitidos de obrigações legais</i>	3-35
4.1.5	<i>O mecanismo de implementação</i>	3-37
4.2	A Carta Social Européia de 1961 e seus Protocolos de 1988, 1991 e 1995	3-38
4.2.1	<i>Os compromissos dos Estados participantes</i>	3-38
4.2.2	<i>Os direitos reconhecidos</i>	3-39
4.2.3	<i>Limitação permitida sobre o exercício de direitos</i>	3-40
4.2.4	<i>Desvios permitidos das obrigações legais</i>	3-41
4.2.5	<i>O mecanismo de implementação</i>	3-41
4.3	A Carta Social Européia (revista) de 1996.....	3-43

4.4	A Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e Punição ou Tratamento Desumano ou Degradante, 1987	3-44
4.4.1	<i>Os compromissos dos Estados participantes e o mecanismo de monitoramento</i>	3-44
4.5	O Pacto Geral para a Proteção de Minorias Nacionais, 1995	3-45
4.5.1	<i>Os compromissos dos Estados participantes</i>	4-46
4.5.2	<i>Limitações permitidas sobre o exercício de direitos</i>	4-47
4.5.3	<i>O mecanismo de implementação</i>	4-48
5.	Observações Finais	4-48

Capítulo 4

A AUTONOMIA E A IMPARCIALIDADE DE JUÍZES, PROMOTORES E ADVOGADOS		4-1
Objetivos da Aprendizagem		4-1
Perguntas		4-1
Principais Diplomas Legais.....		4-2
1.	Introdução.....	4-3
2.	O Papel de Juízes, promotores e advogados em sustentar o direito, incluindo os padrões dos direitos humanos.....	4-3
3.	Desafios quanto a autonomia e imparcialidade das profissões jurídicas	4-5
4.	A lei internacional e a autonomia e imparcialidade do Judiciário	4-6
4.1	Lei Internacional aplicável	4-6
4.2	Princípios Básicos da Autonomia do Judiciário, 1985	4-7
4.3	As Noções de Autonomia e Imparcialidade: Conexões e Diferenças Básicas.....	4-8
4.4	A Noção de Autonomia Institucional	4-9
4.4.1	<i>Autonomia em relação a aspectos administrativos</i>	4-9
4.4.2	<i>Autonomia em relação a aspectos financeiros</i>	4-10
4.4.3	<i>Autonomia em relação a tomada de decisões</i>	4-10
4.4.4	<i>Competência jurisdicional</i>	4-11
4.4.5	<i>O direito e o dever de assegurar o devido processo legal e de proferir decisões fundamentadas</i>	4-11
4.5	A Noção da Autonomia Individual	4-12
4.5.1	<i>Nomeação</i>	4-13
4.5.2	<i>Estabilidade do cargo</i>	4-17
4.5.3	<i>Segurança financeira</i>	4-19

4.5.4	<i>Promoção</i>	4-20
4.5.5	<i>Responsabilidade</i>	4-20
4.5.6	<i>Liberdade de expressão e associação</i>	4-24
4.5.7	<i>Treinamento e ensino</i>	4-24
4.5.8	<i>O direito e dever de assegurar procedimentos judiciais justos e prolatar decisões fundamentadas</i>	4-25
4.6	A noção de imparcialidade	4-27
4.7	Tribunais militares e outras cortes especiais	4-31
5.	Lei Internacional e a Independência dos Promotores	4-40
5.1	Regras sobre a Função dos Promotores, 1990.....	4-40
5.2	Qualificações Profissionais	4-41
5.3	Status e condições de serviço	4-41
5.4	Liberdade de expressão e associação	4-42
5.5	O papel em procedimentos criminais	4-42
5.6	Alternativas à promotoria.....	4-43
5.7	Responsabilidade.....	4-43
6.	Legislação Internacional e Independência de Advogados	4-44
6.1	Legislação internacional aplicável	4-44
6.2	Deveres e responsabilidades.....	4-45
6.3	Garantias para o exercício da profissão de advogados	4-45
6.4	Advogados e liberdades fundamentais	4-47
6.4.1	<i>Permissão Executiva para o exercício da profissão jurídica</i>	4-48
6.4.2	<i>Direito a assembléia pacífica</i>	4-49
6.4.3	<i>O direito à liberdade de associação</i>	4-50
6.4.4	<i>O direito à liberdade de expressão</i>	4-51
6.5	Códigos de disciplina profissionais	4-52
7.	Conclusões finais	4-53

Capítulo 5

DIREITOS HUMANOS E PRISÃO, DETENÇÃO ANTES DO JULGAMENTO E DETENÇÃO

ADMINISTRATIVA.....	5-1
Objetivos da Aprendizagem	5-1
Perguntas	5-1
Instrumentos Legais Relevantes	5-2
1. Introdução.....	5-3
2. Prisões e Detenções sem Motivo Razoável: um Problema que Persiste	5-3
3. Direito à Liberdade e à Segurança da Pessoa: Campo de	

Aplicabilidade da Proteção Legal.....	5-4
3.1 Responsabilidade legal universal: Todos os Estados estão obrigados pela lei	5-4
3.2 A noção de segurança da pessoa: Responsabilidade do Estado para agir	5-4
4. Prisões e Detenções Legais.....	5-6
4.1 Os textos legais.....	5-6
4.2 As noções de legalidade e arbitrariedade: seu Significado	5-7
4.2.1 <i>Detenções não-reconhecidas, seqüestros e desaparecimentos involuntários</i>	5-11
4.3 Detenção após a condenação.....	5-14
4.4 Prisão e detenção por não-cumprimento de ordem legal de um tribunal ou para garantir o cumprimento de qualquer obrigação prescrita por lei	5-15
4.5 Detenção tendo como alegação a suspeita razoável de ter cometido um delito.....	5-15
4.5.1 O significado de “razoabilidade”.....	5-16
4.6 Detenção para impedir a fuga.....	5-17
4.7 Detenção administrativa.....	5-18
4.7.1 <i>Privação da liberdade para fins de supervisão Educativa</i>	5-19
4.7.2 <i>Privações da liberdade por razões de sanidade Mental</i>	5-19
4.7.3 <i>Privação da liberdade de pessoas que procuram asilo e para fins de deportação e extradição</i>	5-22
4.7.4 <i>Detenção preventiva e detenção por razões de ordem pública</i>	5-23
4.8 O direito de ser imediatamente informado sobre as razões para a prisão e detenção e de quaisquer acusações contra si	5-24
4.9 O direito de ser imediatamente levado perante um juiz ou outro magistrado.....	5-27
4.9.1 <i>O órgão legítimo responsável pela tomada de decisão</i>	5-32
5. O Direito a Julgamento dentro de um Tempo Razoável ou à Libertação até o Julgamento	5-33
5.1 A noção de “tempo razoável”.....	5-33
5.2 Alternativas para a detenção preventiva: garantias para comparecer ao julgamento.....	5-38
6. In O Direito de Ter a Legalidade da Detenção Decidida Rapidamente ou Sem Demora por um Tribunal	5-39
6.1 Os procedimentos legais que cumprem este requisito.....	5-41

6.2	As noções de “rapidamente” e “sem demora”	5-48
7.	O Direito de Acesso e Assistência de um Advogado	5-51
8.	O Direito à Indenização na Eventualidade de Privação Ilegal da Liberdade	5-52
9.	O Detenção incomunicada.....	5-53
10.	Comentários Finais	5-54

Capítulo 6

O DIREITO A UM JULGAMENTO JUSTO: PARTE I – DA INVESTIGAÇÃO AO JULGAMENTO.....		6-1
	Objetivos do Estudo	6-1
	Perguntas	6-1
	Instrumentos Legais Relevantes.....	6-2
1.	Introdução.....	6-3
2.	Tutela Efetiva do Direito a um Julgamento Justo: Um Desafio Mundial	6-3
3.	Os Textos Legais	6-4
4.	O Direito à Igualdade perante a Lei e Igual Tratamento pela Lei	6-5
5.	O Direito de ser Presumido Inocente: Garantia Geral da Suspeita a Condenação ou a Absolvição	6-7
6.	Direitos Humanos durante o Inquérito Criminal	6-10
6.1	O direito à inviolabilidade da vida privada, lar e correspondência dos indivíduos.	6-11
	6.1.1 <i>Escuta telefônica</i>	6-11
	6.1.2 <i>Buscas</i>	6-14
	6.1.3 <i>Intervenção na correspondência</i>	6-16
6.2	O direito ao tratamento humanitário e o direito a não ser submetido à tortura	6-18
6.3	O direito de ser informada sobre as acusações em uma língua que a pessoa compreenda	6-20
6.4	O direito à assistência jurídica.....	6-24
6.5	O direito de não ser forçado a testemunhar contra si mesmo / O direito de permanecer em silêncio	6-31
6.6	O dever de fazer o registro do interrogatório	6-34
6.7	O direito de ter tempo e recursos adequados para preparação da sua defesa	6-35
7.	Observações Finais	6-40

Capítulo 7

O DIREITO A UM JULGAMENTO JUSTO: PARTE II – DO JULGAMENTO À SENTENÇA FINAL.....		7-1
--	--	-----

Objetivos da Aprendizagem.....	7-1
Perguntas.....	7-1
Instrumentos Legais Relevantes.....	7-1
1. Introdução.....	7-3
2. As Previsões Legais.....	7-3
3. Direitos Humanos Durante o Julgamento.....	7-4
3.1 O direito de ser julgado por um tribunal competente, independente e imparcial, criado por lei	7-4
3.2 O direito a uma audiência justa	7-4
3.2.1 <i>O direito de acesso a uma corte ou tribunal</i>	7-7
3.2.2 <i>O direito à igualdade de armas e ao contraditório</i>	7-8
3.2.3 <i>A detenção de testemunhas</i>	7-11
3.2.4 <i>Instruções do juiz ao júri</i>	7-12
3.3 O direito a uma audiência pública.....	7-13
3.3.1 <i>O direito a um julgamento público</i>	7-16
3.4 O direito de ser julgado “sem atraso injustificado” ou “em tempo razoável”	7-18
3.5 O direito de defender-se pessoalmente ou por um advogado de sua própria escolha.....	7-23
3.5.1 <i>O direito à assistência judiciária efetiva em casos de pena de morte</i>	7-26
3.5.2 <i>O direito à assistência judiciária gratuita</i>	7-29
3.5.3 <i>O direito à comunicação privilegiada com seu advogado</i>	7-32
3.6 O direito de estar presente ao julgamento	7-33
3.6.1 <i>Julgamentos à revelia</i>	7-34
3.7 O direito de não testemunhar contra si mesmo ou de confessar-se culpado	7-35
3.7.1 <i>Proibição do uso de prova obtida por meios/tratamentos ilegais</i>	7-37
3.8 O direito de chamar, examinar ou fazer com que sejam examinadas as testemunhas	7-38
3.8.1 <i>Testemunha anônima</i>	7-42
3.9 O direito à assistência gratuita de um intérprete	7-45
3.10 O direito a uma sentença motivada	7-47
3.10.1 <i>A falta de uma decisão motivada e casos de pena de morte</i>	7-49
3.11 Liberdade por leis ex post facto / O princípio da nullum crimen sine lege	7-50
3.12 O princípio do ne bis in idem, ou proibição de duplo prejuízo.....	7-51
4. Limites à Punição	7-55

4.1	O direito de beneficiar-se de uma pena mais branda.....	7-55
4.2	Consistência com padrões legais internacionais.....	7-56
4.2.1	<i>Castigo corporal</i>	7-56
4.2.2	<i>Pena de morte</i>	7-58
5.	O direito de apelar	7-60
5.1	O direito ao amplo reexame	7-61
5.2	A disponibilização da sentença	7-62
5.3	Transcrições do julgamento.....	7-62
5.4	Preservação de provas	7-62
5.5	O direito à assistência judiciária	7-63
6.	O direito à compensação em caso de má administração da justiça.....	7-64
7.	O direito a um julgamento justo e tribunais especiais	7-65
8.	O direito a um julgamento justo em emergências públicas	7-67
9.	Conclusões.....	7-69

Capítulo 8

PADRÕES LEGAIS INTERNACIONAIS

	PARA A PROTEÇÃO DE PESSOAS	8-1
	Objetivos da Aprendizagem	8-1
	Perguntas	8-1
	Instrumentos Legais Relevantes.....	8-2
1.	Introdução.....	8-3
1.1	Uso de Termos	8-4
2.	A Proibição de tortura e Tratamento ou Punição Cruel, Desumana ou Degradante	8-4
2.1	Notas Introdutórias	8-4
2.2	A Responsabilidade Legal dos Estados	8-5
2.3	As noções de tortura e tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante: definições e compreensão	8-9
2.3.1	<i>Estupro como forma de tortura</i>	8-11
2.3.2	<i>O tratamento de detentos e prisioneiros</i>	8-14
2.3.3	<i>Punições Físicas</i>	8-17
2.3.4	<i>Experimentação Médica ou Científica</i>	8-19
2.4	Tortura autoridades de fiscalização e aplicação das leis, profissionais de saúde e promotores	8-19
3.	Requerimentos Legais Para Locais de Detenção e Registro de Detentos e Prisioneiros	8-22
3.1	Reconhecimento oficial de todos os locais de detenção.....	8-22
3.2	Registro de detentos e prisioneiros.....	8-23
4.	Condições de detenção e aprisionamento	8-26
4.1	Princípios básicos que regulam a detenção e o	

	aprisionamento	8-26
4.2	Acomodações	8-28
	4.2.1 <i>Separação de Categorias</i>	8-30
4.3	Higiene Pessoal, Comida, Saúde E Serviços Médicos	8-31
4.4	Religião	8-39
4.5	Atividades Recreativas	8-40
4.6	Confinamento Solitário	8-41
	4.6.1 <i>Detenção “Incomunicada”</i>	8-44
5.	Contatos com o Mundo Externo	8-48
5.1	Contatos com membros da família e amigos: visitas e correspondências	8-48
	5.1.1 <i>Os direitos dos detentos e dos prisioneiros às visitas</i>	8-51
5.2	Contatos com advogados: visitas e correspondências	8-53
6.	Inspeção de Locais de Detenção e Procedimentos de Queixas	8-59
6.1	Inspeção de locais de detenção	8-59
6.2.	Procedimentos para Queixas (veja também seção 2.2 acima, “Responsabilidade legal dos Estados”)	8-60
7.	O papel dos juízes, promotores e advogados na prevenção e remediação do tratamento ilegal de pessoas privadas de sua liberdade	8-63
8.	Observações finais	8-65

Capítulo 9

O USO DE MEDIDAS NÃO CARCERÁRIAS NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA		9-1
	Objetivos da Aprendizagem	9-1
	Perguntas	9-1
	Instrumentos Legais Relevantes	9-2
1.	Introdução	9-3
	1.1 Os objetivos das medidas não privativas de liberdade e as Regras de Tóquio Comentários gerais introdutórios	9-4
2.	Terminologia	9-4
	2.1 O termo “medidas não privativas de liberdade”	9-4
	2.2 O termo “criminoso”	9-5
	2.3 O termo “autoridade competente”	9-5
3.	Princípios Gerais Relativos a Medidas Não Privativas de Liberdade	9-5
	3.1 Os objetivos fundamentais das medidas não privativas de liberdade	9-5
	3.2 O objetivo das medidas não privativas de liberdade	9-8
	3.2.1 <i>O objetivo geral das medidas não privativas</i>	

	<i>de liberdade</i>	9-8
3.2.2	<i>A proibição de discriminação</i>	9-8
3.2.3	<i>Flexibilidade na aplicação</i>	9-9
3.3	Salvaguardas legais	9-11
3.3.1	<i>O princípio da legalidade</i>	9-11
3.3.2	<i>Os critérios para se recorrer a medidas não privativas de liberdade e a necessidade de discricionariedade</i>	9-12
3.3.3	<i>A exigência de consentimento</i>	9-12
3.3.4	<i>O direito à revisão</i>	9-13
3.3.5	<i>Restrições à imposição de medidas não privativas de liberdade</i>	9-14
4.	Opções de medidas não privativas de liberdade nos diferentes estágios do processo judicial.....	9-16
4.1	Medidas não privativas de liberdade no estágio pré-julgamento	9-16
4.2	Medidas não privativas de liberdade nos estágios de julgamento e sentença	9-18
4.3	Medidas não privativas de liberdade no estágio pós-sentença	9-20
5.	Implantação de medidas não privativas de liberdade	9-22
5.1	A supervisão de medidas não privativas de liberdade.....	9-23
5.2	A duração das medidas não privativas de liberdade.....	9-25
5.3	As condições relacionadas às medidas não privativas de liberdade	9-25
5.4	O processo de tratamento	9-26
5.5	Disciplina e quebra de condições	9-27
6.	O papel de juízes, promotores e advogados na escolha das alternativas à prisão.....	9-30
7.	Notas de Conclusão	9-30

Capítulo 10

	OS DIREITOS DA CRIANÇA NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA.....	10-1
	Objetivos da Aprendizagem	10-1
	Questões	10-1
	Instrumentos Legais Relevantes.....	10-2
1.	Introdução.....	10-4
1.1	Terminologia	10-5
2.	A Administração da Justiça e as Crianças: Preocupações Persistentes	10-5
3.	A definição de ‘criança’	10-6
3.1	A idade da maioridade em geral.....	10-6

3.2	A idade da responsabilidade criminal	10-6
4.	Os Direitos da Criança na Administração da Justiça:	
	Alguns Princípios Básicos	10-8
4.1	O princípio da não discriminação.....	10-9
4.2	O melhor interesse da criança	10-10
4.3	O direito da criança à vida, sobrevivência e desenvolvimento.....	10-10
4.4	O direito da criança de ser ouvida	10-11
5.	Os Objetivos da Justiça da Juventude.....	10-13
6.	O Dever de Criar um Sistema de Justiça da Juventude	10-16
7.	A Criança Acusada e a Administração da Justiça	10-16
7.1	O direito de liberdade da tortura e do tratamento e punição cruéis, desumanos ou degradantes	10-17
7.2	Tratamento geral da criança / o melhor interesse da criança	10-19
7.3	Alguns direitos processuais fundamentais	10-19
7.3.1	<i>O princípio de nullum crimen sine lege</i>	<i>10-20</i>
7.3.2	<i>O direito de ser presumido inocente</i>	<i>10-20</i>
7.3.3	<i>O direito à informação imediata e o direito à assistência legal</i>	<i>10-20</i>
7.3.4	<i>O direito de ser julgada sem demora</i>	<i>10-20</i>
7.3.5	<i>O direito de não se incriminar e o direito de examinar e ter testemunhas</i>	<i>10-22</i>
7.3.6	<i>O direito de revisão</i>	<i>10-23</i>
7.3.7	<i>O direito à assistência gratuita de um intérprete.....</i>	<i>10-23</i>
7.3.8	<i>O direito de respeito à privacidade.....</i>	<i>10-23</i>
8.	A Criança e a Privação da Liberdade	10-26
8.1	O significado da privação da liberdade	10-27
8.2	Privação da liberdade: uma medida de último recurso.....	10-27
8.3	Os direitos da criança privada de liberdade.....	10-28
8.3.1	<i>O direito a tratamento humano</i>	<i>10-28</i>
8.3.2	<i>O direito da criança de ser separada dos adultos.....</i>	<i>10-29</i>
8.3.3	<i>O direito da criança de permanecer em contato com sua família</i>	<i>10-30</i>
8.3.4	<i>Os direitos da criança ao pronto acesso à assistência legal e à objeção legal à detenção.....</i>	<i>10-30</i>
8.3.5	<i>A criança e as condições gerais da detenção.....</i>	<i>10-31</i>
8.3.6	<i>Os direitos da criança e as medidas disciplinares.....</i>	<i>10-33</i>
9.	Os Direitos da Criança e as Sanções Penais	10-35
10.	A Criança Acusada e a Questão do Redirecionamento	10-37
10.1	O significado do termo “redirecionamento”	10-37
10.2	Redirecionamento e as autoridades responsáveis.....	10-38
10.3	Redirecionamento e consentimento da criança	10-39

11. A Criança como Vítima ou Testemunha em Processo Judicial	10-40
12. A Criança e seus Pais: quando a Separação Pode Ser Justificada	10-43
12.1 O melhor interesse da criança	10-44
12.2 Os motivos que justificam a separação	10-44
12.3 Os dispositivos legais de proteção.....	10-44
12.4 O direito da criança de permanecer em contato com seus pais.....	10-46
13. Os Direitos da Criança e o Processo de Adoção.....	10-47
14. O Papel dos Juízes, Promotores e Advogados na Garantia dos Direitos da Criança no Curso da Administração da Justiça	10-50
15. Observações Conclusivas	10-50

Capítulo 11

DIREITOS DA MULHER NA ADMINISTRAÇÃO

DA JUSTIÇA.....	11-1
Objetivos da Aprendizagem	11-1
Questões	11-1
Instrumentos Legais Relevantes	11-1
1. Introdução.....	11-3
2. O direito da mulher à personalidade jurídica.....	11-5
3. O direito da mulher à igualdade perante a lei e à igualdade de proteção pela lei	11-6
3.1 A Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	11-6
3.2 A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979.....	11-7
3.3 Tratados de direitos humanos regionais	11-10
3.4 O significado do princípio da igualdade dos sexos e da não-discriminação entre homens e mulheres	11-11
3.4.1 <i>O significado geral da igualdade e não-discriminação.....</i>	<i>11-11</i>
3.4.2 <i>O significado da igualdade entre homens e mulheres</i>	<i>11-12</i>
4. O direito das mulheres ao respeito a sua vida e integridade física e mental	11-15
4.1 Dispositivos relevantes.....	11-15
4.2 O direito à vida.....	11-19
4.2.1 <i>Estupro e homicídio qualificado</i>	<i>11-19</i>
4.2.2 <i>Violência relacionada a dotes e homicídios em defesa da “honra”</i>	<i>11-20</i>
4.2.3 <i>Mutilação de órgãos genitais femininos.....</i>	<i>11-22</i>
4.2.4 <i>Aborto.....</i>	<i>11-22</i>

4.2.5	<i>Mortalidade infantil e expectativa de vida</i>	11-24
4.3	O direito de ser livre de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes.....	11-25
4.3.1	<i>Atos de violência contra a mulher privada de sua liberdade</i>	11-25
4.3.2	<i>Penas ilícitas</i>	11-28
4.4	Violência contra as mulheres como crimes contra a humanidade e crimes de guerra.....	11-36
5.	O direito da mulher de ser livre da escravidão, comércio escravo, trabalhos forçados ou obrigatórios e tráfico	11-38
5.1	Dispositivos legais relevantes	11-38
5.1.1	<i>Escravidão, comércio escravo e trabalhos forçados</i>	11-38
5.1.2	<i>Trabalhos forçados ou obrigatórios</i>	11-39
5.1.3	<i>Tráfico</i>	11-40
6.	Igualdade de direitos no casamento.....	11-44
6.1	O direito dos nubentes de livremente contrair matrimônio e de constituir família	11-44
6.1.1	<i>Casamentos poligâmicos</i>	11-46
6.1.2	<i>Idade mínima para o casamento</i>	11-47
6.1.3	<i>Outros impedimentos de direito e de fato ao direito de contrair matrimônio</i>	11-48
6.1.4	<i>Restrições às segundas núpcias</i>	11-49
6.1.5	<i>Registro do casamento</i>	11-50
6.1.6	<i>O significado do direito de constituir família</i>	11-51
6.2	Igualdade de direitos com relação à nacionalidade	11-53
6.3	A igualdade de direitos com relação ao sobrenome	11-56
6.4	Igualdade de direitos e responsabilidades dos cônjuges com relação ao casamento, durante o casamento e quando da sua dissolução	11-57
6.4.1	<i>Dispositivos relevantes</i>	11-57
6.4.2	<i>Entendimento geral do princípio da igualdade de direitos e responsabilidades</i>	11-58
6.4.3	<i>Igualdade de direitos nas tomadas de decisão</i>	11-59
6.4.4	<i>Igualdade de direitos e responsabilidades com relação aos filhos</i>	11-60
6.4.5	<i>Igualdade de direitos sobre os bens comuns dos cônjuges</i>	11-60
6.4.6	<i>Igualdade de direito a uma profissão ou uma ocupação</i>	11-62
6.4.7	<i>Mulheres vivendo em união estável</i>	11-62
6.4.8	<i>Igualdade de direitos no divórcio</i>	11-63
6.4.9	<i>Igualdade de direitos sucessórios entre os</i>	

	<i>cônjuges</i>	11-63
7.	Igualdade de direitos com relação à capacidade civil.....	11-64
	7.1 Igualdade de direitos na administração dos bens e com relação a contratos	11-64
	7.2 Igualdade de direitos sucessórios	11-66
8.	Igualdade de direitos na condução de assuntos públicos, inclusive em eleições	11-68
	8.1 Dispositivos relevantes.....	11-68
	8.2 A interpretação do artigo 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos	11-70
	8.3 Interpretação dos artigos 7º e 8º da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	11-71
9.	Direito de gozo de outros direitos humanos em condições de igualdade com os homens	11-74
	9.1 Direito de circular livremente e de escolher residência.....	11-74
	9.2 Direito à privacidade	11-76
	9.3 Liberdade de pensamento, consciência, crença, religião, opinião, expressão, associação e reunião	11-76
	9.4 Direito à educação	11-77
10.	Direito de acesso aos tribunais e ao devido processo legal	11-79
11.	O papel dos juizes, promotores e advogados na proteção dos direitos da mulher.....	11-83
12.	Conclusões.....	11-84
	GLOSSÁRIO – CAPÍTULO 11.....	11-85

Capítulo 12

ALGUNS DOS OUTROS DIREITOS ESSENCIAIS: LIBERDADE DE PENSAMENTO, CONSCIÊNCIA, RELIGIÃO, OPINIÃO, EXPRESSÃO, ASSOCIAÇÃO E REUNIÃO		12-1
	Objetivos da Aprendizagem	12-1
	Perguntas	12-1
	Instrumentos Legais Pertinentes.....	12-2
1.	Introdução.....	12-3
2.	O Direito à Liberdade de Pensamento, Consciência e Religião.....	12-4
	2.1 Disposições legais relevantes	12-4
	2.2 Significado geral do direito à liberdade de pensamento, consciência e religião	12-6
	2.2.1 <i>Artigo 18 do Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos</i>	12-6

2.2.2	<i>Artigo 8 da Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos</i>	12-7
2.2.3	<i>Artigo 12 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos</i>	12-8
2.2.4	<i>Artigo 9 da Convenção Européia Sobre Direitos Humanos</i>	12-9
2.3	O direito de manifestar a própria religião ou crença	12-11
2.3.1.	<i>Limitações ao direito de manifestar a religião ou crença</i>	12-14
2.3.2.	<i>Proibições à liberdade de manifestar a própria religião ou crença</i>	12-21
2.4	Liberdade de religião e ensino da escola pública	12-22
2.5	Religião do Estado e minorias religiosas	12-25
2.6	Objeção de consciência com base religiosa	12-26
3.	O Direito à Liberdade de Opinião e Expressão	12-27
3.1	Disposições Legais Relevantes	12-27
3.2	Artigo 19 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos.....	12-29
3.2.1	<i>Escolha do idioma no tribunal</i>	12-31
3.2.2	<i>Publicidade</i>	12-31
3.2.3	<i>Difamação e divulgação de informações falsas</i>	12-32
3.2.4	<i>Negação de crimes contra a humanidade e apologia ao ódio</i>	12-34
3.2.5	<i>Ameaças à segurança nacional e à ordem pública</i>	12-36
3.2.6	<i>Liberdade de imprensa</i>	12-39
3.2.7	<i>Defensores dos direitos humanos</i>	12-42
3.3.	Artigo 9 da Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos.....	12-43
3.3.1	<i>Liberdade de imprensa</i>	12-43
3.3.2	<i>Liberdade de expressar opiniões</i>	12-46
3.3.3	<i>Defensores dos direitos humanos</i>	12-46
3.4	Artigo 13 da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos.....	12-47
3.4.1	<i>As dimensões individual e coletiva da liberdade de expressão, inclusive o papel dos meios de comunicação de massa</i>	12-49
3.4.2	<i>A liberdade de expressão e o conceito de ordem pública em uma sociedade democrática</i>	12-52
3.4.3	<i>Restrições à liberdade de expressão: Significado da expressão “necessária para garantir”</i>	12-53
3.4.4	<i>Controle indireto dos meios de comunicação</i>	

	<i>de massa: O caso Ivcher Bronstein versus Peru</i>	12-54
3.4.5	<i>Artigo 13(2) e o caso do Credenciamento Compulsório de Jornalistas</i>	12-55
3.5	Artigo 10 da Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos.....	12-57
3.5.1	<i>Abordagem interpretativa básica da liberdade de expressão</i>	12-59
3.5.2	<i>Liberdade de imprensa</i>	12-62
3.5.3	<i>Liberdade de expressão de membros eleitos de organizações profissionais</i>	12-73
3.5.4	<i>Liberdade de expressão de políticos eleitos</i>	12-75
3.5.5	<i>Liberdade de expressão artística</i>	12-78
4.	Os Direitos à Liberdade de Associação e Reunião	12-80
4.1	Disposições Legais Relevantes	12-80
4.2	Artigos 21 e 22 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos.....	12-83
4.2.1	<i>Origem e significado do conceito “em uma sociedade democrática”</i>	12-83
4.2.2	<i>Liberdade de associação</i>	12-84
4.2.3	<i>Liberdade de reunião</i>	12-85
4.3	Artigos 10 e 11 da Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos	12-87
4.3.1	<i>Liberdade de associação</i>	12-88
4.4	Artigos 15 e 16 da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos.....	12-90
4.5	Artigo 11 da Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos.....	12-92
4.5.1	<i>Liberdade de associação, sindicatos e o sistema “closed shop”</i>	12-92
4.5.2	<i>Sindicatos e acordos coletivos</i>	12-96
4.5.3	<i>Liberdade de associação e partidos políticos</i>	12-98
4.5.4	<i>O direito do advogado à liberdade de reunião</i>	12-112
5.	O Papel de Juízes, Promotores e Advogados de Assegurar a Proteção da Liberdade de Pensamento, Consciência, Religião, Opinião, Expressão, Associação e Reunião	12-114
6.	Comentários Finais	12-115

Capítulo 13

O DIREITO A IGUALDADE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA	13-1
Objetivos da Aprendizagem	13-1
Perguntas	13-1
Documentos Legais Importantes	13-2

1.	Introdução.....	13-4
1.1	Discriminação: Violação grave e persistente dos direitos humanos	13-4
1.2	O papel dos juízes, promotores e advogados na proteção de pessoas contra a discriminação	13-5
1.3	Apanhado geral da história jurídica internacional.....	13-5
1.4	O objetivo do presente capítulo.....	13-6
2.	Cláusulas Jurídicas Universais Seleccionadas que Garantem o Direito a Igualdade perante a Lei e o Direito a Não-discriminação	13-7
2.1	Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.....	13-7
2.2	Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, 1948	13-8
2.3	Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, 1966.....	13-9
2.4	Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais, 1966.....	13-10
2.5	Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, 1965.....	13-11
2.6	Convenção sobre os Direitos da Criança, 1989.....	13-12
2.7	Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979	13-13
2.8	Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação com base em Religião ou Credo, 1981	13-14
2.9	Declaração sobre os Direitos de Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, 1992	13-14
3.	Cláusulas Jurídicas Regionais Seleccionadas que Garantem o Direito a Igualdade perante a Lei e o Direito a Não-discriminação.....	13-15
3.1	Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, 1981	13-15
3.2	Carta Africana sobre os Direitos e o Bem-estar da Criança, 1990	13-16
3.3	Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969.....	13-16
3.4	Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos na Área de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, 1988.....	13-17
3.5	Convenção Interamericana sobre Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher, 1994	13-17
3.6	Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Deficientes,	

	1999.....	13-18
3.7	Convenção Européia sobre Direitos Humanos, 1950.....	13-18
3.8	Carta Social Européia, 1961, e Carta Social Européia (Alterada), 1996	13-19
3.9	Convenção Estrutural para a Proteção das Minorias Nacionais, 1994.....	13-20
4.	A Proibição da Discriminação e Situações de Emergência Pública	13-21
5.	O Significado Geral de Igualdade e Não-Discriminação	13-24
6.	Jurisprudência Internacional Seleccionada e Comentários Jurídicos sobre o Direito a Igualdade e a Proibição da Discriminação.....	13-30
6.1	Raça, Cor ou Origem Étnica.....	13-30
	6.1.1 <i>Insultos Raciais</i>	13-30
	6.1.2 <i>O direito a liberdade de ir e vir e de moradia</i>	13-31
	6.1.3 <i>A discriminação racial e étnica pelos órgãos aplicadores da lei</i>	13-31
	6.1.4 <i>A discriminação racial quanto à garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais</i>	13-32
6.2	Sexo.....	13-33
	6.2.1 <i>O direito de representar bens matrimoniais</i>	13-33
	6.2.2 <i>Direito a respeito pela vida em família</i>	13-33
	6.2.3 <i>Direitos preferenciais de pensão</i>	13-36
	6.2.4 <i>Benefícios da previdência social</i>	13-36
	6.2.5 <i>Subsídios destinados a planos gerais de assistência à criança</i>	13-37
	6.2.6 <i>Auxílio à licença-maternidade/paternidade</i>	13-37
	6.2.7 <i>Obtenção de cidadania</i>	13-38
6.3	Língua	13-39
6.4	Religião ou Credo.....	13-40
	6.4.1 <i>Objeção ao serviço militar por razão de consciência</i>	13-40
	6.4.2 <i>O dever de usar equipamento de segurança no trabalho</i>	13-43
	6.4.3 <i>Verbas públicas destinadas a escolas religiosas</i>	13-43
	6.4.4 <i>Falta de respaldo legal para fins de mover ações judiciais</i>	13-44
6.5	Bens.....	13-45
6.6	Nascimento ou outra condição	13-46
	6.6.1 <i>Benefícios da previdência social para casais, casados ou não</i>	13-46
	6.6.2 <i>Direitos a herança</i>	13-47
	6.6.3 <i>Condições de nascimento ou descendência</i>	

	<i>para candidatos presidenciais.....</i>	<i>13-48</i>
6.7	Origem nacional	13-49
6.8	Conduta Sexual	13-50
6.9	Minorias	13-52
	6.9.1 <i>Direito à própria cultura.....</i>	<i>13-52</i>
	6.9.2 <i>Direito de residir em uma reserva indígena.....</i>	<i>13-53</i>
7.	Observações conclusivas	13-54

Capítulo 14

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DOS		
DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS		14-1
Objetivos da Aprendizagem		14-1
Perguntas		14-1
Principais Diplomas Legais.....		14-2
1.	Introdução.....	14-3
2.	Um pouco de História: Por que há duas Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos?	14-4
2.1	Histórico	14-4
2.2	A essência dos debates	14-6
	2.2.1 <i>Os Principais argumentos a favor de um único documento.....</i>	<i>14-6</i>
	2.2.2 <i>Os Principais argumentos a favor de dois documentos.....</i>	<i>14-8</i>
	2.2.3 <i>Pedidos a favor de uma solução prática.....</i>	<i>14-10</i>
	2.2.4 <i>A questão da apreciação pelo judiciário.....</i>	<i>14-11</i>
3.	A Interdependência e a Indivisibilidade dos Direitos Humanos.....	14-14
4.	Os Tratados Internacionais e Regionais para a Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Os Direitos Assegurados.....	14-18
4.1	Diplomas de Âmbito Internacional	14-18
	4.1.1 <i>O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.....</i>	<i>14-19</i>
4.2	Diplomas de Âmbito Regional	14-20
	4.2.1 <i>Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, 1981</i>	<i>14-20</i>
	4.2.2 <i>A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969, incluindo o Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988.....</i>	<i>14-20</i>
	4.2.3 <i>A Carta Social Européia de 1961 e a Carta Social Européia (revista) de 1996.....</i>	<i>14-22</i>
5.	As Obrigações dos Estados na Defesa dos Direitos	

Econômicos, Sociais e Culturais	14-25
5.1 O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966	14-25
5.1.1 <i>Considerações iniciais</i>	14-25
5.1.2 <i>A obrigação de conduta</i>	14-26
5.1.3 <i>A obrigação de resultado</i>	14-27
5.1.4 <i>A obrigação de implementar: meios jurídicos</i>	14-28
5.2 A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981	14-30
5.4 Carta Social Européia de 1961 e a Carta Social Européia (revista) de 1996	14-31
6. Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Apreciação pelo Judiciário?.....	14-32
7. Estudo de Caso I: Direito à Moradia Adequada	14-36
7.1 Considerações Preliminares	14-36
7.2 O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: art. 11, (1).....	14-36
7.2.1 <i>Indivíduos protegidos por esse direito</i>	14-38
7.2.2 <i>Abordagem Interpretativa, incluindo a interdependência de direitos</i>	14-38
7.2.3 <i>Conceito de adequação</i>	14-39
7.2.4 <i>Obrigações jurídicas imediatas</i>	14-40
7.2.5 <i>Recursos ao Judiciário</i>	14-41
7.2.6 <i>Despejos</i>	14-42
7.3 Jurisprudência Européia Relevante: A ação promovida por <i>Selçuk e Asker</i>	14-46
7.4 Jurisprudência Relevante de Direito Interno: O exemplo da África do Sul.....	14-48
8. Estudo de Caso II: O Direito à Saúde.....	14-57
8.1 O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: art. 12.....	14-57
8.1.1 <i>O conteúdo normativo do art. 12,(1)</i>	14-59
8.1.2 <i>O significado das disposições do art. 12(2)</i>	14-60
8.1.3 <i>As obrigações dos Estados signatários</i>	14-62
8.1.4 <i>As obrigações essenciais</i>	14-64
8.1.5 <i>Desrespeito ao art. 12</i>	14-66
8.1.6 <i>Implementação nos Estados</i>	14-67
8.2 Jurisprudência relevante I: Exemplo do Canadá	14-68
8.3 Jurisprudência Relevante II: O exemplo da Índia	14-73
9. O Papel dos Juízes, Promotores e Advogados na Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Lições Aprendidas	14-77
10. Considerações Finais	14-78

Capítulo 15

PROTEÇÃO E REPARAÇÃO PARA VÍTIMAS DE CRIMES E VIOLAÇÕES AOS DIREITOS

HUMANOS	15-1
Objetivos para o Aprendizado	15-1
Questões	15-1
Regras Legais Relevantes.....	15-2
1. Introdução.....	15-4
2. Proteção e Reparação para Vítimas de Crimes.....	15-5
2.1 Regras Legais Relevantes.....	15-5
2.1.1 <i>O nível Universal</i>	15-5
2.1.2 <i>O nível regional</i>	15-8
2.2 A noção de vítima	15-9
2.3 Tratamento das vítimas na administração da justiça	15-11
2.3.1 <i>Tratamento das vítimas pela polícia</i>	15-12
2.3.2 <i>Tratamento da vítima pela promotoria</i>	15-14
2.3.3 <i>Audiência das vítimas durante o processo penal</i>	15-15
2.3.4 <i>O procedimento judicial e as vítimas</i>	15-16
2.3.5 <i>O direito da vítima de manter sua privacidade e segurança</i>	15-17
2.4 Restituição, reparação e assistência às vítimas de crime.....	15-18
2.4.1 <i>Visão geral</i>	15-18
2.4.2 <i>Restituição</i>	15-19
2.4.3 <i>Reparação</i>	15-19
2.4.4 <i>Auxílio</i>	15-24
3. Proteção e reparação para vítimas de crimes contra os direitos humanos.....	15-26
3.1 O conceito de vítima	15-26
3.2 O dever legal para assegurar o cumprimento dos direitos humanos	15-28
3.2.1 <i>O nível universal</i>	15-28
3.2.2 <i>O nível regional</i>	15-28
3.3 O dever de prevenir violações aos direitos humanos	15-31
3.3.1 <i>O nível universal</i>	15-32
3.3.2 <i>O nível regional</i>	15-32
3.4 O dever de dar soluções domésticas.....	15-35
3.4.1 <i>O nível universal</i>	15-35
3.4.2 <i>O nível regional</i>	15-38
3.5 O dever de investigar, processar e punir	15-44
3.5.1 <i>O nível universal</i>	15-44

3.5.2	<i>O nível regional</i>	15-47
3.5.3	<i>O papel das vítimas durante as investigações e procedimentos judiciais</i>	15-50
3.6	O dever de fornecer reparação decorrente de violações aos direitos humanos	15-52
3.6.1	<i>Restituição e reparação</i>	15-53
3.6.2	<i>Reabilitação</i>	15-54
3.7	O problema da impunidade para violações aos direitos humanos	15-56
3.7.1	<i>A perspectiva legal da impunidade</i>	15-56
3.7.2	<i>Justiça, impunidade e reconciliação</i>	15-58
4.	A função de juizes, promotores e advogados para garantir justiça às vítimas de crimes e violações aos direitos humanos	15-59
5.	Conclusão	15-60

Capítulo 16

A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA EM ESTADOS

DE EMERGÊNCIA.....	16-1
Objetivos do Aprendizado.....	16-1
Perguntas	16-1
Documentos Legais Importantes	16-2
1. Introdução.....	16-4
1.1 Comentários gerais introdutórios	16-4
1.2 Reflexões iniciais sobre limitação e derrogação em relação aos direitos humanos.....	16-5
2. O Conceito de Emergência Pública de acordo com a Legislação Internacional de Direitos Humanos	16-6
2.1 Disposições legais aplicáveis	16-6
2.1.1 <i>Derrogações e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos</i>	16-7
2.2. Derrogações das obrigações legais: Um dilema para os legisladores	16-8
2.3 A interpretação dos organismos de controle internacionais	16-13
2.3.1 <i>Artigo 4(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos</i>	16-13
2.3.2 <i>Artigo 27(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos</i>	16-18
2.3.3 <i>Artigo 15(1) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos</i>	16-20
3. Direitos e Obrigações Inderrogáveis previstos nas Leis Internacionais de Direitos Humanos.....	16-25
3.1 Observações iniciais	16-25

3.2	Disposições legais relevantes	16-26
3.3	O direito à vida.....	16-28
3.4	O direito a não ser submetido à tortura, crueldade, tratamento desumano ou degradante ou punição.....	16-29
3.5	O direito a tratamento humano.....	16-31
3.6	Proibição da escravidão e servidão	16-32
3.7	Proibição das leis retroativas e o princípio do <i>ne bis in idem</i>	16-34
	3.7.1 Proibição das Leis Retroativas (<i>ex post facto</i>).....	16-34
	3.7.2 Princípio do <i>ne bis in idem</i>	16-35
3.8	Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica	16-36
3.9	Direito à liberdade de pensamento, consciência e religião	16-37
3.10	Direito de não ser encarcerado arbitrariamente por descumprimento de obrigação contratual.....	16-38
3.11	Direitos da família.....	16-39
3.12	Direito ao nome.....	16-39
3.13	Direitos da criança.....	16-40
3.14	Direito à nacionalidade.....	16-41
3.15	Direito de participação no governo	16-42
3.16	Direitos inderrogáveis e direito à proteção judicial e processual eficaz	16-42
4.	Direitos Derrogáveis e Condições de Estrita Necessidade	16-48
4.1	Abordagem geral de interpretação	16-49
4.1.1	Artigo 4(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.....	16-49
4.1.2	Artigo 27(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.....	16-50
4.1.3	Artigo 15(1) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos.....	16-51
4.2	Direito a remédio eficaz	16-53
4.3.	Direito à liberdade e poderes especiais de prisão e detenção.....	16-54
4.4	O direito a um julgamento justo e a tribunais especiais	16-67
5.	A Condição da Coerência com Outras Obrigações Legais Internacionais.....	16-77
6.	A Condição da Não-Discriminação.....	16-80
7.	A Condição da Notificação Internacional.....	16-83
8.	O Papel dos Juízes, Promotores e Advogados na Garantia da Efetiva Proteção dos Direitos Humanos em Situações de Emergência	16-86
9.	Considerações Finais	16-87

Prefácio
pela
International Bar Association

Desde 1947, a International Bar Association (IBA) tem sido reconhecida como a representante global tanto de juizes e advogados, como das Ordens de advogados que supervisionam a profissão. Possui 197 organizações membros, abrangendo todos os continentes e incluindo a Ordem de Advogados Americana, a Federação Japonesa de Ordens de Advogados, a Law Society de Zimbabwe e a Ordem dos Advogados Mexicana.

A IBA acredita no direito fundamental de todos os cidadãos do mundo de terem suas disputas ouvidas por um poder judicial independente e que os juizes e advogados exerçam suas profissões livremente e sem interferências.

Em 1995 a IBA criou o Instituto de Direitos Humanos (HRI) sob a Presidência Honorária de Nelson Mandela com o objetivo de avançar nesse sentido. O Instituto de Direitos Humanos tem prazer em receber membros de todo o espectro da profissão legal; de fato, a maioria dos participantes mais ativos não exerce na área de direitos humanos diariamente, mas na qualidade de membros do HRI, demonstram seu comprometimento com o apoio ao livre exercício da profissão legal. É com o fim de fortalecer esse compromisso que o presente Manual e o Guia para os Facilitadores foram concebidos, redigidos e compilados.

Em vários países a capacitação legal tradicional tem tendencialmente ignorado à dimensão comparativa e internacional, dessa forma, advogados e juizes muitas vezes não têm sido introduzidos ao desenvolvimento notável e abrangente das normas internacionais de direitos humanos, nem às decisões e opiniões dos órgãos internacionais de vigilância e os tribunais regionais. O problema básico dos direitos humanos internacionais não é tanto a sua implementação nos sistemas nacionais, mas que suas disposições são pouco conhecidas ao redor do mundo.

Além disso, os operadores jurídicos e do poder judicial têm uma obrigação moral não explícita de auxiliar o desenvolvimento da sociedade civil baseando-se no estado democrático de direito, e, em um nível mais prático, os advogados e os juizes têm a responsabilidade profissional de manter sua competência profissional por meio de programas de capacitação.

Os instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos e sua jurisprudência em desenvolvimento refletem o direito e os princípios internacionais e são de uma importância vital como ferramentas de interpretação e para assistir aos juizes a escolher entre interesses concorrentes.

A International Bar Association teve o prazer em proporcionar apoio prático ao Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos mediante a contratação e o financiamento conjunto de um consultor que redigiu o Manual e a Guia. Assim mesmo, a IBA criou um comitê internacional de ilustres juristas que o revisaram e fizeram comentários sobre o texto. O Manual, que é exaustivo, e o Guia de Facilitadores que o acompanha, constituem uma fonte jurídica detalhada para ser usada por advogados, juizes e promotores de justiça em seu trabalho diário e um programa estruturado de capacitação que pode ser usado com facilidade em todas as jurisdições.

O Manual permitirá que juizes e advogados se familiarizem e aprofundem seu conhecimento em direitos humanos internacionais e regionais e com a sua aplicação prática.

O HRI tem usado o presente manual com muito êxito em cursos de capacitação em várias jurisdições ao redor do mundo, tais como Líbia, Cazaquistão, Turquia, Iraque, Palestina, Polônia, Malásia, Japão e África do Sul. O Manual foi traduzido em vários idiomas - russo, árabe, japonês e espanhol. Portanto, é com grande prazer que apresentamos a versão em português para o uso em jurisdições de língua portuguesa.

O fortalecimento do Estado Democrático de Direito e a proteção dos direitos humanos é um grande desafio para toda a região. Durante a década de 80 existia a expectativa da consolidação dos direitos humanos e do estado democrático de direito na região. Embora a transição democrática tenha facilitado o desenvolvimento da sociedade civil, a maioria das instituições e das práticas autoritárias consolidadas durante a ditadura se manteve, em grande medida, inalterada.

Não obstante as constituições e as leis da maioria dos países da América Latina assegurem o respeito ao Estado Democrático de Direito e a proteção dos direitos humanos, ainda existe uma diferença significativa entre a letra da lei e a sua aplicação prática.

Entre os principais desafios da América Latina para consolidar o Estado de Direito destacamos o combate ao abuso de poder e à impunidade, a afirmação dos direitos socioeconômicos, e, sobretudo, a promoção do acesso igualitário e sem discriminação à justiça por parte de todas as camadas da sociedade e o fortalecimento da independência do judiciário.

Garantir a independência do judiciário é vital para consolidar o Estado de Direito em todo o mundo, e em particular na América Latina. O sistema judicial deve assegurar o acesso à justiça a todos os cidadãos e deve basear-se no devido processo legal e nos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é fundamental para consolidar o estado democrático de direito na América Latina. A Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos são os principais órgãos de defesa dos direitos humanos na região.

Com o passar dos anos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos consagrou com a sua jurisprudência os princípios fundamentais de direito internacional. Entre os quais, figura o reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado, por meio da qual todo Estado parte da Convenção Americana de Direitos Humanos é internacionalmente responsável por qualquer ato ou omissão de seus órgãos, agentes ou poderes que constitua uma violação dos direitos internacionalmente consagrados.

Ademais, em um dos casos emblemáticos submetidos à Corte, esta concluiu que o Estado não pode privar um tribunal internacional, mediante um ato unilateral, da competência que este assumiu previamente. O dever de remediar a situação não pode ser modificado pelo Estado, que tão pouco pode invocar normas de direito interno para evitar o cumprimento de suas obrigações internacionais.

Dado o contexto sócio-político da América Latina, o sistema interamericano contribuiu de forma considerável à proteção do Estado de Direito e dos Direitos Humanos, estabelecendo a inadmissibilidade de todas as leis de anistia que excluem a responsabilidade ou pretendem impedir a investigação de crimes graves; adotando o conceito de *restitutio in integrum*, incluindo a reparação a danos causados ao projeto de vida da vítima; garantindo os direitos

culturais e de propriedade das comunidades indígenas e fortalecendo a independência do judiciário na região. Além disso, enfatizou a necessidade de estabelecer a situação jurídica dos detentos e de adotar medidas necessárias para garantir a integridade física e emocional dos mesmos no caso de Guantánamo.

Como bem notado pelo Juiz Bhagwati, ex-presidente da Suprema Corte da Índia, as normas internacionais de direitos humanos seguirão estéreis a menos que os advogados e juízes lhes dêem vida e lhes injetem com vigor e força para que elas possam tornar-se vibrantes e significativas para toda a humanidade e sua universalidade se converta em uma realidade vivente.

Os objetivos do Instituto de Direitos Humanos são promover e proteger o estado de direito e os direitos humanos. Nós perseguimos esse fim por meio de observações de julgamentos, intervenções e missões de averiguação de sistemas legais por parte de expertos jurídicos. Mediante o uso da nossa importante fonte de advogados com vasta experiência em todo o mundo, nós também oferecemos ajuda educativa e assistência prática de longo prazo para construir ou reforçar estruturas nas quais se apóia o Estado de Direito.

A versão em português do presente Manual e do Guia permitirá ao Instituto de Direitos Humanos continuar os cursos de capacitação com renovado vigor. Nós esperamos trabalhar em conjunto com Ordens de Advogados e escritórios de advocacia para introduzi-los a advogados, juízes e promotores de justiça ao redor do mundo.

Nós gostaríamos de estender nossos profundos agradecimentos ao Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA) por providenciar a tradução do Manual, que foi realizada durante o mandato do Dr. Horacio Bernardes Neto como Presidente, com a contribuição dos seguintes escritórios de advocacia: Rolim Advogados Associados; Demarest e Almeida Advogados; Machado Advogados; Leite, Tosto e Barros Advogados Associados; Lefosse Advogados; Veirano Advogados; Castro, Barros, Sobra, Gomes Advogados; Novaes, Plantulli e Mannrich e Aidar Advogados; Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados; Duarte Garcia, Caselli Guimaraes e Terra Advogados; Pinheiro Neto Advogados; Martins e Salvia Advogados; Araujo e Policastro Advogados; Grebler, Pinheiro, Mourao e Raso Advogados; e Trench, Rossi e Watanabe Advogados.



Juan E. Méndez
Co-Presidente
IBAHRI



Martin Šolc
Co-Presidente
IBAHRI

Outubro de 2010

..... **Capítulo 1**
DIREITO INTERNACIONAL
DOS DIREITOS HUMANOS
E O PAPEL DOS PROFISSIONAIS
DO DIREITO: INTRODUÇÃO GERAL

Objetivos do Aprendizado

- *Assegurar que os participantes adquiram um conhecimento de trabalho básico a respeito da origem, finalidade e escopo do direito internacional dos direitos humanos;*
- *Tornar os participantes familiarizados com a aplicação do direito internacional dos direitos humanos no âmbito local e começar a conscientizá-los sobre o papel importante desempenhado pelos profissionais do direito nesse contexto.*

Perguntas

- *O que você pretendia ao se matricular no curso?*
- *O que é um direito humano?*
- *Por que os direitos humanos são importantes em geral?*
- *Por que os direitos humanos são importantes no país onde você está atuando profissionalmente?*
- *De que forma vocês, na capacidade de juízes, promotores e/ou advogados, vêem o seu papel como fomentadores e protetores dos direitos humanos no exercício de seus deveres profissionais?*
- *Quais problemas específicos, se houver, vocês enfrentam com referência à proteção dos direitos humanos no país / países onde vocês trabalham?*

1. Introdução

Nas últimas décadas, o direito internacional dos direitos humanos tem tido um impacto constantemente crescente nos ordenamentos jurídicos locais por todo o mundo e, desse modo, também no trabalho diário de juízes, promotores e advogados locais. Essa situação jurídica em evolução, cujas dimensões reais dificilmente poderiam ter sido previstas na metade do século passado, requer que cada Estado em questão e, ainda, os respectivos profissionais do direito, considerem cuidadosamente os meios pelos quais a implementação efetiva das obrigações legais do Estado com respeito a direitos humanos pode ser melhor garantida. Em muitos casos, isso pode constituir um desafio para os profissionais do direito, em virtude dos requisitos conflitantes de leis diferentes, falta de acesso a informações e a necessidade de treinamento adicional.

Portanto, o objetivo do presente Manual é o de transmitir um conhecimento básico e prática na implementação do direito internacional de direitos humanos para juízes, promotores e advogados – profissionais do direito – sem o que não poderá haver proteção verdadeiramente eficiente dos direitos do indivíduo no âmbito nacional. Para esse fim, o presente capítulo fornecerá uma visão introdutória geral sobre as noções básicas do direito internacional dos direitos humanos, enquanto os demais quinze capítulos contêm informações e análises mais detalhadas dos padrões dos direitos humanos que são de relevância especial para a administração da Justiça.

2. Origem, Significado e Escopo do Direito Internacional dos Direitos Humanos

2.1 A Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos

O anseio da humanidade por respeito, tolerância e igualdade volta ao tempo na história, porém, algo curioso que deve ser notado é que, embora nossas sociedades

tenham conquistado, sob muitos aspectos, grande progresso nos campos tecnológico, político, social e econômico, as injustiças contemporâneas permanecem sendo, em grande parte, as mesmas que existiam centenas e até milhares de anos atrás.

Com respeito à proteção dos direitos e liberdades do indivíduo no âmbito *internacional*, o trabalho teve início no século XIX, com a declaração de ilegalidade da escravidão e com a melhoria da situação dos doentes e feridos em tempo de guerra.¹ No final da Primeira Guerra Mundial, vários tratados foram celebrados com os aliados ou com os Estados recém-criados, objetivando proporcionar proteção especial às minorias.² Próximo à mesma época, em 1919, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada com o fim de melhorar as condições dos trabalhadores. Apesar de a motivação inicial da OIT ser humanitária, havia ainda, dentre outras, razões políticas para a sua criação, havendo o receio de que, a menos que as condições do número sempre crescente de trabalhadores fossem aprimoradas, os trabalhadores pudessem provocar agitação social, ou até revolução e, desse modo, colocando também em perigo a paz e a harmonia mundiais.³

Após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a acentuada necessidade de manter a paz e a justiça para a espécie humana precipitou uma pesquisa sobre as formas de reforçar a cooperação internacional, incluindo-se a cooperação almejada tanto na proteção da pessoa humana contra o exercício arbitrário do poder do Estado como na melhoria das condições de vida. Os alicerces de um novo ordenamento jurídico internacional baseado em determinados objetivos e princípios fundamentais foram assim expostos em São Francisco, em 26 de junho de 1945, com a adoção da Carta das Nações Unidas. No Preâmbulo da Carta, reafirmou-se, em primeiro lugar, a fé “nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e de nações grandes e pequenas”. Em segundo lugar, o Preâmbulo expressa, ainda, dentre outras, a determinação de “promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla”. Em terceiro, um dos quatro objetivos das Nações Unidas, de acordo com o Artigo 1(3) da Carta, é:

“2. Obter cooperação internacional na solução de problemas internacionais de natureza econômica, social, cultural ou humanitária e na promoção e encorajamento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de todos, sem distinção quanto à raça, sexo, idioma ou religião.”

Outras disposições da Carta contendo referências aos direitos humanos são: os Artigos 13(1)(b), 55(c), 62(2), 68 e 76(c). É de importância especial destacar que, de acordo com os Artigos 56 e 55(c), interpretados em conjunto, os Estados Membros das

¹ A.H. Robertson, *Human Rights in the World* (Manchester, Manchester University Press, 1972), pp 15-20.

² *Ibidem*, pp 20-22. Sobre a história dos direitos humanos, ver a lista de recursos na Parte no. 1 do Capítulo 2 do Manual.

³ Sobre a história da OIT, ver o web site da OIT: www.ilo.org/public/english/about/history.htm.

Nações Unidas possuem a obrigação legal “de adotar ação, em conjunto ou separadamente, em cooperação com a Organização para a obtenção do “respeito universal e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todos, sem distinção quanto à raça, sexo, idioma ou religião”. Esse importante dever legal é condição para a participação dos Estados Membros em todo o programa de direitos humanos das Nações Unidas.

Com a adoção, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, as referências contidas na Carta, um pouco concisas, sobre “direitos humanos e liberdades fundamentais” adquiriram uma interpretação autoritária. A Declaração Universal reconhece direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais e, embora não se trate de um documento legalmente vinculatório *per se*, uma vez que o mesmo foi adotado por meio de uma deliberação da Assembléia Geral, os princípios nela contidos são atualmente considerados como sendo legalmente vinculatórios para os Estados, tanto como direito internacional consuetudinário, ou como princípios gerais de direito, ou como princípios fundamentais de humanidade. Em sua sentença no caso relativo aos reféns em Teerã, a Corte Internacional de Justiça invocou claramente “os princípios fundamentais enunciados na ... Declaração” como sendo legalmente vinculatórios para o Irã, particularmente com referência à injusta privação de liberdade e à imposição de “constrangimentos físicos em condições opressivas”.⁴

As experiências devastadoras da Primeira e da Segunda Guerras Mundiais ressaltou a necessidade imperativa tanto de proteger o ser humano contra o exercício arbitrário do poder do Estado como de promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

2.2 A dimensão ética dos direitos humanos

A verdadeira descrição do conceito de “direitos humanos” é a de que os mesmos pertencem ao indivíduo, na qualidade de ser humano, que não pode ser privado de sua **substância** em nenhuma circunstância; esses direitos são, portanto, intrínsecos à condição humana. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apresentam manifestação sobre essa base ética fundamental em seu primeiro parágrafo do preâmbulo, reconhecendo “a dignidade inerente e ... os direitos igualitários e inalienáveis de todos os membros da família humana”. Neste momento e novamente, é uma expressão do princípio de *universalidade* de direitos, incluindo-se o direito de igualdade de proteção perante a lei e pela lei, o que, conforme será visto no

⁴ Ver *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (Estados Unidos da América v. Irã)*, Judgment, ICJ Reports 1980, p.42, § 91.

Capítulo 13, se constitui um princípio fundamental que condiciona todo o campo do direito internacional dos direitos humanos.

No que respeita ao âmbito regional, o segundo parágrafo do preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos também reconhece expressamente “que os direitos essenciais do homem não se originam do fato de alguém ser uma pessoa natural de um determinado Estado, mas sim, estão baseados nos atributos da personalidade humana”. Conforme estabelecido pela Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, em seu Parecer Consultivo sobre *Habeas Corpus em Situações de Emergência*, os direitos protegidos pela Convenção não podem, *per se*, ser suspensos mesmo em situações de emergência, pois são “inerentes ao homem”.⁵ Prossegue no sentido de que, na visão da Corte, “somente o que poderá ser suspenso ou restringido” sob a Convenção é o “exercício pleno e efetivo” dos direitos nela contidos.⁶ Por fim, a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, em seu quinto parágrafo do preâmbulo, também reconhece “que os direitos humanos fundamentais originam-se dos atributos dos seres humanos, o que justifica a sua proteção em âmbito nacional e internacional”.

Conseqüentemente, os direitos humanos são devidos pelos Estados para todos os indivíduos dentro de sua jurisdição e, em algumas situações, igualmente a grupos de indivíduos. O princípio de *direitos universais e inalienáveis de todos os seres humanos* é, portanto, firmemente ancorado no direito internacional dos direitos humanos.

Os direitos humanos são inerentes a todos os membros da família humana.

*Os direitos humanos são, portanto, direitos **universais** e **inalienáveis** de todos os seres humanos.*

*Os direitos humanos não podem ser privados da **substância** de seus direitos (**inalienabilidade**). Apenas o **exercício** de alguns desses direitos pode ser limitado sob determinadas circunstâncias.*

*O fato de os direitos humanos originarem-se da **natureza única** do ser humano significa que eles devem ficar sujeitos à proteção legal efetiva nos níveis nacional e internacional.*

⁵ Ver I-A Court HR, *Habeas Corpus in Emergency Situations* (arts. 27(2), 25(1) e 7(6), Advisory Opinion OC-8/87, de 30 de janeiro de 1987, Series A, No. 8, § 18, p.37.

⁶ *Ibidem.*, ob.cit.

2.3 Direitos Humanos e seu impacto na paz, segurança e desenvolvimento nacionais e internacionais

Conforme já explanado, foram as tragédias das duas Guerras Mundiais que compeliram a comunidade internacional a criar uma organização mundial com o propósito de promover a paz e a justiça, encorajando, dentre outras, a promoção e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. A lição demasiadamente evidente a ser extraída da Segunda Guerra Mundial foi que, quando um Estado exerce uma política deliberada de não reconhecer os direitos fundamentais das pessoas em seu território, significa que não apenas a segurança interna desse Estado está em perigo, mas também que, em situações graves, existe um efeito extravasador que coloca em risco a paz e a segurança de outros Estados. Essa lição dura de se obter foi confirmada em inúmeras ocasiões desde então em todas as partes do mundo. A proteção efetiva dos direitos humanos promove a paz e a estabilidade em âmbito nacional, não apenas permitindo que as pessoas usufruam de seus direitos e liberdades básicas, mas também proporcionando uma estrutura básica democrática, cultural, econômica, política e social, dentro da qual os conflitos podem ser solucionados de modo pacífico. A proteção efetiva dos direitos humanos é, em consequência, uma condição prévia essencial para a paz e a justiça no âmbito internacional, visto que estabeleceu salvaguardas que oferecem à população meios para aliviar a tensão social no âmbito doméstico, antes que a mesma alcance proporções que criem uma ameaça em larga escala.

Como fica claro da leitura do Artigo 1º da Carta das Nações Unidas, em particular, e dos primeiros parágrafos do preâmbulo da Declaração Universal e das duas Convenções Internacionais, os redatores tinham plena ciência do fato essencial de que a proteção efetiva dos direitos humanos em âmbito nacional é a base da justiça, paz e desenvolvimento social e econômico em todo o mundo.

Mais recentemente, o elo entre o estado de direito, a proteção efetiva dos direitos humanos e o progresso econômico, dentre outros, tem sido enfatizado pelo Secretário Geral das Nações Unidas em seu *Relatório do Milênio*, no qual ele ressalta que:

“84. Atualmente, é amplamente aceito que o sucesso da economia depende de se mensurar consideravelmente a qualidade de governança de que um país desfruta. Uma boa governança compreende o estado de direito, instituições eficazes do Estado, transparência e responsabilidade na administração de assuntos públicos, respeito pelos direitos humanos e a participação de todos os cidadãos nas decisões que afetam as suas vidas. Embora possa haver debates sobre as formas mais apropriadas pelas quais os mesmos devem ocorrer, não pode haver qualquer disputa sobre a importância desses princípios”.⁷

⁷ UN doc. A/54/2000, *We the Peoples: the Role of the United Nations in the Twenty-First Century, Report of the Secretary-General*, § 84.

A proteção efetiva dos direitos humanos e das liberdades fundamentais contribui para a paz e segurança nacionais e internacionais..

A proteção efetiva dos direitos humanos proporciona uma cultura democrática básica, possibilitando que conflitos sejam solucionados de modo pacífico.

O progresso econômico depende largamente de boa governança e de proteção efetiva dos direitos humanos.

2.4 As fontes do direito

O parágrafo terceiro do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que

“... é essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

Isto significa que, de modo a capacitar a pessoa humana a usufruir plenamente os seus direitos, ***esses direitos devem ser efetivamente protegidos pelos ordenamentos jurídicos locais.*** Dessa forma, o princípio do estado de direito pode ainda ser descrito como um princípio muito arcaico no campo da proteção dos direitos humanos por que, onde ele não existe, o respeito pelos direitos humanos se torna ilusório. Nesse aspecto, é interessante notar que, em conformidade com o artigo 3º da Carta do Conselho da Europa, “todo Estado Membro ... deve aceitar o princípio do estado de direito”. Esse princípio fundamental é, portanto, legalmente vinculatório para os 43 Estados Membros da organização, um fato que também tem influenciado a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos.⁸

Conseqüentemente, os juízes, promotores e advogados têm um papel crucial a desempenhar de modo a assegurar que os direitos humanos sejam efetivamente implementados no âmbito nacional. Essa responsabilidade requer que os membros dessas profissões do direito estejam adequadamente familiarizados com o direito nacional e com

⁸ *Eur. Court HR, Caso Golder, Sentença de 21 de fevereiro de 1975, Série A, No. 18, § 34, p. 17.* A Corte estabeleceu que um dos “motivos por que os Governos signatários decidiram ‘adotar as primeiras medidas para a exigibilidade coletiva de determinados Direitos estabelecidos na Declaração Universal’ foi a sua profunda crença no estado de direito”; isso pareceu, portanto, que “tanto naturalmente como em conformidade com o princípio da boa-fé ... ter em mente essa ponderação largamente proclamada ao interpretar os termos do” artigo 6(1) da Convenção Europeia “de acordo com o seu contexto e à luz do objeto e finalidade da Convenção”. Referindo-se, ademais, às referências ao estado de direito contidas na Carta do Conselho da Europa, a Corte concluiu que “em matérias civis ninguém pode apenas imaginar o estado de direito sem que exista a possibilidade de ter acesso aos tribunais”. O Conselho da Europa possuía 43 Estados Membros, em 22 de abril de 2002.

o direito internacional dos direitos humanos. Enquanto o seu acesso às fontes do direito nacional não deve constituir um grande problema, a situação é mais complexa no âmbito internacional, onde existem várias fontes de direito e uma farta jurisprudência sobre vários aspectos.

Com alguma modificação, a próxima seção seguirá a hierarquia das fontes do direito, conforme as mesmas são apresentadas no artigo 38 da Carta da Corte Internacional de Justiça. Embora possa haver discordância quanto à classificação das fontes do direito nessa disposição, presta-se a mesma como um ponto de partida útil. De acordo com o artigo 38(1) da Carta, as fontes do direito são:

- ❖ “convenções internacionais”;
- ❖ “costume internacional, como evidência de uma prática geralmente aceita como lei”;
- ❖ “princípios gerais de lei reconhecidos pela “comunidade das nações;”⁹
- ❖ “decisões judiciais e os ensinamentos dos autores mais altamente qualificados ... como meio subsidiário para a determinação do estado de direito”.

Não pretendendo ser exaustivo, a seção a seguir estabelecerá as características essenciais das principais fontes do direito internacional dos direitos humanos. Entretanto, deve-se observar de início que, no direito internacional dos direitos humanos, as decisões judiciais e, ainda, as decisões quase-judiciais e os comentários gerais adotados pelos órgãos de monitoramento, adquirem uma importância especial no entendimento da extensão das obrigações legais dos Estados.

Os direitos humanos devem ser efetivamente protegidos pelos ordenamentos jurídicos nacionais.

Os juízes, promotores e advogados têm um papel crucial a desempenhar de modo a assegurar que os direitos humanos sejam efetivamente protegidos no âmbito nacional.

*As principais fontes do direito internacional são as **convenções internacionais**, o **direito consuetudinário internacional**, e os **princípios gerais de direito**.*

⁹ Artigo 38(1)(c) refere-se, arcaicamente, a “nações civilizadas”.

2.4.1 Tratados Internacionais

No campo dos direitos humanos, a ferramenta de consulta mais importante para os juízes, promotores e advogados, desconsiderando-se as leis locais existentes, sem dúvida são as *obrigações de tratados* de responsabilidade do Estado da jurisdição na qual eles trabalham. Em geral, um “tratado” consiste de um *acordo escrito, legalmente vinculatório, celebrado entre Estados*,¹⁰ mas também pode ser, por exemplo, um acordo entre as Nações Unidas e um Estado, para fins específicos. Os tratados podem ter denominações diferentes, tais como *convenção, pacto, protocolo, ou acordo*, porém, os seus efeitos legais são os mesmos. No âmbito internacional, um Estado estabelece o seu consentimento em ficar obrigado por um trato, principalmente por meio de *ratificação, aceitação, aprovação, ou adesão*,¹¹ sendo que apenas excepcionalmente o consentimento será vinculatório por meio de *assinatura*.¹² Contudo, a função da assinatura de um tratado é sempre a de autenticação do texto e gera uma obrigação do Estado em questão “de abster-se da prática de atos que poderiam anular o objeto e o objetivo” do tratado, no mínimo até o momento em que o mesmo “tenha declarado a sua clara intenção de não se tornar parte” do mesmo.¹³

Uma vez que um tratado tenha entrado em vigor e se tornado vinculatório para os Estados membros, estes devem cumprir as obrigações do tratado “de boa-fé (*pacta sunt servanda*).¹⁴ Isto implica, *inter alia*, que o Estado não pode evitar a responsabilidade sob o direito internacional, invocando as disposições de suas leis internas para justificar seu inadimplemento no cumprimento de suas obrigações de direito internacional. Adicionalmente, no direito internacional dos direitos humanos, a responsabilidade do Estado é *estrita* no sentido de que os Estados são responsáveis por violações de suas obrigações sob tratado, *ainda que involuntárias*.

Os tratados sobre direitos humanos são tratados legislativos de natureza objetiva, criando normas gerais que são as mesmas para todos os Estados membros. Essas normas devem ser aplicadas por um Estado, independentemente da declaração de implementação pelos demais Estados membros. O princípio tradicional de *reciprocidade* não é aplicável, em outras palavras, aos tratados sobre direitos humanos.¹⁵

O fato de os tratados sobre direitos humanos terem sido concluídos para o fim de assegurar a proteção efetiva dos direitos do indivíduo constitui importância especial no curso do processo hermenêutico. Ao explicar o significado das disposições de um tratado sobre direitos humanos, é, portanto, essencial que juízes adotem uma *abordagem hermenêutica teológica e holística*, buscando uma interpretação que respeite os

¹⁰ Artigo 2(gm1)(a) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

¹¹ *Ibidem*, artigo 2(1)(b).

¹² *Ibidem*, artigo 12.

¹³ *Ibidem*, artigo 18(a).

¹⁴ *Ibidem*, artigo 26.

¹⁵ *Eur. Comm. HR, Application No. 788/60, Austria v. Italy, decisão de 11 de janeiro de 1961 sobre a admissibilidade*, 4 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, p. 140.

direitos e os interesses do indivíduo e que também seja lógica no contexto do tratado como um todo.

Exemplos de tratados legislativos no campo dos direitos humanos compreendem dois Pactos Internacionais sobre Direitos Cíveis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que serão abordados com mais detalhes abaixo. Nesse sentido, basta mencionar que os Comitês criados sob os termos de cada tratado para monitorar a sua implementação adotaram, até o momento, muitos pareceres e comentários que fornecem orientação interpretativa valiosa tanto para advogados nacionais como para advogados internacionais.

As obrigações incorridas pelos Estados sob tratados internacionais devem ser cumpridas de boa-fé.

*No direito internacional dos direitos humanos, a responsabilidade do Estado é **estrita**, no sentido de que os Estados são responsáveis por violações de suas obrigações sob tratados, ainda que involuntárias.*

Um tratado sobre direitos humanos deve ser interpretado com base em abordagem teológica e holística, buscando uma interpretação que respeite os direitos e os interesses do indivíduo e que também seja lógica no contexto do tratado como um todo.

2.4.2 Direito Consuetudinário Internacional

De modo a observar a hierarquia das fontes do direito estabelecida no artigo 38(1) da Carta da Corte Internacional de Justiça, em segundo lugar, os juízes podem aplicar o “costume internacional, como evidência de uma prática geralmente aceita como lei”. As obrigações do direito consuetudinário vinculatórias para o Estado são então criadas quando há evidência de

- ❖ atos correspondentes a uma “prática acordada” dos Estados; e
- ❖ uma “crença de que essa prática é tornada obrigatória pela existência de um estado de direito que a demande” (*opinio juris*).¹⁶

O juiz deverá, portanto, avaliar a existência de um elemento *objetivo* consistente da prática geral, e de um elemento *subjetivo*, ou seja, de que existe uma crença entre os Estados quanto à natureza legalmente vinculatória dessa prática.¹⁷

¹⁶ *North Sea Continental Shelf cases, Judgment, ICJ Reports 1969*, p. 44, § 77.

¹⁷ *Ibidem*, ob. cit.

Com respeito à questão da prática, deduz-se da decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *North Sea Continental Shelf* que, no mínimo em relação à “formação de uma nova norma de direito internacional consuetudinário com base no que tenha sido uma norma puramente convencional”, a passagem do tempo pode ser relativamente curta, embora

“um requisito indispensável seria que dentro do período em questão, por mais curto que possa ser, a prática do Estado, inclusive dos Estados cujos interesses sejam especialmente afetados, deveria ter sido tanto extensiva quanto virtualmente uniforme no sentido da disposição invocada – e deveria, ademais, ter ocorrido de forma a mostrar o reconhecimento geral de que está envolvida uma norma de lei ou obrigação legal”.¹⁸

No caso seguinte, de *Nicaragua v. the United States of America*, a Corte Internacional de Justiça parece, contudo, ter abrandado de alguma forma esta interpretação bastante estrita do elemento objetivo da prática do Estado, embora, ao mesmo tempo, tenha dado mais ênfase à *opinio juris* na criação do costume. Em sua justificativa, que se referiu ao uso de força, a Corte decidiu, em particular:

“186. Não se deve esperar que na prática dos Estados, a aplicação das normas em questão deveria ter sido perfeita, no sentido de que os Estados deveriam ter se absterido, com total consistência, do uso de força ou de intervenção nos negócios internos um do outro. A Corte não considera que para que uma norma seja estabelecida como consuetudinária, a prática correspondente deva ser absolutamente em rigorosa conformidade com a norma. A fim de deduzir a existência de normas consuetudinárias, a Corte considera suficiente que a conduta dos Estados, em geral, seja consistente com tais normas e que instâncias de conduta do Estado inconsistente com uma determinada norma devam, em geral, ser tratadas como violações de tal norma e não como indicações do reconhecimento de uma nova norma. Se um Estado age de uma forma que seja *prima facie* incompatível com uma norma reconhecida, mas defende sua conduta apelando para exceções ou justificativas contidas na própria norma, então, quer a conduta do Estado seja ou não justificável em tal base, o significado de tal atitude é ratificar, ao invés de enfraquecer a norma”.¹⁹

A questão que surge agora é quais princípios legais para proteção do ser humano podem ter sido considerados para fazer parte do direito internacional consuetudinário pela Corte Internacional de Justiça.

Em seu Parecer Consultivo de 1951, sobre Reservas à Convenção sobre Genocídio, a Corte decidiu, de forma notória, que “os princípios que constituem a base da Convenção são princípios que são reconhecidos ... como vinculatórios para os Estados,

¹⁸ Ibidem, p 43, §74.

¹⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Mérito, Julgamento, ICJ Reports 1986, p. 98, §186.

mesmo sem qualquer obrigação convencional”.²⁰ Ademais, o Preâmbulo da Convenção estabeleceu que a Convenção era de “natureza universal”, tanto com respeito à “condenação do genocídio quanto ... à cooperação exigida “a fim de liberar a humanidade de tal flagelo abominável”.²¹ Finalmente, a Corte observou que a Convenção havia sido aprovada por uma resolução que foi aprovada por unanimidade pelos Estados.²² Portanto, não há dúvida de que em 1951 o *crime de genocídio* já fazia parte do direito internacional consuetudinário, aplicável a todos os Estados.

Posteriormente, no caso *Barcelona Traction*, a Corte Internacional de Justiça, de forma significativa, fez “uma distinção essencial” entre “as obrigações de um Estado perante a comunidade internacional como um todo, e as obrigações vis-à-vis outro Estado, no campo de proteção diplomática”.²³ A Corte acrescentou que “por sua própria natureza, as primeiras são preocupação de todos os Estados”, e, tendo “em vista a importância dos direitos envolvidos, todos os Estados podem ser considerados como tendo um interesse legal em sua proteção; essas são obrigações *erga omnes*”.²⁴ Na visão da Corte, tais “obrigações derivam, por exemplo, no direito internacional contemporâneo, da ilegalidade dos atos de agressão e de genocídio e ainda dos princípios e normas referentes aos direitos básicos do indivíduo, inclusive proteção contra escravidão e discriminação racial”.²⁵ A Corte acrescentou que enquanto alguns “dos direitos correspondentes de proteção tenham sido incorporados ao corpo do direito internacional geral ...; outros são conferidos por instrumentos internacionais de uma natureza universal ou quase-universal”.²⁶

Finalmente, e como já observado acima, em seu *dictum* no caso dos reféns de Teerã, a Corte declarou que:

“Privar, erroneamente, seres humanos de sua liberdade e sujeitá-los a constrangimento físico em condições de privação é, por si, manifestamente incompatível com os princípios da Carta das Nações Unidas, bem como com os princípios fundamentais enunciados na Declaração Universal de Direitos Humanos”.²⁷

Portanto, não há dúvida de que as obrigações de direitos humanos fazem parte do direito internacional consuetudinário. Embora a Corte Internacional de Justiça tenha, expressamente, mencionado os crimes de genocídio e agressão, bem como a proibição de discriminação racial, escravidão, detenção arbitrária e privação física como fazendo parte do corpo da lei universalmente compulsória, a Corte não restringiu o escopo da lei a tais elementos.

²⁰ *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951*, p. 23.

²¹ *Ibidem*, ob. cit.

²² *Ibidem*.

²³ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Julgamento, IICJ Reports 1970*, p. 32, § 33.

²⁴ *Ibidem*, ob. cit.

²⁵ *Ibidem*, p. 32, § 34.

²⁶ *Ibidem*, ob. cit.

²⁷ *ICJ Reports 1980*, p. 42, § 91.

- ❖ **Resoluções da Assembléia Geral:** Pode não ser uma tarefa fácil identificar um costume internacional, mas as resoluções adotadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas podem, em certas circunstâncias, ser consideradas como tendo valor legal, embora não sejam vinculatórias, *per se*. Este é, por exemplo, o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Portanto, embora não constituindo uma fonte de direito em sentido estrito, as resoluções podem oferecer *prova* da lei consuetudinária. Entretanto, isto dependerá, em grande parte, do seu conteúdo, tal como do *grau de precisão das normas e compromissos definidos nas resoluções*, e dos *meios previstos para o controle de sua aplicação*; dependerá também do *número de países que tenham votado a seu favor*, e das *circunstâncias da sua adoção*.²⁸ Uma questão relevante nesse sentido seria *se a resolução em questão foi adotada isoladamente ou faz parte de uma série de resoluções sobre o mesmo assunto, com um conteúdo consistente e universal*.

- ❖ **Normas peremptórias (jus cogens):** Finalmente, deve ser observado que algumas normas legais, tais como a proibição da escravidão, podem ser consideradas como tão fundamentais que são denominadas *normas peremptórias* do direito internacional. De acordo com o Artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, um tratado é simplesmente “nulo se, na data de sua conclusão, está conflitante com uma norma peremptória do direito internacional”. De acordo com o mesmo artigo, tal norma é descrita como uma “norma que não permite derrogação e que somente pode ser modificada por uma norma subsequente do direito internacional, com o mesmo caráter”. Entretanto, sempre que estiver sendo discutida a noção de norma peremptória, haverá disputa sobre seu conteúdo exato e, conseqüentemente, não será mais tratada neste Manual.

2.4.3 Princípios gerais da lei reconhecida pela comunidade de nações

Esta terceira fonte de direito citada pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça ajuda a garantir que, nos casos em que os tratados internacionais e a lei consuetudinária podem fornecer uma base insuficiente para a Corte tomar a decisão, a Corte possa se basear em outros recursos.

Um princípio geral do direito, como fonte do direito internacional de direitos humanos, é uma proposição legal tão fundamental que pode ser encontrada nos principais sistemas de direito do mundo. Se há prova de que, em sua lei interna, os Estados aderem a um princípio legal em particular, que estabelece um direito humano ou que seja essencial para sua proteção, então, isto ilustra a existência de um *princípio legalmente vinculatório* de acordo com o direito internacional de direitos humanos. Os juizes e advogados podem, portanto, verificar outros sistemas legais para determinar se um princípio de direito humano em particular é tão freqüentemente aceito que pode ser

²⁸ Sobre alguns desses elementos, ver, por exemplo, *Les résolutions dans la formation du droit international du développement, Colloque des 20 et 21 novembre 1970, L'Institut universitaire de hautes études internationales, Genebra, 1971 (études et travaux, No. 13), §. 9, 30-31* (intervenção pelo Professor Virally).

considerado como tendo se tornado um princípio geral do direito internacional. Portanto, as analogias da lei doméstica, por exemplo, têm usado na área de princípios que regem o processo judicial, tais como a questão de prova.²⁹

2.4.4 Meios subsidiários de determinação das normas de lei

Como meio subsidiário de determinação das normas de lei, o Artigo 38 do Estatuto menciona “decisões judiciais e os ensinamentos dos autores mais qualificados”. Como mencionado anteriormente, na área de direitos humanos, as decisões judiciais são particularmente importantes para uma plena compreensão da lei e a fatura das decisões judiciais internacionais que existem agora neste campo deve ser considerada como prova dominante do estado de direito. Entretanto, nem a Corte Internacional de Justiça nem os organismos internacionais de monitoramento no campo de direitos humanos são obrigados a seguir as decisões judiciais anteriores.³⁰ Embora isto seja feito, usualmente, é particularmente importante para os organismos de monitoramento da área de direitos humanos reter a flexibilidade necessária para adaptar decisões anteriores às necessidades sociais em mudança constante que, em nível internacional, não podem ser facilmente satisfeitas através da legislação.³¹ Basta adicionar, neste contexto, que a referência a “decisões judiciais” também pode significar decisões judiciais dos tribunais nacionais, e que quanto mais alta a instância, maior o peso que a decisão terá. Entretanto, quando os órgãos internacionais de monitoramento interpretam a lei dos direitos humanos, eles provavelmente o fazem de forma independente das leis nacionais.

Quanto aos “ensinamentos dos autores mais qualificados”, deve ser lembrado que o Artigo 38 foi redigido em uma data em que a jurisprudência internacional sobre direitos humanos não existia. Embora a interpretação e aplicação desta lei devam ser, principalmente, baseadas nos textos legais e decisões judiciais relevantes, os textos dos “autores mais qualificados” pode, é claro, em algumas situações, contribuir com uma compreensão melhorada da lei e sua implementação prática. Mesmo assim, é aconselhável exercer uma cautela considerável antes de se basear em tais textos jurídicos e nos princípios e comentários adotados por órgãos privados fora da estrutura dos órgãos de tratado oficialmente estabelecidos, uma vez que esses podem não refletir corretamente, sob todos os aspectos, o status do direito a ser interpretado e aplicado.

²⁹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1979), 3a. edição, 1979, p. 18.

³⁰ Quanto à Corte Internacional de Justiça, ver Artigo 59 do Estatuto.

³¹ Ver, por exemplo, o caso em que a Comissão Européia de Direitos Humanos reformou sua própria decisão anterior, de acordo com a qual uma pessoa jurídica, tal como uma igreja, não poderia ajuizar uma ação de acordo com o Artigo 9 (1) da Convenção Européia de Direitos Humanos, alegando violação do “direito à liberdade de pensamento, consciência e religião”, *Eur. Comm. HR, Application No. 7805/77. X. and Church of Scientology v. Sweden*, decisão de 5 de maio de 1979, sobre a admissibilidade da aplicação, 16 DR, p. 70.

2.5 O direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário: preocupações comuns e diferenças básicas

Embora este Manual se destine a transmitir conhecimento e prática do direito internacional dos direitos humanos e não do direito internacional humanitário, é importante dizer algumas palavras sobre o relacionamento entre esses dois campos de direito intimamente ligados.

Embora o direito internacional dos direitos humanos pretenda proteger a pessoa, o direito internacional dos direitos humanos oferece ***um tratamento não-discriminatório a todos, sempre, quer em tempo de paz ou em tempo de guerra ou motim***. O direito internacional humanitário, por outro lado, destina-se a assegurar um mínimo de proteção às vítimas de conflitos armados, tal como aos enfermos, acidentados, náufragos e prisioneiros de guerra, ***proibindo sofrimento humano excessivo e destruição material em virtude de necessidade militar***.³² Embora as Convenções de Genebra de 1949 e os dois Protocolos Adicionais a estas adotados em 1977 garantam certos direitos fundamentais aos indivíduos, nas situações especificamente definidas de conflitos armados nacionais e internacionais, nem os campos ***pessoal, temporal ou material*** de aplicabilidade da lei internacional humanitária são tão amplos quanto os permitidos pelo direito internacional dos direitos humanos.³³ Nesse sentido, o direito humanitário é ainda menos igualitário em natureza, embora o princípio da não discriminação seja garantido com respeito ao gozo dos direitos permitidos por este direito.³⁴

O que é de primordial importância a se enfatizar nesse estágio é que em conflitos armados internacionais e não internacionais, o direito internacional dos direitos humanos e o direito humanitário serão ***simultaneamente*** aplicáveis. Quanto às modificações da implementação das garantias de direitos humanos que possam ser autorizadas no que é em geral chamado de ***emergência públicas com ameaça da vida do país***, estas serão mencionadas brevemente na cláusula 2.8 abaixo e com mais detalhes no Capítulo 16.

O direito internacional dos direitos humanos é aplicável sempre, ou seja, tanto em tempo de guerra quanto em tempo de tumulto, inclusive conflito armado, quer tenha natureza nacional ou internacional.

³² *Seguridad del Estado, Derecho Humanitario y Derechos Humanos, Informe Final*, São José, Costa Rica, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1984, p.7.

³³ J. Patnogie e B. Jakovljevic, *International Humanitarian Law in the Contemporary World*, Sanremo, Itália, Instituto Internacional de Direito Humanitário (Coleção de Publicações 10), 1991, p. 28.

³⁴ Ver, por exemplo, Artigo 3, comum às Quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949; Artigo 75 do Protocolo Adicional à Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949, e referente à Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Internacionais (Protocolo 1); e Artigo 2 (1) do Protocolo Adicional das Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, e referente à Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Não Internacionais (Protocolo 11).

*Isto significa que haverá situações em que o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário serão aplicáveis **simultaneamente**.*

2.6 Reservas e declarações interpretativas dos tratados internacionais dos direitos humanos

Ao se avaliar o escopo exato das obrigações legais de um determinado Estado sob um tratado de direitos humanos, é necessário determinar se o Estado fez uma *reserva* ou, possivelmente, uma *declaração interpretativa* por ocasião da ratificação ou adesão. Os principais tratados de direitos humanos mencionados neste Manual permitem que sejam feitas reservas, embora tenham formas um tanto diferentes de regular a matéria. Ao decidir se um Estado membro fez, efetivamente, uma reserva verdadeira ao invés de uma mera declaração sobre seu entendimento da interpretação de uma disposição ou uma declaração de política, o Comitê de Direitos Humanos criado para monitorar a implementação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos declarou, em seu Comentário Geral no. 24, que considerará “a *intenção* do Estado e não a forma do instrumento”.³⁵ Embora este Acordo não contenha um Artigo específico regendo a questão de reservas, o Comitê de Direitos humanos declarou que a “ausência de uma proibição de reservas não significa que seja permitida qualquer reserva”, mas que a questão “é regida pelo direito internacional”.³⁶ Com base no Artigo 19 (3) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o Comitê declarou que “a questão de interpretação e aceitação de reservas” é regida pelo “teste de objeto e objetivo”.³⁷ Isto significa, por exemplo, que as reservas “devem ser específicas e transparentes, de forma que o Comitê, os que estão sob a jurisdição do Estado que faça a reserva e outros Estados Membros possam ser claros sobre quais obrigações de cumprimento de direitos humanos foram ou não assumidas”; de forma semelhante, uma resolução não “deve ser genérica, mas deve referir-se a uma disposição em particular do Acordo e indicar, em termos precisos, seu escopo em relação ao Acordo”.³⁸

A Convenção Americana sobre Direitos humanos expressamente determina, em seu Artigo 75, que “estará sujeita a reservas somente em conformidade com as disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”. Em seu Parecer Consultivo sobre o Efeito das Reservas, a Corte Inter-Americana de Direitos Humanos declarou que o Artigo 75 somente “faz sentido” se compreendido como permitindo que os “Estados façam quaisquer reservas que considerem apropriadas”, desde que “não

³⁵ Ver Comentário Geral no. 24 do documento das nações Unidas HR1/General Electric do Brasil Ltda./1/Rev. 5, Compilação dos Comentários Gerais e Recomendações Gerais Adotadas pelos Órgãos de Tratados de Direitos Humanos (doravante designada *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*), p. 150, §3;

³⁶ *Ibidem*, p. 151, § 6.

³⁷ *Ibidem*, ob. cit.

³⁸ *Ibidem*, p. 155, § 19.

sejam incompatíveis com o objeto e objetivo do tratado”.³⁹ Em seu Parecer Consultivo sobre Restrições à Pena de Morte, observou ainda, com respeito aos direitos que não podem ser suspensos em nenhuma circunstância de acordo com o Artigo 27 (2) da Convenção que “se seguiria daí que uma reserva que tenha sido feita para permitir que um Estado suspenda qualquer dos direitos fundamentais não derogáveis deve ser considerada como sendo incompatível com o objeto e objetivo da Convenção e, conseqüentemente, não permitida pela Convenção”.⁴⁰ A Corte aceitou, porém, que a “situação seria diferente se a reserva pleiteada meramente restringisse alguns aspectos de um direito não derogável sem privar o direito, como um todo, do seu objetivo básico”.⁴¹

Como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Carta Africana sobre Direitos Humanos não toca na questão das reservas. Contudo, o Artigo 64 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos expressamente proíbe reservas de “natureza geral”, embora permita reservas “com respeito a qualquer disposição particular da Convenção, na medida em que qualquer lei” em vigor no Território do Estado na data de assinatura ou ratificação “não esteja em conformidade com a disposição” em questão.

Ao interpretar e aplicar tratados internacionais, os juizes, promotores e advogados nacionais podem, portanto, ter também de considerar as obrigações legais relevantes do Estado, à luz das reservas ou declarações interpretativas.

O escopo das obrigações legais de um Estado de acordo com tratado internacional dos direitos humanos pode ter de ser considerado à luz de quaisquer reservas ou declarações interpretativas existentes.

De acordo com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as reservas devem ser compatíveis com o objeto e objetivo do tratado.

A Convenção Européia sobre Direitos Humanos proíbe reservas de caráter geral. As reservas devem se relacionar a uma disposição específica da Convenção.

2.7 Limites do exercício de direitos

O **exercício** – apesar de não ser a substância, por si – de certos direitos, tais como o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de associação e reunião, o direito à liberdade de movimento e o direito ao respeito à privacidade do indivíduo, à vida

³⁹ I-A Court HR, *The Effect of Reservations on the Entry Into Force of the American Convention on Human Rights* (Artigos 74 e 75),

⁴⁰ I-A Court HR, *Restrições sobre a Pena de Morte* (Artigo 4 (2) e 4 (4) *American Convention on Human Rights*), Parecer Consultivo OC-3/83, de 8 de setembro de 1983, Série A, No. 3, p. 83, § 61.

⁴¹ *Ibidem*, p.84;

familiar e à correspondência, em geral, é acompanhado de certas restrições que podem ser impostas, por exemplo, para proteger os direitos e liberdades de terceiros, a segurança nacional e saúde pública ou moral.⁴² Tais limitações são o resultado de interesses cuidadosamente analisados. O que elas mostram é o equilíbrio entre, de um lado, o *interesse individual* em maximizar o gozo do direito que pertence ao indivíduo, e, de outro lado, o interesse da sociedade em geral, ou seja, o *interesse geral*, de impor certas restrições ao exercício deste direito, desde que sejam feitas *de acordo com a lei e sejam necessários em uma sociedade democrática* para certos *objetivos específicos legítimos*. Ao interpretar e aplicar tais limitações em qualquer determinado caso, será, portanto, necessário fazer um exame cuidadoso da *proporcionalidade da medida ou das medidas restritivas em questão, tanto em geral quanto quando aplicadas ao caso individual*. O Capítulo 12 deste Manual oferece inúmeros exemplos de como tais limitações têm sido aplicadas nos casos específicos.

Limitações sobre o exercício de direitos humanos são o resultado de um equilíbrio cuidadoso entre o interesse individual e o interesse geral e, a fim de serem legais, devem:

- *Ser definidas pela lei;*
- *Ser impostas para um ou mais fins legítimos específicos;*
- *Ser necessárias para um ou mais de tais fins, em uma sociedade democrática (proporcionalidade).*

A fim de que a limitação seja necessária, tanto em geral quanto quando aplicada ao caso individual, deve responder a uma necessidade social claramente estabelecida. Não é suficiente que a limitação seja desejável ou simplesmente não prejudique o funcionamento da ordem democrática constitucional.

2.8 Derrogações das obrigações legais internacionais

Ao interpretar e aplicar os termos de três principais tratados gerais sobre direitos humanos, *particularmente em graves situações de crise quando a vida do país está em perigo*, os juizes, promotores e advogados nacionais terão também de considerar a possibilidade de que o Estado envolvido tenha modificado o escopo de suas obrigações legais internacionais, recorrendo a derrogações *temporárias*. A questão da administração da justiça criminal durante estados de exceção será tratada no Capítulo 16, e, portanto,

⁴² Ver, por exemplo, os Artigos 12 (3), 13, 18(3), 19(3), 21, 22(2) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; Artigos 11 e 12(2) da Carta Africana sobre Direitos Humanos; Artigos 11(2), 12(3), 13(2), 15 e 16(2) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e os Artigos 8(2)-11(2) da Convenção Europeia sobre Direitos humanos.

será suficiente neste contexto salientar que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 4), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigo 27) e a Convenção Européia sobre Direitos Humanos (Artigo 15) estabelecem a possibilidade de os Estados Membros recorrerem a derrogações em situações de emergência particularmente sérias. Contudo, a Carta Africana sobre Direitos humanos não tem disposição de emergência correspondente, e sua ausência é vista pela Comissão Africana dos Direitos Humanos “como uma expressão do princípio que a restrição de direitos humanos não é a solução para as dificuldades nacionais”, e que “o exercício legítimos dos direitos humanos não impõe perigo a um Estado democrático governado pela norma de lei”.⁴³

Nos tratados em que há direito de derrogação, este está sujeito a *requisitos formais e substantivos estritos*, e nunca pretendeu oferecer ao Governo poderes ilimitados para evitar o cumprimento de suas obrigações decorrentes dos tratados. Em particular, é aplicável *um princípio de proporcionalidade qualificada* pois, de acordo com todos os tratados acima mencionados, as limitações devem “ser estritamente necessárias pelas exigências da situação”. Ademais, deve-se observar que alguns direitos, tais como o direito à vida e o direito à liberdade de tortura, não podem, em nenhuma circunstância, ser derogados, e que a lista de direitos não derogáveis encontrada no segundo parágrafo dos referidos artigos *não* é exaustiva. Em outras palavras, não se pode argumentar em *contrário*, que em virtude de um direito não estar expressamente indicado como sendo não derogável, os Estados Membros possam proceder a limitações extraordinárias do seu exercício.

Uma vez que os artigos sobre derrogação oferecem limitações extraordinárias do exercício dos direitos humanos, os juizes nacionais e internacionais devem estar conscientes de sua obrigação de interpretar tais Artigos, interpretando-os de forma estrita, para que os direitos individuais não fiquem privados de sua substância. Ao maximizar sempre o exercício dos direitos humanos, os Estados estão mais inclinados a superar suas situações de crise de forma positiva, construtiva e sustentável.

De acordo com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e com as Convenções Americana e Européia sobre Direitos humanos, os Estados Membros têm o direito, em certas situações particularmente difíceis, de derrogar algumas de suas obrigações legais.

O direito de derrogar fica sujeito a requisitos estritos, formais e substantivos.

⁴³ Ver decisões sem data: ACHPR, Casos de Anistia Internacional, *Comité Loosli Bachelard, Lawyers Committee for Human Rights, Associatiion of members of the Episcopal Conference of East Africa v. Sudan*, No. 48/90, 50/91, 52/91 e 89/93, § 79; o texto usado é o texto encontrado no site: http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/48-90_50-91_52-91_89-93.html.

Alguns direitos fundamentais nunca podem ser derogados, sob nenhuma circunstância.

O direito de derogar deve ser interpretado de forma a não privar os direitos individuais de sua substância.

As derrogações não são permitidas sob a Carta Africana de Direitos Humanos.

2.9 Responsabilidade Internacional do Estado por violações de direitos humanos

De acordo com o direito internacional, os Estados incorrerão em responsabilidade por não cumprirem suas obrigações legais de *respeitar* e *assegurar*, ou seja, de *garantir* o exercício efetivo dos direitos humanos reconhecidos em um tratado vinculatório para o Estado envolvido ou em qualquer outra fonte de lei. Como explicado pela Corte Inter-Americana de Direitos humanos no caso *Velásquez*, “a redução de tais direitos, que pode ser atribuída, de acordo com as normas de direito internacional, a ato ou omissão de qualquer autoridade pública, constitui um ato imputável ao Estado, que assume responsabilidade nos termos previstos” pela fonte legal envolvida.⁴⁴ Apesar de, neste Julgamento, a Corte estar explicando o significado do Artigo 1(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na verdade, a Corte meramente declarou uma norma de lei geral, aplicável ao direito internacional dos direitos humanos, como um todo.

Os agentes pelos quais o Estado é responsável incluem os grupos e indivíduos tais como servidores civis ministeriais, juizes, oficiais de polícia, oficiais carcerários, oficiais alfandegários, professores, empresas controladas pelo governo e outros grupos semelhantes. Isto significa que os Estados têm a obrigação de *impedir, investigar, punir* e, sempre que possível, *restaurar direitos* que tenham sido violados e/ou *oferecer compensação*.⁴⁵

O direito internacional dos direitos humanos algumas vezes também tem um importante *efeito para terceiros*, uma vez que os Estados podem ser responsáveis por não ter tomado medidas razoáveis para *impedir os indivíduos ou grupos privados* de praticar atos que violam os direitos humanos, ou para *oferecer proteção adequada contra tais violações de acordo com a lei nacional*.⁴⁶ Conforme decidido pela Corte Européia de

⁴⁴ *I-A Court HR, caso Velásquez Rodriguez*, decisão de 29 de julho de 1988, Série C, No. 4, p. 151, § 164.

⁴⁵ Ver, por exemplo, *ibidem* p. 152, § 166. Quanto às obrigações de oferecer proteção efetiva ao direito à vida, sob o Artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ver, por exemplo, o Comentário Geral no. 6, na Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, p 114-116.

⁴⁶ Ver, sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos, *I-A Court HR, caso Velásquez Rodrigues*, julgamento de 29 de julho de 1988, série C, No. 4, p. 155-156, § 176-177, e, sobre o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, documento das Nações Unidas, GAOR, A/47/40, *Report HRC*, p. 201, § 2, no nível europeu, ver, por

Direitos humanos com respeito ao direito de respeitar a privacidade e a vida familiar de uma pessoa, no Artigo 8 da Convenção Européia de Direitos Humanos, por exemplo, esta disposição

“é essencialmente de proteção individual contra interferência arbitrária das autoridades públicas, e não obriga, simplesmente, o Estado de abster-se de tal interferência; além deste compromisso primordialmente negativo, pode haver obrigações positivas inerentes em um efetivo respeito pela vida particular ou familiar (...) Tais obrigações podem envolver a adoção de medidas destinadas a garantir o respeito pela vida particular, mesmo na esfera de relações dos indivíduos entre si”.⁴⁷

Os Estados Membros da Convenção Européia de Direitos Humanos terão, portanto, de oferecer “proteção prática e efetiva” em seu direito interno “quando os valores fundamentais e aspectos essenciais da vida privada estiverem em jogo”, tal como, por exemplo, a fim de proteger pessoas contra abuso sexual,⁴⁸ ou nos casos de punição pessoal por membros da família, que constituam violação do Artigo 3 da Convenção.⁴⁹

Com respeito ao dever de *garantir* a todos dentro da sua jurisdição o direito à vida, a Corte Européia decidiu que “envolve uma obrigação primordial” colocar “em vigor disposições da lei criminal efetivas para impedir o cometimento de ofensas contra a pessoa, com o suporte do maquinário de execução da lei para prevenção, supressão e punição de tais disposições”, e, ainda, que tal obrigação

“também se estende, nas circunstâncias apropriadas, a uma obrigação positiva das autoridades de tomar medidas operacionais preventivas para proteger um indivíduo ou indivíduos cuja vida esteja em risco dos atos criminosos de outro indivíduo (...)”.⁵⁰

Tais decisões são significativas, uma vez que estendem o escopo das obrigações legais internacionais dos Estados para além da esfera estritamente pública, para a área da vida privada, permitindo, portanto, uma proteção mais adequada e efetiva contra as várias formas de violação de direitos humanos, tais como abuso físico e mental de crianças, mulheres e dos deficientes mentais.

exemplo, *Eur. Court HR, Case of A. v. the United Kingdom*, julgamento de 23 de setembro de 1998, *Reports 1998 – VI*, p. 2692 e seguintes.

⁴⁷ *Eur. Court HR, Caso de X. e Y. v. the Netherlands*, julgamento de 26 de setembro de 1985, série A, No. 91, p. 11, § 23.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 14, § 30 e p. 13, § 27.

⁴⁹ *Eur. Court HR, Caso de A. v. the United Kingdom*, julgamento de 23 de setembro de 1998, Relatórios 1998-VI, referente à responsabilidade do Reino Unido por surra da criança pelo seu padrasto.

⁵⁰ *Eur. Court HR, Case of Mahmut Kaya v. Turkey*, julgamento de 28 de março de 2000, § 85. O texto usado é o encontrado no site: <http://judoc.echr.coe.int/hudoc/>.

O Estado, contudo, somente incorrerá em responsabilidade internacional por violação de direitos humanos se tiver deixado de prover a pretensa vítima com um recurso adequado e efetivo, através do trabalho de seus próprios tribunais ou autoridades administrativas. O requisito de nível internacional, de que todos os recursos nacionais *efetivos* devem ter sido exauridos antes de a reclamação da pretensa vítima poder ser considerada por um órgão de monitoramento internacional de caráter judicial ou quase-judicial foi introduzido precisamente a fim de permitir que o próprio Estado repare os males cometidos. Isto também significa que o estabelecimento de vários maquinários internacionais para proteção do ser humano é, na verdade, “subsidiário” aos sistemas nacionais disponíveis para a proteção do indivíduo, uma vez que “somente se envolveram por procedimentos contenciosos e após todos os recursos nacionais terem sido exauridos”.⁵¹

A responsabilidade dos Estados de oferecer proteção e reparação às vítimas de abuso de poder será tratada com alguns detalhes no Capítulo 15 deste Manual.

*Sempre que obrigados pelo direito internacional dos direitos humanos, os Estados têm a obrigação legal **estrita** de garantir a proteção efetiva dos direitos humanos a todas as pessoas dentro de sua jurisdição.*

*O dever legal dos Estados de proteger os direitos humanos implica uma obrigação de **impedir, investigar e punir** violações de direitos humanos, bem como de restaurar os direitos, sempre que possível ou **oferecer compensação**.*

*Os Estados terão ainda a obrigação legal não apenas de oferecer proteção contra violações de direitos humanos cometidas pelas autoridades públicas, mas também de assegurar a existência de proteção adequada em seu direito interno contra violações de direitos humanos cometidas entre **pessoas físicas privadas**.*

3. Empresas Comerciais e Direitos Humanos

Nos últimos anos tem havido muita discussão sobre a questão de se e em que medida pessoas jurídicas outras que não os Estados, tais como empresas comerciais,

⁵¹ Declaração referente à Convenção Européia de Direitos Humanos, *Eur. Court HR, Case of Handyside*, julgamento de 7 de dezembro de 1976, Série A, Vol. 24, p. 22, § 48.

podem e devem ser consideradas legalmente responsáveis pelo não cumprimento das normas do direito internacional dos direitos humanos, no exercício de suas várias atividades. Embora tenha ficado claro no item anterior que os próprios Estados podem ter a obrigação de garantir que seu direito interno também ofereça recursos adequados contra violações sérias de direitos humanos que possam ser cometidas por pessoas físicas privadas, tal raciocínio pareceria ser igualmente aplicável às atividades de empresas comerciais. Porém, isto não é a mesma coisa que dizer que tais empresas estão *elas mesmas* incorrendo em responsabilidade legal por quaisquer atos ofensivos.

A discussão em nível internacional da responsabilidade legal das empresas comerciais de garantir direitos humanos oferece uma variedade de idéias referentes, dentre outros, aos padrões de proteção de trabalhadores de abusos ou o meio ambiente de dano e destruição desnecessários. Contudo, o desenvolvimento do direito nesta área importante está ainda em seu início, e os argumentos existentes nessa fase pertencem, primordialmente, ao campo de *lex ferenda*.

Uma vez que o objetivo deste Manual é explicar as obrigações legais dos próprios Estados de acordo com o direito internacional, nenhuma outra consideração será dada às possíveis responsabilidades legais das empresas comerciais, de protegerem os direitos humanos. Entretanto, os juizes, promotores e advogados podem muito bem ser confrontados com tais problemas no exercício de suas funções profissionais no nível nacional. Além de quaisquer obrigações que as empresas comerciais podem ter de proteger os direitos individuais e o meio ambiente, de acordo com a lei nacional, pode, portanto, ser útil aos profissionais do direito estarem cientes do fato de que as discussões estão ocorrendo em nível internacional e que há, no mínimo, um dever ético de acordo com o direito internacional das empresas conduzirem seus negócios de forma a respeitar os direitos humanos básicos.⁵²

Os Estados podem ter uma obrigação legal internacional de assegurar proteção adequada em seu direito interno contra violações de direitos humanos cometidas por empresas comerciais.

As empresas comerciais podem, elas mesmas, ter a obrigação legal no campo de direitos humanos, derivada do direito nacional.

Em nível internacional, as empresas comerciais são consideradas como tendo, no mínimo, uma responsabilidade ética com respeito a direitos humanos fundamentais.

⁵² Leitura sugerida sobre a questão de empresas comerciais e direitos humanos: *Michael Addo, Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations* (The Hague, Kluwer Law International, 1999); e Alan Dignam e David Allen, *Company Law and the Human Rights Act 1998* (Londres, Butterworth, 2000).

4. Direito internacional dos direitos humanos em nível nacional

4.1 Incorporando o direito internacional aos sistemas legais nacionais

Como observado anteriormente e como estabelecido no Artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, um Estado “não pode invocar as disposições do seu direito interno como justificativa da sua falha em cumprir um tratado”. Por outro lado, os Estados são livres para escolher suas próprias modalidades para implementar, efetivamente, suas obrigações legais internacionais e para fazer com que o direito interno esteja em cumprimento de tais obrigações. Uma vez que os sistemas legais nacionais diferem, consideravelmente, sob esse aspecto, embora também tenham algumas semelhanças, ficará a cargo de cada juiz, promotor e advogado nacional manter-se informado sobre a forma de incorporação das obrigações legais internacionais do Estado no direito nacional. Abaixo será dada um simples resumo geral das várias formas pelas quais um Estado pode modificar sua lei municipal, de forma a torná-la conforme com suas obrigações legais internacionais.

- ❖ Primeiro, de acordo com a teoria *monista*, da qual há, na verdade, várias versões diferentes,⁵³ o direito internacional e o direito nacional podem, em termos gerais, ser descritos como constituindo um único sistema legal. Isto significa que uma vez que um Estado tenha ratificado um tratado para proteção do ser humano, por exemplo, os termos de tal tratado tornar-se-ão *automaticamente* normas compulsórias do direito nacional.
- ❖ Em segundo lugar, de acordo com a teoria *dualista*, o direito nacional e o direito internacional são sistemas legais diferentes. O direito nacional é supremo, e para os juizes nacionais serem competentes para aplicar as normas internacionais dos tratados, por exemplo, os tratados têm de ser *especificamente adotados ou transportados* para o direito nacional interno. Portanto, um tratado de direitos humanos ratificado pelo Estado envolvido não pode, em princípio, ser invocado pelos juizes nacionais, a menos que o tratado seja incorporado à lei nacional, um processo que, normalmente, exige uma lei.

Entretanto, tais teorias têm sido criticadas por não refletirem a conduta dos órgãos nacionais e internacionais e estão perdendo terreno, gradativamente. Para os profissionais do direito é, portanto, mais importante enfatizar a prática do que a teoria.⁵⁴ As

⁵³ Ver Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford, Clarendon Press, 3a. edição, 1979), p. 34.

⁵⁴ Quanto ao monismo e dualismo, Higgins declara que “é claro que qualquer que seja a teoria que você adote, haverá ainda o problema de qual sistema prevalece quando há um conflito entre os dois”; e que “no mundo real, a resposta freqüentemente depende do tribunal que a dá (se é um tribunal nacional ou de direito internacional), e sobre

modificações do papel e da percepção e compreensão nacionais da lei internacional, em geral, e da direito internacional dos direitos humanos, em particular, têm levado a um uso maior de tal lei nos tribunais nacionais. Um dos objetivos deste Manual é, portanto, preparar os juizes, promotores e advogados para adaptarem e contribuïrem com tais modificações fundamentais. Segue uma lista de alguns dos principais meios através dos quais as normas internacionais de direitos humanos podem estar contidas na lei nacional ou ser, de outra forma, aplicadas pelos tribunais nacionais e outras autoridades competentes:

- ❖ **Constituições:** Muitas constituições efetivamente contêm numerosas disposições sobre direitos humanos, que podem seguir o texto, por exemplo, da Declaração universal de Direitos humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos ou das convenções regionais de direitos humanos. O uso de tal terminologia comum permite que os juizes, promotores e advogados se baseiem na jurisprudência, em particular, das cortes internacionais e de outros órgãos de monitoramento ao interpretarem o significado de suas próprias disposições constitucionais e de outras disposições;
- ❖ **Outra Legislação Nacional:** Muitos Estados adotam uma legislação específica, quer para clarificar ou elaborar suas próprias disposições constitucionais, ou para adaptar suas leis nacionais às suas obrigações legais internacionais. Ao transformar o direito internacional em lei nacional, são freqüentemente usados os mesmos termos, permitindo, portanto, que os profissionais de direito se inspirem na jurisprudência internacional ou na jurisprudência de outros Estados;
- ❖ **Incorporação:** É também comum aos Estados incorporarem os tratados internacionais sobre os direitos humanos ao seu direito nacional, mediante a promulgação de uma lei nacional. Este é, por exemplo, o caso da Convenção Européia de Direitos Humanos no Reino Unido, que foi incorporada à lei britânica em virtude da Lei de Direitos humanos de 1998, que entrou em vigor em 2 de outubro de 2000;
- ❖ **Aplicabilidade Automática:** Em alguns Estados, os tratados têm precedência sobre a lei nacional e são, portanto, automaticamente aplicáveis nos tribunais nacionais assim que são ratificados pelo Estado envolvido;
- ❖ **Interpretação do Direito Anglo-Saxônico:** Ao interpretar os princípios do direito comum, os juizes podem se basear no direito internacional dos direitos humanos e na jurisprudência internacional que interpreta tal lei;
- ❖ **No caso de lacuna da lei:** Em alguns países pode haver uma lacuna na legislação nacional com respeito, dentre outras questões, aos direitos humanos; porém, dependendo das circunstâncias, os juizes e advogados podem se basear no direito

a questão indagada”; na sua visão, “tribunais diferentes tratam da questão de forma diferente”, ver Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Oxford, Clarendon Press, 1994), p. 205.

internacional dos direitos humanos bem como na jurisprudência internacional relevante – ou na jurisprudência nacional de outros países – a fim de aplicar alguns princípios legais básicos para a proteção do indivíduo.

Numerosos esforços têm sido feitos nos últimos anos – tanto através de programas de assistência técnica das Nações Unidas quanto através de vários programas de treinamento oferecidos pelas organizações regionais, tais como a Organização dos Estados Americanos, o Conselho da Europa e a Organização de Segurança e Cooperação na Europa – para ajudar os Estados a adaptarem suas leis às suas obrigações legais internacionais, e ainda para treinar os profissionais do direito de forma a permitir que eles façam dos direitos humanos uma realidade viva dentro de suas jurisdições específicas. Vários institutos independentes de direitos humanos e organizações não governamentais (ONGs) mantêm também programas extensivos de treinamento para as várias profissões legais.

Os Estados não podem invocar seu direito interno para justificar violações do direito internacional, mas são livres para escolher as modalidades de implementação do referido direito.

4.2 A aplicação do direito internacional dos direitos humanos nos tribunais nacionais: alguns exemplos práticos

Um número crescente de tribunais nacionais, tanto nos países de direito anglo-saxônico quanto de direito romano interpretam e aplicam, atualmente, os padrões dos direitos humanos internacionais. Os seguintes casos mostram de que forma tais padrões podem influenciar as decisões tomadas pelos tribunais nacionais.

Alemanha: Em um caso envolvendo um pianista americano pertencente à Igreja de Cientologia e o Governo de Baden-Württemberg, o Tribunal Administrativo de Recursos de Baden-Württemberg considerou os fundamentos do recurso do autor à luz não apenas do Direito Germânico Básico, mas também do Artigo 9 da Convenção Européia de Direitos Humanos e dos Artigos 18 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

A ação originou-se das negociações conduzidas entre um agente, atuando em nome do Governo, e o pianista, referentes à participação do pianista em um concerto a ser realizado com respeito à apresentação, ao público, do programa de estrutura do Campeonato Mundial de Atletismo. As negociações foram interrompidas quando houve conhecimento de que o pianista envolvido era membro da Igreja de Cientologia. Em uma resposta escrita à pergunta feita pelo Parlamento de Baden-Württemberg, o Ministro de Cultura e Esportes, atuando em conjunto com o Ministro da Família, Mulher, Educação e Arte, explicou que a promoção, pelo Estado, de eventos culturais deve ser questionada quando as pessoas participantes são membros ativos e confessos da Igreja de Cientologia

ou de grupos semelhantes; por este motivo, recusaram-se a contratar o pianista, conforme originalmente idealizado. O pianista argumentou que seu direito à liberdade de religião foi violado pela resposta escrita dos Ministros. Contudo, o Tribunal Administrativo de Recursos concluiu que a proteção permitida pelo Artigo 9 da Convenção Européia e pelo Artigo 18 do Pacto Internacional não foi infringida. Quanto à pretensa violação do disposto no Artigo 26 do Pacto Internacional, o tribunal também considerou que o artigo não foi violado, uma vez que a resposta ministerial não resultou em tratamento discriminatório do pianista com base em sua crença ou convicção religiosa, a resposta tendo ficado limitada ao anúncio de um procedimento específico a ser seguido no futuro com respeito à concessão de bolsas disponíveis para a organização de eventos por terceiros/agentes. Por este motivo, e considerando que o autor neste caso não era o ganhador de nenhuma bolsa, não foi necessário esclarecer se o Tribunal se basearia, dentre outras, na proteção outorgada pelo Artigo 26 do Pacto Internacional, se um pedido de bolsa tivesse sido rejeitado com a justificativa acima mencionada.⁵⁵

Nova Zelândia: O caso de 1994, *Simpson v. Attorney General*, um dos mais famosos casos de direitos humanos da Nova Zelândia, originou-se de uma busca pretensamente irrazoável feita na casa do autor que, segundo alegado pelo autor, teria violado a Declaração de Direitos Humanos da Nova Zelândia de 1990. Em sua decisão, o Tribunal de Recursos enfatizou que os objetivos da Declaração de Direitos Humanos eram

“confirmar, proteger e promover os direitos humanos e as liberdades fundamentais da Nova Zelândia e confirmar o compromisso da Nova Zelândia com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Desses objetivos, ficou implícito que os recursos efetivos deveriam estar disponíveis a qualquer pessoa cujas garantias da Declaração de Direitos Humanos tenham sido pretensamente violados”.⁵⁶

No caso de “violação dos direitos de uma pessoa inocente”, “compensação monetária era” na visão do Tribunal, “um recurso apropriado e adequado, na verdade o único recurso efetivo”.⁵⁷ Como observado pelo Tribunal, isto “era consistente com a abordagem da Declaração de Direitos Humanos e da jurisprudência internacional sobre os recursos no caso de violação de direitos humanos”, e a referência a esse respeito foi feita, entre outras, à jurisprudência sobre recursos do Comitê de Declaração dos Direitos Humanos e à Corte Inter-Americana de Direitos Humanos.⁵⁸

Reino Unido: O caso mais importante decidido nos últimos anos em que o direito internacional dos direitos humanos teve um papel importante foi o caso de *Pinochet*, que foi decidido pela Câmara do Parlamento inglês, em 24 de março de 1999, e que se

⁵⁵ *Urteil vom 15. Oktober 1996, Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, 10 S 1765/96, especialmente p. 11-16: quanto ao Artigo 25 do Pacto Internacional, ver p. 16.*

⁵⁶ *Simpson v. Attorney General* (1994) 1 HRNZ, p. 42-43.

⁵⁷ *Ibidem*, em 43.

⁵⁸ *Ibidem*, ob. cit.

originou do pedido que o Senador do Chile – e ex-Chefe de Estado do Chile – fosse extraditado do Reino Unido para a Espanha para ser julgado pelos crimes de tortura e conspiração com tortura, manutenção de reféns e conspiração para tomar reféns, bem como conspiração para cometer homicídio – atos cometidos enquanto ele ainda estava no poder. As obrigações resultantes da Convenção de 1984 contra Tortura e outro Tratamento ou Punição Cruel, Desumana ou Degradante foram incorporadas à lei do Reino Unido pelo Artigo 134 da Lei de Justiça Criminal de 1988, que entrou em vigor em 29 de setembro de 1988. A Convenção contra Tortura foi ratificada em 8 de dezembro de 1988. Em virtude de tais modificações, a tortura, onde quer que ocorra em qualquer parte do mundo, tornou-se um crime a ser julgado no Reino Unido. A questão colocada à Câmara do Parlamento no segundo recurso era se houve crime passível de extradição e, em caso de resposta afirmativa, se o Senador Pinochet era imune de julgamento por cometer tais crimes.⁵⁹ A questão de dupla criminalidade se tornou uma questão importante, com a maioria dos membros da Câmara considerando que o Senador Pinochet somente poderia ser extraditado por acusações referentes a atos que fossem crimes no Reino Unido, *na data em que ocorreram*. A maioria dos membros concluiu que a imunidade do Estado com respeito a tortura havia sido excluída pela Convenção contra Tortura, e que o crime de tortura e conspiração com tortura cometido após 8 de dezembro de 1988 era passível de extradição, enquanto a minoria dos membros da Câmara considerou que os tribunais da Inglaterra tinham jurisdição extraterritorial a partir de 29 de setembro de 1988, quando entrou em vigor o Artigo 134 da Lei de Justiça Criminal de 1988.

Esta decisão permitiu que o Secretário de Estado do Reino Unido pudesse prosseguir com o procedimento referente às partes relevantes do pedido da Espanha de extradição do Senador Pinochet. Contudo, em 2 de março de 2000, após os peritos médicos terem concluído que o ex Chefe de Estado do Chile não era adequado para suportar o julgamento, o Secretário de Estado decidiu que ele não seria extraditado para a Espanha, mas estava livre para deixar a Bretanha. Apesar do seu resultado final, este caso é um marco no direito internacional dos direitos humanos, uma vez que confirmou a erosão da noção da imunidade do Estado por crimes internacionais, em resultado da entrada em vigor da Convenção contra Tortura.

África do Sul: O exemplo da África do Sul é significativo, uma vez que após o colapso do regime do *apartheid*, foi redigida uma constituição que foi bastante influenciada pelos padrões internacionais de direitos humanos e que contém, em seu Capítulo 2, uma Declaração de Direitos Humanos detalhada, que inclui uma ampla variedade de direitos, tais como o direito à igualdade, o direito à liberdade e segurança da pessoa, à liberdade de expressão, reunião e associação, direitos políticos, direitos de meio ambiente, direito de propriedade, direito de acesso a acomodações adequadas, direito a

⁵⁹ Ver definição da questão pelo membro da Câmara, Lord Brown Wilkinson, Câmara do Parlamento, Julgamento de 24 de março de 1999 – *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet* (em recurso da Corte Distrital de Queen's), este julgamento pode ser encontrado no site <http://www.publications.parliament.uk>.

serviços de cuidados com a saúde, comida e bebida suficientes, seguridade social, direitos da criança, direito à educação básica, direito de acesso aos tribunais e direitos de pessoas presas, detidas e acusadas.

O direito internacional dos direitos humanos teve um impacto considerável sobre o desenvolvimento do direito nacional e é, atualmente, invocado e aplicado com frequência pelos tribunais nacionais.

5. O Papel dos Profissionais de Direito na Implementação dos Direitos Humanos

Em consequência dos desenvolvimentos legais das últimas poucas décadas, os direitos humanos deixaram de ser uma “atividade adicional”, e se tornaram “uma área do direito que é fundamental a todos e que permeia todas as atividades legais, econômicas e sociais, no direito público e no direito privado”.⁶⁰ Em um desenvolvimento recente, particularmente interessante, também foi reconhecida a “importância universal dos direitos humanos” para empresas e advogados empresariais.⁶¹ Mesmo assim, embora a influência do direito internacional dos direitos humanos sobre as várias dimensões do direito nacional esteja, portanto, firmemente ganhando terreno, seu potencial verdadeiro ainda resta ser explorado.⁶²

É o papel profissional e dever dos juizes, promotores e advogados no mundo todo explorar esse potencial e sempre usar suas respectivas competências para assegurar que prevaleça uma *norma justa de direito*, inclusive respeito pelos direitos do indivíduo. Embora este Manual inteiro pretenda oferecer conhecimento e orientação aos profissionais do direito em seu trabalho diário, o Capítulo 4 enfocará as normas e princípios específicos que condicionam o trabalho dos juizes, promotores e advogados. Essas normas e princípios devem ser aplicados de forma consistente e meticulosa, uma vez que os juizes, promotores e advogados talvez tenham o único papel mais importante a desempenhar na aplicável do direito nacional e internacional dos direitos humanos. Seu trabalho constitui o pilar chefe da proteção legal efetiva dos direitos humanos, sem que os

⁶⁰ Ver editorial de Lord Goldsmith QC e Nicholas R. Cowderi QC, “The Role of the Lawyer in the Human Rights”, in HRI News (jornal do Instituto IBA de Direitos Humanos), volume 4, no. 2, 1999, p.1

⁶¹ Ibidem, loc. cit, ver também Nicholas R. Cowderi QC, “Human Rights in Commercial Practice – an IBA Perspective”, ibidem, p 16018, e Stephen Bottomley, “Corporations and Human Rights”, ibidem p 19-22.

⁶² Ver referência ao discurso do Desembargador Kirby, ibidem, p. 10.

princípios nobres destinados a proteger o indivíduo de qualquer abuso de poder sejam privados de muito ou de todo o seu significado.

6. Observações Finais

Este capítulo ofereceu uma sinopse do desenvolvimento moderno da proteção internacional ao ser humano, que se originou do anseio mundial de obter ordenamentos legais internacionais e nacionais *pacíficos, seguros e justos*. Ademais, explicou algumas das noções básicas relevantes ao direito internacional dos direitos humanos e ofereceu uma descrição, embora geral, do papel a ser desempenhado pelo profissional do direito, dentro de sua respectivas áreas de competência, a fim de poder efetivamente usar as ferramentas legais disponíveis para proteger o ser humano de abusos de poder. Devemos agora nos voltar para um exame sucinto dos termos e funcionamento das principais convenções universais e regionais de direitos humanos existentes.

..... **Capítulo 2**
OS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS
DOS DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS
E OS MECANISMOS PARA SUA
IMPLEMENTAÇÃO

Objetivos da Aprendizagem

- *Familiarizar os participantes com os principais tratados de direitos humanos universais e suas formas de implementação, e destacar o conteúdo de alguns outros instrumentos legais relevantes;*
- *Proporcionar um conhecimento básico sobre como esses recursos legais podem ser utilizados pelos profissionais da área jurídica, principalmente no âmbito doméstico, mas também, em alguma medida, no âmbito internacional.*

Perguntas

- *Alguma vez, no exercício de suas atividades profissionais como juízes, promotores ou advogados, vocês se depararam com algum acusado, réu, impetrado ou cliente alegando violações de direitos?*
- *Qual foi sua resposta?*
- *Você sabia que a legislação internacional sobre direitos humanos poderia orientá-lo na solução do problema?*
- *Você sabia que a suposta vítima poderia, em última análise, levar essas reclamações ao conhecimento de algum organismo internacional de acompanhamento?*
- *Em caso negativo, esse conhecimento teria alterado sua forma de responder a essa alegação de violação de direitos humanos?*
- *Você já levou algum caso contra o seu país a algum organismo internacional em nome de alguma suposta vítima de violação de direitos humanos?*
- *Em caso positivo, qual foi o resultado final desse caso?*
- *Qual é sua experiência geral na elaboração desse tipo de representação?*

1. Introdução

1.1 Objetivo do capítulo

Este capítulo fornecerá algumas informações básicas sobre o alcance da *proteção substantiva* e dos *mecanismos para controle da implementação* de alguns dos mais relevantes tratados sobre direitos humanos existentes no contexto universal. Uma vez que o número desses tratados tem crescido continuamente nas últimas décadas, no contexto limitado deste Manual, somente será possível tratar os pactos que tenham um objetivo geral no sentido de reconhecerem uma longa lista de direitos, bem como algumas poucas convenções que foram adotadas com o propósito específico de focalizar práticas particularmente hostis, como genocídio, tortura, discriminação racial e discriminação contra mulheres. Esta escolha teve como fundamento o fato de que esses são os tratados que juízes, promotores e advogados têm maior probabilidade de ter de interpretar e aplicar no curso do exercício diário das responsabilidades legais que pesam sobre si.

Dessa forma, este capítulo abordará, em primeiro lugar, os principais tratados realizados no âmbito das Nações Unidas. Em segundo lugar, abordará algumas das principais resoluções votadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, uma vez que, embora estas não sejam legalmente obrigatórias *per se*, seu conteúdo possui, como ponto mínimo em comum, um relevante valor político-moral que constitui importante fonte de orientação e inspiração para juízes, promotores e advogados nos diversos países. Em seguida, será feita uma breve referência a alguns dos instrumentos votados pelo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, bem como pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO). Por fim, este capítulo fornecerá algumas informações básicas sobre os mecanismos extra-convencionais para o monitoramento dos direitos humanos, adotados pelas Nações Unidas, aplicáveis a todos os estados das Nações Unidas com base em seu compromisso legal geral “de agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente [com o propósito de promover] o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (Art. 56 da Carta das Nações Unidas, lido em conjunto com o Art. 55(c)).

1.2 Os mecanismos de controle com base em tratados internacionais

Cada um dos tratados abordados neste capítulo possui um sistema diferente de implementação, variando de *procedimentos de comunicação* gerais e específicos a mecanismos quase-judiciais e judiciais envolvendo o *juízo de representações* feitas por indivíduos ou grupos de indivíduos, e, em alguns casos, até mesmo por outros Estados. Pode-se dizer que esses procedimentos são, em muitos aspectos, complementares e, embora tenham propósitos imediatos ligeiramente diferentes, a meta geral de salvaguarda de direitos humanos é idêntica em cada caso.

Em termos gerais, os procedimentos de comunicação têm a função de levar à condução de inventários regulares e sistemáticos do progresso obtido na implementação das obrigações do tratado, com o propósito de criar um diálogo entre o órgão de monitoramento internacional pertinente e o Estado parte em questão, com o objetivo de assistir este último na introdução de ajustes à lei e práticas domésticas, exigidos por força de obrigações contidas em seus tratados internacionais. Esses relatórios são examinados e discutidos em público e na presença de representantes do Estado parte. Enquanto o objetivo desse diálogo é, por cento, atingir a obtenção de uma melhora *geral* da situação dos direitos humanos no país em questão, não existe a possibilidade de *reparação individual* em caso de violações. Existe ainda uma tendência crescente de que organizações não-governamentais (ONGs) se envolvam no trabalho dos vários comitês. Essas organizações são importantes fontes de informação sobre a situação dos direitos humanos nos países sob exame e, com frequência, têm conhecimento especializado das questões legais tratadas nos comitês. Podem, dessa forma, dar úteis contribuições indiretas às discussões.

Ao elaborar seus relatórios periódicos para os vários órgãos internacionais de monitoramento, os Estados partes são obrigados fornecer informações detalhadas não apenas sobre o estado formal da legislação sob a jurisdição desses países, como também sobre a maneira como essa legislação é aplicada na prática. Ao elaborar esses relatórios, pode ocorrer que os Estados partes necessitem da assistência de membros das várias profissões vinculadas ao Direito.¹

Quanto aos procedimentos quase-judiciais e estritamente judiciais, estes são ativados apenas por ocasião de uma representação (comunicação, petição) protocolada por um indivíduo, ou, segundo alguns tratados, um grupo de indivíduos, ou até mesmo Estados partes. Seu objetivo específico é *remediar juridicamente* possíveis violações de direitos humanos *no caso particular* levado à apreciação dos órgãos julgadores ou comitês com o fim último, nos casos em que isso seja necessário, de induzir os Estados a modificar sua legislação de modo a torná-la conforme com suas obrigações legais no plano internacional. Atualmente, várias mudanças na legislação doméstica ocorreram em

¹Com referência à elaboração desses relatórios, ver *Manual on Human Rights Reporting*, publicado pelas Nações Unidas, pelo Instituto das Nações Unidas para Treinamento e Pesquisa (UNITAR) e pelo Centro das Nações Unidas de Direitos Humanos, 464 pp. (doravante referido como *Manual on Human Rights Reporting*).

muitos países como resultado de procedimentos legais internacionais, sejam eles de caráter universal ou regional.

Entretanto, é essencial salientar que os *procedimentos internacionais jamais poderão ser considerados como substitutivos de procedimentos legais eficientes na esfera doméstica*. Os direitos humanos são convertidos em uma verdadeira realidade no plano interno dos países pelas autoridades domésticas, e, conforme enfatizado no Capítulo 1º, os procedimentos de representação no plano internacional são subsidiários aos sistemas domésticos disponíveis, voltados à proteção do indivíduo: proporcionam o remédio jurídico de última instância, quando os mecanismos que asseguram uma proteção eficaz dos direitos humanos tenham falhado.

No campo dos direitos humanos, os mecanismos de controle com base em tratados internacionais consistem de procedimentos de comunicação e da sentença de julgamento de representações individuais ou entre Estados

Os procedimentos internacionais para a proteção dos direitos humanos e liberdades são subsidiários aos procedimentos existentes no sistema jurídico nacional de cada Estado.

Os procedimentos internacionais não podem nunca ser considerados substitutos de procedimentos jurídicos internos eficazes para a proteção de direitos humanos.

1.3 Direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais

Como será mostrado em mais detalhes no Capítulo 14 deste Manual, a interdependência entre direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais tem sido enfatizada pelas Nações Unidas desde a sua introdução. Entretanto, é necessário de pronto sepultar uma distinção freqüentemente invocada entre direitos civis e políticos, de um lado, e direitos econômicos, sociais e culturais, do outro. De acordo com essa distinção, de forma geral, tudo o que os Estados precisam fazer para respeitar os direitos civis e políticos é *se abster* das práticas de morte, desaparecimento forçado, tortura e outras; enquanto, para implementar o outro grupo de direitos deveriam assumir ações *positivas* eficazes.

Entretanto, como já apontado no Capítulo 1º e como será demonstrado em mais detalhes em outros capítulos deste Manual, há, de fato, muitas situações que impõem *obrigações positivas* sobre os Estados, para que cumpram seus deveres legais também no campo dos direitos civis e políticos.

Ao se examinar, de um ponto de vista puramente prático, os motivos pelos quais em muitos países do mundo as pessoas estão sendo mortas e sujeitas a outras formas de

tratamento ilegal, torna-se assaz claro que tal ocorre exatamente porque os Estados deixaram de realizar ações positivas resolutas, necessárias para coibir práticas que refletem a persistência das violações de direitos humanos. Raramente, senão nunca, essas práticas perduram por si próprias, e, dessa forma, a postura de inação por parte dos Estados não constitui um meio adequado e suficiente de assegurar que cumpram suas obrigações legais internacionais. Os Estados também devem envidar esforços expressivos tanto para organizar eleições livres e justas com periodicidade regular, quanto para estabelecer e manter um judiciário eficiente, independente e imparcial.

Essa necessidade imperativa de ação positiva para assegurar a observância de obrigações internacionais associadas aos direitos humanos é um fator importante a ser considerado em todos os momentos por juízes, promotores e advogados no exercício de suas responsabilidades profissionais.

O respeito e a garantia eficazes dos direitos políticos pode exigir mais dos Estados do que simplesmente se omitirem de qualquer ação. Para que os Estados cumpram suas obrigações legais nesse campo, poderá ser necessário que tomem vigorosas ações positivas.

2. Os Principais Tratados das Nações Unidas sobre Direitos Humanos e sua implementação

2.1 O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, e seus dois Protocolos, de 1966 e 1989

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo, que reconhecem “a competência do Comitê para receber e examinar comunicações enviadas por particulares” foram ambos votados pela Assembléia Geral em 1966 e entraram em vigor em 23 de março de 1976. O Pacto estabeleceu um corpo de especialistas, o Comitê de Recursos Humanos, o qual tem autoridade: (1) para examinar os relatórios provenientes dos Estados partes; (2) votar os Comentários Gerais sobre o significado das disposições do Pacto; (3) sob determinadas condições, tratar das comunicações entre Estados; e, por fim, (4), receber comunicações individuais com base no Protocolo Facultativo.²

²Para mais informações sobre o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e seu procedimento de relatório, ver Fausto Pocar, “O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos”, in *Manual on Human Rights Reporting*, pp. 131-235.

Em 8 de fevereiro de 2002, o Pacto era formado por 148 Estados partes e o Primeiro Protocolo Facultativo, por 101 Estados partes.³ A partir de 27 de julho de 2001, quarenta e sete Estados haviam feito a declaração com base no artigo 41 (1) do Pacto, por meio do qual reconheciam as comunicações entre Estados. Este artigo, em particular, entrou em vigor em 28 de março de 1979.

Em 1989, a Assembléia Geral votou o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, com o propósito de abolição da pena de morte. Este Protocolo entrou em vigor em 11 de julho de 1991, e a partir de 8 de fevereiro de 2002 era composto por 46 Estados partes.

2.1.1 Os compromissos dos Estados partes

Segundo o Artigo 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, cada Estado parte “comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos ... no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou outra situação”.⁴ Como enfatizado pelo Comitê de Recursos Humanos, em seu Comentário Geral nº 3, o Pacto não está, conseqüentemente, “restrito ao *respeito* dos direitos humanos, mas... os Estados partes também assumiram o compromisso de *garantir* o usufruto desses direitos a *todas* as pessoas sob sua jurisdição”, um compromisso que, em princípio “diz respeito a todos os direitos estabelecidos no Pacto”.⁵ O dever legal de *assegurar* esse usufruto implica a obrigação de tomar medidas positivas para que isto efetivamente ocorra.

- ❖ primeiro, que a leis internas sejam modificadas quando necessário de modo a permitir o cumprimento das obrigações legais internacionais do Estado; e
- ❖ segundo, que essas leis sejam de fato e efetivamente colocadas em prática por todos os órgãos públicos e seus funcionários, tais como, tribunais (inclusive tribunais administrativos), promotores públicos, agentes policiais, funcionários de presídios, escolas, exército, hospitais e órgãos semelhantes.

³Para atualização das ratificações, ver *Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties* no website das Nações Unidas: www.unhchr.ch.

⁴Observar que, conforme indicado pelas palavras “tais como”, e como será explicado mais adiante, no Capítulo 13 deste Manual, esta lista de fundamentos de discriminação proibidos não é exaustiva.

⁵Comentário Geral No. 3 (Artigo 2) in doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.5, *Compilação dos Comentários Gerais e Recomendações Gerais Adotados pelos Corpos do Tratado de Direitos Humanos* (doravante referida como *Compilação das Nações Unidas dos Comentários Gerais*), p. 112, parág. 1; grifo nosso. Os textos dos Comentários Gerais também são publicados nos relatórios anuais do Comitê de Direitos Humanos; os textos também podem ser encontrados no website das Nações Unidas: www.unhchr.ch.

Mediante a ratificação de um tratado voltado para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, os Estados têm o dever legal de modificar sua legislação de modo a colocá-la em conformidade com suas novas obrigações internacionais.

Os Estados também devem continuar a garantir que suas obrigações legais sejam efetivamente implantadas por todos os órgãos pertinentes, inclusive todos os tribunais de justiça.

2.1.2 Os compromissos dos Estados partes

Por ser um tratado de natureza legislativa, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos garante uma longa lista de direitos e liberdades, nem todos eles abrangidos pelos temas cobertos por este Manual, e, por esse motivo, não será abordado em detalhe. Entretanto, em caso de existência de Comentários Gerais adotados pelo Comitê de Direitos Humanos com relação a artigos específicos, estes serão referidos em notas de rodapé; esses comentários fornecem informações sobre o entendimento dos artigos pertinentes por parte do Comitê. Além disso, o segundo volume dos relatórios anuais do Comitê para a Assembléia Geral contém *pontos de vista* e *decisões* adotadas pelo Comitê com base no Protocolo Facultativo, o qual inclui informações indispensáveis para juízes, promotores e advogados no que tange à interpretação dos termos do Pacto.⁶

O direito da auto-determinação

The International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights contain a common article 1(1) proclaiming the right of all peoples to self-determination, by virtue of which they “freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development”. Furthermore, common article 1 (2) provides that “all peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources” and that “in no case may a people be deprived of its own means of subsistence”. The right to self-determination in the widest sense is consequently considered to be a precondition to the full enjoyment of both civil, cultural, economic, political and social rights. This common article can also be read in the light of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, which was adopted by the United Nations General Assembly at the height of the decolonization process in 1960 and which equated “the subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation” to a denial of human rights and a violation of the Charter of the United Nations (operative paragraph 1).

⁶Nos primeiros anos da sua existência, os relatórios anuais do Comitê para a Assembléia Geral consistiam em um único volume, contendo tanto um registro das discussões dos relatórios periódicos como também os pontos de vista e decisões adotados no Protocolo Facultativo.

Segue abaixo uma lista dos direitos amplos, garantidos pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

- ❖ o direito à vida - art. 6;⁷
- ❖ o direito de não ser submetido à tortura nem a punições ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, inclusive a proibição de submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas - art. 7;⁸
- ❖ o direito de não ser submetido à escravidão, o tráfico de escravos e a servidão - art. 8(1) e (2);
- ❖ o direito de não ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios - art. 8(3);
- ❖ o direito à liberdade e à segurança pessoais, inclusive o direito de não ser preso ou encarcerado arbitrariamente - art. 9;⁹
- ❖ o direito de que todas as pessoas privadas de liberdade sejam tratadas com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana - art. 10;¹⁰
- ❖ a proibição de que uma pessoa seja presa apenas por não poder cumprir uma obrigação contratual - art. 11;
- ❖ a liberdade de movimento e de escolha da própria residência - art. 12(1);
- ❖ o direito de ser livre para deixar qualquer país, inclusive de seu próprio país - art. 12(2);
- ❖ o direito de não ser arbitrariamente privado do direito de entrar em seu próprio país - art. 12(4);
- ❖ determinadas salvaguardas legais contra a expulsão ilegal de estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado parte - art. 13;¹¹
- ❖ o direito a um julgamento justo em processos civis e criminais, por um tribunal independente e imparcial - art. 14;¹²
- ❖ proteção contra lei estabelecida após a ocorrência do delito ou contra a aplicação retroativa de pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito - art. 15;
- ❖ o direito de reconhecimento de sua personalidade jurídica - art. 16;

⁷Comentário Geral No. 6, in *Compilação das Nações Unidas dos Comentários Gerais*, pp. 114-116 e Comentário Geral No. 14, *ibid.*, pp. 126-127.

⁸Comentário Geral No. 7, *ibid.*, pp. 116-117, substituído e, posteriormente, desenvolvido pelo Comentário Geral No. 20, *ibid.*, pp. 139-141.

⁹Comentário Geral No. 8, *ibid.*, pp. 11 7-1 18.

¹⁰Comentário Geral No. 9, *ibid.*, pp. 118-119, substituído e, posteriormente, desenvolvido pelo Comentário Geral No. 21, *ibid.*, pp. 141-143.

¹¹Comentário Geral No. 15, *ibid.*, pp. 127-129.

¹²Comentário Geral No. 13, *ibid.*, pp. 122-126.

- ❖ o direito de não ser submetido a ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem a ofensas ilegais à sua honra e reputação - art. 17;¹³
- ❖ o direito de liberdade de pensamento, consciência e religião - art. 18;¹⁴
- ❖ o direito de liberdade de opinião e de expressão - art. 19;¹⁵
- ❖ proibição de qualquer propaganda em favor da guerra, e de qualquer apologia do ódio nacional, radical, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência - art. 20;¹⁶
- ❖ o direito à reunião pacífica - art. 21;
- ❖ o direito de livre associação - art. 22;
- ❖ o direito de se casar livremente, constituir família e à igualdade de direitos e responsabilidades dos cônjuges no que tange ao casamento, durante a existência da união matrimonial e por ocasião de sua dissolução - art. 23;¹⁷
- ❖ o direito da criança a proteção especial sem discriminação alguma; o direito de ser registrada imediatamente após o nascimento e o direito a uma nacionalidade - art. 24;¹⁸
- ❖ o direito de participar da condução dos assuntos públicos; o direito de votar em eleições periódicas realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, bem como o direito de ter acesso ao serviço público - art. 25;¹⁹
- ❖ o direito de igualdade perante a lei e de proteção igual da lei - art. 26;²⁰
- ❖ o direito de minorias de usufruir de sua própria vida cultural, professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua - art. 27.²¹

2.1.3 Restrições admissíveis ao exercício de direitos

Alguns dos direitos citados acima, tais como o direito à liberdade de circulação (art. 12(3)), o direito à liberdade de manifestar a própria religião ou crença (art. 18(3)), o exercício dos direitos à liberdade de expressão (art. 19(3)), de reunião pacífica (art. 21), e à liberdade de associação (art. 22(2)), podem estar sujeitos a restrições por determinados

¹³Comentário Geral No. 16, *ibid.*, pp. 129-131.

¹⁴Comentário Geral No. 22, *ibid.*, pp. 144-146.

¹⁵Comentário Geral No. 10, *ibid.*, pp. 119-120.

¹⁶Comentário Geral No. 11, *ibid.*, pp. 120-121.

¹⁷Comentário Geral No. 19, *ibid.*, pp. 137-138.

¹⁸Comentário Geral No. 17, *ibid.*, pp. 132-134.

¹⁹Comentário Geral No. 25, *ibid.*, pp. 157-162.

²⁰Com referência à questão da não discriminação em geral, ver, especificamente, o Comentário Geral No. 18, *ibid.*, pp. 134-137. Com relação ao dever dos Estados partes de assegurar direitos iguais aos homens e às mulheres, ver também o Comentário Geral No. 4, *ibid.*, p. 113, que foi substituído pelo Comentário Geral No. 28 (Artigo 3 – Igualdade de direitos entre homens e mulheres), *ibid.*, pp. 168-174.

²¹Comentário Geral No. 23, *ibid.*, pp. 147-150.

objetivos especificamente definidos, tais como a segurança nacional, a ordem pública, a proteção da saúde e moral públicas ou o respeito pelos direitos fundamentais das demais pessoas.

Entretanto, as restrições somente poderão ser impostas legalmente se ***previstas ou estabelecidas em lei e também se forem necessárias em uma sociedade democrática, para atender a uma ou mais das legítimas finalidades definidas nas disposições atinentes***. É verdadeiro que a referência a “uma sociedade democrática” se encontra somente nos artigos 21 e 22(2), relativos às restrições que podem ser impostas no exercício do direito à reunião pacífica e o direito à liberdade de associação, respectivamente, estando ausente nas disposições relativas às restrições ao direito à liberdade de circulação, direito à liberdade de expressão religiosa ou crença e direito à liberdade de expressão. Entretanto, de uma interpretação dessas disposições à luz do contexto mais abrangente do próprio Pacto, assim como de seu objeto e finalidade, decorre que este conceito forma uma parte intrínseca de todas as disposições de restrição em questão e conseqüentemente, condicionará sua interpretação.²²

Conforme indicado no Capítulo 1º, as disposições restritivas refletem interesses individuais e coletivos cuidadosamente ponderados, os quais deverão também ser avaliados quando da aplicação das restrições em um caso específico. Isto significa não somente que a lei *per se* que dispõe sobre a possibilidade de restrições ao exercício dos direitos deverá ser ***proporcional ao objetivo legalmente declarado***, mas também que o critério de proporcionalidade deverá ser respeitado ***quando aplicado a uma pessoa específica***.

A natureza subsidiária do sistema internacional para a proteção dos direitos humanos significa, entretanto, que em primeira instância recai sobre as autoridades nacionais a avaliação tanto da necessidade legítima de quaisquer restrições ao exercício dos direitos humanos como de sua necessidade/ proporcionalidade. A supervisão internacional adicional sobre as medidas tomadas se verifica somente em relação ao exame dos relatórios dos Estados partes ou comunicações individuais, apresentados consoante os termos do Primeiro Protocolo Facultativo.

Os critérios a serem seguidos para determinar se o exercício de um direito foi restrito de forma legal são:

- *o princípio da legalidade, no sentido de que a medida restritiva deve ter fundamentação legal;*
- *o princípio do objetivo legítimo em uma sociedade democrática; as restrições ao exercício dos direitos humanos não poderão ser legalmente justificadas, conforme os termos do Pacto, por motivos que não estejam expressamente ali*

²²Ver 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* (The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1998), pp. 112-114, especificamente a argumentação na p. 113.

contidos ou por objetivos estranhos à efetiva proteção dos direitos humanos;

- *o princípio da proporcionalidade, no sentido de que a interferência no exercício dos direitos de uma pessoa deve ser necessária ao propósito ou propósitos legítimo(s); segue-se que não é suficiente a medida ser simplesmente razoável ou possivelmente aconselhável: esta deve ser necessária.*

2.1.4 Derrogações permitidas das obrigações legais

A questão da derrogação das obrigações legais internacionais no âmbito dos direitos humanos receberá tratamento mais detalhado no Capítulo 16 deste Manual, entretanto pode ser de utilidade neste estágio inicial, para delinear sinteticamente as condições estritas que regem o direito dos Estados partes de recorrer à derrogações de suas obrigações legais, nos termos do artigo 4º desse Pacto:

- ❖ **a condição de “emergência pública que ameaça a existência da nação”:** o Estado parte considerando a possibilidade da derrogação deve estar enfrentando uma situação de ameaça excepcional, que comprometa a existência da nação, dessa forma, excluindo distúrbios menores ou até mesmo mais sérios, que não afetem o funcionamento das instituições democráticas do Estado ou a existência do povo em geral;
- ❖ **a condição da proclamação oficial:** a existência de uma emergência pública que ameace a existência da nação deve ser “oficialmente proclamada” (art. 4(1)); conforme explicado durante a elaboração do artigo 4º, o seu propósito é o de “prevenir que os Estados derroguem arbitrariamente suas obrigações decorrentes do presente Pacto, se a referida ação não for assegurada pelos fatos”;²³
- ❖ **a condição de não restrição de certas obrigações:** o artigo 4(2) do Pacto enumera alguns direitos aos quais nenhuma derrogação poderá ser feita em nenhum tempo, mesmo na mais grave das situações. Estes direitos são: o direito à vida (art. 6), o direito de não ser submetido a tortura ou tratamento ou punição cruéis, desumanos ou degradantes (art. 7), o direito de não ser submetido a escravidão, tráfico de escravos e servidão (art. 8(1) e (2)), o direito de não ser aprisionado sob o simples pretexto de incapacidade de cumprimento de uma obrigação contratual (art. 11), a proibição de leis *ex post facto* (art. 15), o direito, em qualquer lugar, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica (art. 16) e, por fim, o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art. 18). Entretanto, em decorrência da obra do Comitê dos Direitos Humanos, não se pode concluir, em sentido contrário, que, pelo fato de um direito não estar especificamente mencionado no artigo 4(2), este pode, então, ser derogado. Conseqüentemente, alguns direitos não poderão ser revogados, pois são

²³Doc. ONU E/CN.4/SR.195, p. 16, parág. 82; explicação fornecida pelo Sr. Cassin of France.

considerados “inerentes ao Pacto como um todo”; um exemplo é o direito a medidas judiciais corretivas em relação a prisões e encarceramentos, conforme estipulado no artigo 9(3) e (4);²⁴ outros direitos também podem ser não-derrogáveis, por serem indispensáveis ao efetivo gozo dos direitos explicitamente mencionados no artigo 4(2), tais como o direito a um julgamento justo para pessoas sob ameaça de pena de morte.²⁵ O Comitê também sustenta, nos termos do Protocolo, que “o direito a julgamento por um tribunal independente e imparcial é um *direito absoluto que não poderá ter nenhuma exceção*”;²⁶

- ❖ **a condição da estrita necessidade:** esta condição significa que o Estado parte somente poderá tomar medidas derogatórias de suas “obrigações nos termos do ... Pacto na medida estritamente demandada pelas exigências da situação”; comparada às disposições normais de restrição acima tratadas, a condição de estrita necessidade compele a uma interpretação rigorosa do princípio da proporcionalidade, no sentido de que as medidas legislativas precisam, *como tal*, ser estritamente demandadas pelas exigências da situação de emergência, e em segundo lugar, qualquer medida **individual** tomada com base naquela legislação deve ser também estritamente proporcional. É necessário, portanto, considerar se as medidas em questão são estritamente necessárias ao trato da situação de emergência. O Comitê tem, de maneira geral, enfatizado que “medidas tomadas nos termos do artigo 4º são de natureza excepcional e temporária e podem durar somente pelo tempo em que a existência da referida nação estiver ameaçada”;²⁷
- ❖ **a condição da consistência com outras obrigações legais internacionais:** com base nesta condição, o Comitê de Direitos Humanos está, em princípio, autorizado a verificar possíveis medidas derogatórias ilegais, por serem inconsistentes com outros tratados internacionais, como por exemplo, outros tratados para a proteção da pessoa ou mesmo o direito humanitário internacional ou o direito consuetudinário internacional;
- ❖ **a condição da não-discriminação:** as medidas derogatórias não poderão “envolver discriminação unicamente por motivos de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social” (art. 4(1) *in fine*). Esta é uma condição importante, pois é especialmente em situações de emergência que existe o risco de se impor medidas discriminatórias que não possuem nenhuma justificativa objetiva e razoável;

²⁴Ver, especificamente, a resposta do Comitê de Direitos Humanos à solicitação da Sub-Comissão para Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias, que foi considerada pelo Comitê como uma minuta de protocolo para os fins de reforço do direito a um julgamento justo, doc. ONU GAOR, A/49/40(vol. I), pp. 4-5, parágs. 22-25.

²⁵Cf. artigo 6(2) que dispõe que a pena de morte não pode ser imposta “contrariamente às disposições do presente Pacto; quanto à jurisprudência, ver p.ex. *Comunicação No. 16/ 1977, D. Monguya Mbenge v. Zaire (pontos de vista adotados em 25 de março de 1983)*, GAOR, A/38/40, p. 139, parág. 17. A exigência se refere “ao direito material e ao direito processual, em cuja aplicação a pena de morte foi imposta”.

²⁶*Comunicação No. 263/ 1987, M. González del Río v. Peru (Pontos de vista adotados em 28 de outubro de 1992, na 46ª sessão)*, GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 20, parág. 5.2; grifo nosso.

²⁷Comentário Geral No. 5, na *Compilação das Nações Unidas dos Comentários Gerais*, p. 114, parág. 3.

- ❖ **a condição da comunicação internacional:** para se valer do direito de derrogação, o Estado parte deve, finalmente, atender às condições estipuladas no artigo 4(3) do Pacto, mediante a submissão imediata da comunicação da derrogação aos outros Estados partes, por intermédio do Secretário-Geral. Na comunicação, o Estado parte deverá descrever “as disposições das quais o Estado parte fez a derrogação e ...as razões pelas quais o Estado parte assim agiu”. Uma segunda comunicação deverá ser submetida “na data do término da referida derrogação”.

O Comentário Geral No. 29, que foi adotado pelo Comitê de Direitos Humanos em Julho de 2001, fornece mais detalhes quanto à interpretação das várias condições estipuladas no artigo 4º do Pacto. Este Comentário será tratado no Capítulo 16, que fornece uma análise mais abrangente do direito de o Estado derrogar suas obrigações de atendimento aos direitos humanos internacionais em determinadas situações excepcionais.

Em determinadas situações excepcionais que representem uma ameaça à existência da nação, os Estados partes do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos podem derrogar as obrigações legais aqui assumidas na medida “estritamente necessária devido às exigências da situação”.

Tais derrogações devem também estar em conformidade com os princípios dos direitos não-derrogáveis, de não-discriminação, consistência com as demais obrigações internacionais do Estado e o princípio da notificação internacional.

2.1.5 Os mecanismos de implementação

A implementação do Pacto é monitorada pelo Comitê de Direitos Humanos, composto de dezoito membros, exercendo suas funções em caráter pessoal (art. 28). O monitoramento é feito de três formas, a saber, a submissão de relatórios periódicos, comunicações inter-Estados e comunicações individuais:

- ❖ **o procedimento de relatórios:** de acordo com o artigo 40 do Pacto, os Estados partes “comprometem-se a submeter relatórios sobre as medidas por eles adotadas para tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto e sobre o progresso alcançado no gozo desses direitos”, primeiro dentro do prazo de um ano, a contar do início da vigência do presente Pacto nos Estados partes interessados e, a partir de então, sempre que o Comitê vier a solicitar, isto é, a cada cinco anos. Os relatórios deverão “indicar os fatores e dificuldades, caso existam, que prejudiquem a implementação do presente ... Pacto”, sendo que o Comitê desenvolveu diretrizes cuidadosas com o propósito duplo de facilitar a tarefa dos Estados partes e tornar os relatórios mais eficientes. Em julho de 1999, o Comitê adotou diretrizes consolidadas para a submissão dos relatórios dos Estados partes,²⁸

²⁸Ver doc. ONU CCPR/C/66/GUI.

- ❖ **comunicações entre Estados:** conforme indicado no item 2.1, os Estados partes do presente Pacto poderão declarar a qualquer momento, nos termos do artigo 41, que reconhecem “a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações em que um Estado parte alegue que outro Estado parte não vem cumprindo as obrigações que lhe impõe o presente Pacto”; em outras palavras, as comunicações inter-Estados serão válidas somente entre Estados partes que fizeram esta declaração. Durante o estágio inicial dos procedimentos, a comunicação sobre a questão somente poderá ser levada ao conhecimento de um Estado parte por outro Estado parte, sendo que somente se a questão não estiver dirimida satisfatoriamente para ambos os Estados partes interessados dentro do prazo de seis meses, tanto um como o outro terão o direito de submetê-la ao próprio Comitê (art. 41 (1) (a) e 0)) O Comitê deverá seguir o procedimento descrito no artigo 41 (1)(c)-(h), entretanto, como nunca foi usado nos 25 anos de existência do Comitê, não daremos seguimento a este procedimento no presente Pacto;
- ❖ **comunicações individuais:** nos termos do artigo 1º do Protocolo Facultativo, o Estado Parte deste Pacto “reconhece a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações de pessoas sujeitas à sua jurisdição que aleguem ter sido vítimas de violação, por estes Estados Partes, de qualquer dos direitos enunciados no Pacto”. Entretanto, nos termos do artigo 2º do Protocolo Facultativo, as pessoas que se considerem vítimas da violação de qualquer dos direitos enunciados no Pacto devem primeiro esgotar todos os recursos internos disponíveis; além disso, o Comitê não acolherá comunicação alguma que seja anônima ou a qual considere constituir um abuso do direito de submissão de comunicações, ou seja considerada incompatível com as disposições do Pacto (art. 3). Se a comunicação levantar uma questão considerada séria, nos termos deste Pacto, o Comitê levará tal questão ao conhecimento do Estado parte envolvido, que poderá submeter suas explicações por escrito dentro de um prazo de seis meses. O procedimento perante o Comitê é, portanto, exclusivamente sob a forma escrita e as reuniões do Comitê sobre as comunicações ocorrem a portas fechadas (arts. 4-5). Ao final de suas constatações sobre a comunicação, o Comitê incluirá suas “Opiniões”, que serão enviadas ao Estado parte e à pessoa interessada. (art. 5(4)).

Inúmeras comunicações foram submetidas com base nos termos do Protocolo Facultativo e, em alguns casos, levaram a mudanças na legislação de seus respectivos países.

Os mecanismos de implementação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos são:

- *o procedimento de relatórios (art. 40);*
- *comunicações entre Estados (art.41); e*
- *comunicações individuais (art.1, Protocolo Facultativo).*

2.2 O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 e entrou em vigor no dia 3 de janeiro de 1976. Em 8 de fevereiro de 2002, 145 Estados faziam parte do Pacto. O Pacto estabelece um procedimento de relatórios sobre medidas que os Estados partes tenham adotado e o progresso realizado com o objetivo de assegurar a observância dos direitos reconhecidos no Pacto (art. 16). O Conselho Social e Econômico das Nações Unidas foi formalmente incumbido de monitorar o cumprimento das obrigações legais assumidas pelos Estados partes nos termos do Pacto, porém, desde 1987 essa tarefa vem sendo executada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual, por conseguinte, não é rigorosamente um órgão do tratado como é o caso do Comitê de Direitos Humanos.²⁹

Por que existem dois Pactos Internacionais?

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foram inicialmente criados pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas sob a forma de um único documento. Depois de muito debate, foi decidido separá-los e preparar dois outros pactos que seriam adotados simultaneamente. O motivo da separação foi a natureza mais complexa dos direitos econômicos, sociais e culturais, que exigia uma elaboração particularmente cuidadosa e mecanismos de implementação adaptados à natureza específica desses direitos. Tendo em vista os diferentes níveis de desenvolvimento dos Estados, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também tinha de prever a possibilidade de uma implementação progressiva, porém, a despeito disso, sempre prevaleceu a intenção de que as obrigações assumidas no Pacto deveriam ser cumpridas imediatamente.³⁰

2.2.1 Os compromissos dos Estados partes

Cada Estado parte do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas” (art. 2(1)). Mesmo

²⁹Para mais informações sobre o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o procedimento de relatório, ver Philip Alston, “*The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*”, in *Manual on Human Rights Reporting*, pp. 57-129.

³⁰Para mais detalhes sobre os debates a esse respeito, ver Capítulo 14, subseção 2.2.

considerando que o Pacto “prevê a realização progressiva e reconhece restrições devido aos limites de recursos disponíveis”, o Comitê ressaltou no Comentário Geral No. 3 que ele “também impõe várias obrigações que são de efeito imediato”. Do ponto de vista do Comitê, duas delas são de particular importância, a saber: primeiro, o compromisso, estabelecido no artigo 2(2), de “garantir que os direitos enunciados no... Pactos serão exercidos sem discriminação”, com base em fundamentações específicas; e segundo, o compromisso previsto no artigo 2(1) “de adotar medidas, que, em si mesmo, não é qualificado ou limitado por outras considerações”.³¹ Em outras palavras, “não obstante estar previsto que o pleno exercício dos direitos relevantes poderá ser obtido progressivamente, as medidas que visam esse objetivo devem ser tomadas em um período razoavelmente curto após a entrada em vigor do Pacto com relação aos Estados interessados. Tais medidas devem ser planejadas, concretas e, tanto quanto possível, claramente direcionadas para a satisfação das obrigações reconhecidas no Pacto”.³²

2.2.2 Os direitos reconhecidos

Os direitos abaixo são reconhecidos no Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Em todos os casos em que o Comitê adotou os Comentários Gerais relevantes ao entendimento dos direitos, os comentários são indicados em nota de rodapé.

- ❖ o direito ao trabalho, incluindo o direito de ganhar a subsistência mediante trabalho livremente escolhido ou aceito - art. 6º;
- ❖ o direito de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, incluindo remuneração justa por trabalho de igual valor, sem distinção de qualquer terra - art. 7º;
- ❖ o direito de fundar sindicatos e filiar-se ao sindicato de sua escolha - art. 8º;
- ❖ o direito à previdência social, inclusive ao seguro social - art. 9º;
- ❖ proteção e assistência à família, matrimônio contraído livremente, proteção à maternidade, proteção e assistência à criança e ao jovem - art. 10º ;
- ❖ direito a um nível de vida adequado, incluindo alimentação,³³ vestimenta e moradia adequadas,³⁴ e à melhoria contínua das condições de vida - art. 11;
- ❖ o direito ao mais elevado nível de saúde física e mental - art. 12;
- ❖ o direito à educação - art. 13;³⁵
- ❖ o compromisso de elaborar planos de ação detalhados nos casos em que a educação primária obrigatória não está ainda assegurada - art. 14;³⁶

³¹Ver Comentário Geral No. 3 (A natureza das obrigações dos Estados partes (art. 2. parág. 1), in *Compilação das Nações Unidas dos Comentários Gerais*, p. 18, parágs. 1 e 2.

³² *Ibid.*, p. 18, parág. 2.

³³Comentário Geral No. 12 (O direito a alimentação adequada - art. 11), *ibid.*, pp. 66-74.

³⁴Comentário Geral No. 4 (O direito a moradia adequada - art. 11(1)), *ibid.*, pp. 22-27, e ver também Comentário Geral No. 7 (O direito a moradia adequada - art. 11(1): despejos forçados), *ibid.*, pp. 49-54.

³⁵Comentário Geral No. 13 (O direito à educação - art. 13), *ibid.*, pp. 74-89.

³⁶Comentário Geral No. 11 (Planos de ação para educação primária - art. 14), *ibid.*, pp. 63-66.

- ❖ o direito de participar da vida cultural, desfrutar os benefícios do progresso científico e beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária e artística de que seja autor - art. 15.

2.2.3 Limitações permitidas de direitos

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contém uma limitação geral no seu artigo 4º, de acordo com o qual o Estado poderá submeter o exercício dos direitos assegurados pelo Pacto “unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática”. Adicionalmente, limitações relativas ao exercício de direitos específicos também previstas no artigo 8(1)(a) e (c), nos casos em que o exercício de formação de sindicatos e filiação a sindicatos, bem como o direito de livre funcionamento de sindicatos, não poderão ser submetidos a restrições, à exceção “daquelas prescritas pela lei e que forem necessárias em uma sociedade democrática no interesse da segurança nacional ou ordem pública ou para a proteção dos direitos e liberdades de outros”. Os *travaux préparatoires* relativos ao artigo 4º deixam claro que foi considerado importante incluir a condição de que as limitações deveriam ser compatíveis com uma sociedade democrática, o que significa dizer, “uma sociedade baseada no respeito pelos direitos e liberdades dos outros”;³⁷ de outro modo, sugeriu-se, o texto poderia vir a “servir aos fins da ditadura”.³⁸

Ao contrário do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, *o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não contém nenhuma disposição permitindo derrogações das obrigações legais assumidas nos seus termos*. Portanto, parece lógico que nenhum dos direitos contidos no Pacto fosse estabelecido como especificamente não passível de derrogação. Contudo, como foi observado por um membro do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “na maioria dos casos, será difícil satisfazer os requisitos específicos necessários que justificariam a imposição de limitações de acordo com o artigo 4º”.³⁹ Em particular, para ser compatível com o artigo 4º, a limitação teria de ser “estabelecida em lei”, “compatível com a natureza desses direitos”, e ter como objetivo exclusivo favorecer “o bem-estar geral em uma sociedade democrática”.⁴⁰

³⁷Ver doc. ONU E/CN.4/SR.235, p. 9, declaração do Sr. Ciasullo do Uruguai.

³⁸Ver *ibid.*, p. 20 e também p. 11, declaração do Sr. Eustathiades da Grécia.

³⁹Ver Philip Alston, “The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, in *Manual on Human Rights Reporting*, p. 74.

⁴⁰*Ibid.*, loc. cit.

O exercício dos direitos assegurado pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais poderá ser submetido somente a limitações:

- *estabelecidas em lei;*
- *compatíveis com a natureza desses direitos; e*
- *que visem o favorecimento do bem-estar geral em uma sociedade democrática.*

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não contém nenhuma disposição permitindo derrogações das obrigações legais assumidas nos seus termos.

2.2.4 O mecanismo de implementação

Segundo o artigo 16 do Pacto, os Estados partes se comprometem a apresentar “relatórios sobre as medidas que tenham adotado e sobre o progresso realizado com o objetivo de assegurar a observância dos direitos reconhecidos” no Pacto, e o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas está formalmente incumbido do monitoramento do cumprimento de acordo com as disposições do Pacto (art. 16(2)(a)). Contudo, um vez que os primeiros ajustes para o exame dos relatórios periódicos não se mostraram satisfatórios, o Conselho criou, em 1985, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como um organismo de peritos independentes paralelo ao Comitê dos Direitos Humanos criado pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.⁴¹ O Comitê é composto de dezoito membros atuando nas suas capacidades individuais.

Como acontece com o Comitê dos Direitos Humanos, os relatórios apresentados pelos Estados partes são apreciados em assembleias públicas e na presença de representantes do Estado parte interessado. A discussão “objetiva a realização de um diálogo construtivo e mutuamente compensador”, de tal sorte que os membros do Comitê possam obter um quadro mais completo da situação que prevalece no país interessado, dessa forma possibilitando-lhes apresentar “os comentários que julgarem mais apropriados para a implementação mais eficaz das obrigações contidas no Pacto”.⁴²

Subseqüentemente a um convite feito pelo Conselho Econômico e Social, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais passou a adotar os Comentários Gerais “com o intuito de assistir os Estados partes no cumprimento das obrigações contidas dos relatórios”.⁴³ Os Comentários Gerais baseiam-se na experiência que o Comitê adquiriu com o procedimento de relatórios, e direcionou a atenção dos Estados partes para as insuficiências detectadas, além de sugerir melhorias para aquele

⁴¹Ibid., p. 117. Ver também pp. 118-119. Para os termos da resolução que cria o Comitê, ver ECOSOC res. 1985/17 de 28 de maio de 1985.

⁴²Ibid., p. 121.

⁴³Ver doc. ONU E/2000/22 (E/C.12/1999/11), p. 22, parág. 49.

procedimento. Por fim, os Comentários Gerais visam estimular as atividades dos Estados partes bem como das organizações internacionais e agências especializadas interessadas em obter “de forma progressiva e efetiva, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto”.⁴⁴

Até agora, as tentativas de se elaborar um protocolo adicional para criar um procedimento para reivindicações individuais não surtiram efeito.

O mecanismo de implementação, nos termos do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, consiste exclusivamente em um sistema de relatórios.

2.3 A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, e seus dois Protocolos Facultativos, de 2000

Embora as crianças também estejam protegidas por tratados gerais sobre a proteção do ser humano, foi considerado importante elaborar uma convenção abordando especificamente as necessidades particulares da criança. Após dez anos de trabalho, a Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral em 1989 e entrou em vigor no dia 2 de setembro de 1990. No dia 8 de fevereiro de 2002, 191 Estados partes haviam aderido à Convenção. Poucos anos após a sua adoção, a Convenção já havia sido universalmente ratificada e passou a provocar um impacto significativo sobre as decisões dos tribunais de diversos países. O princípio que norteia toda a Convenção é o de que “em todas as medidas relativas às crianças ... **terão consideração primordial os interesses superiores da criança**” (art. 3(1); grifo nosso).⁴⁵

A Convenção constitui um Comitê para os direitos da Criança “a fim de examinar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados partes na ... Convenção” (art. 43(1)).

Em 25 de maio de 2000, a Assembleia Geral também adotou dois Protocolos Facultativos para a Convenção, a saber, o Protocolo Facultativo sobre venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil e o Protocolo Facultativo sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados. O primeiro Protocolo Facultativo entrou em vigor no dia 18 de janeiro de 2002, ou seja, três meses após o depósito do décimo instrumento de ratificação ou adesão (art. 14(1)), e o segundo Protocolo Facultativo passou a vigorar no dia 13 de fevereiro de 2002, após a satisfação das mesmas condições (art. 10(1)).⁴⁶ Em 8 de fevereiro de 2002, esses Protocolos haviam recebido 17 e 14 ratificações, respectivamente.

⁴⁴Ibid., p. 22, parág. 51.

⁴⁵Para uma explicação detalhada do significado dos termos da Convenção, ver *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, preparado pela UNICEF, Rachel Hodgkin e Peter Newell, UNICEF, 1998, 681 pp. (doravante referido como *UNICEF Implementation Handbook*).

⁴⁶Ver texto e data de entrada em vigor do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil: <http://www.unhchr.ch/html/menu2/dopchild.htm> e, com relação ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados: <http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/protocolchild.htm>

2.3.1 Os compromissos dos Estados partes

Como ocorreu com os dois Pactos Internacionais, os Estados partes da Convenção sobre os Direitos da Criança comprometem-se, de modo geral, a “respeitar os direitos previstos na ... Convenção e os assegurar a toda criança sujeita à sua jurisdição, sem discriminação de qualquer tipo” (art. 2(1)), e a “tomar todas as medidas apropriadas para assegurar que a criança seja protegida contra todas as formas de discriminação ou punição baseadas na condição, nas atividades, opiniões ou crenças, de seus pais, representantes legais ou familiares” (art. 2(2)). Conforme previsto em todos os tratados sobre direitos humanos abordados neste Manual, o princípio da não discriminação é também um princípio fundamental com respeito aos direitos da criança e condiciona a interpretação e a aplicação de todos os direitos e liberdades contidos na Convenção. Nas suas Diretrizes Gerais Referentes à Forma e ao Conteúdo dos Relatórios Periódicos, adotadas em outubro de 1996, o Comitê dos Direitos da Criança fornece instruções detalhadas aos Estados partes sobre os requisitos de conteúdo dos relatórios periódicos com respeito a cada obrigação legal específica, como o direito a não discriminação e os direitos específicos abordados abaixo.⁴⁷

*Os Estados partes da Convenção sobre os Direitos da Criança devem **respeitar e assegurar** os direitos garantidos nos termos da Convenção, sem discriminação de qualquer tipo.*

*O princípio norteador que permeia toda a Convenção é que os **melhores interesses da criança** terão consideração primordial.*

2.3.2 Os direitos reconhecidos

A Convenção reconhece uma longa e detalhada lista de direitos que devem ser respeitados e assegurados à criança em qualquer circunstância, o que equivale dizer que “todo ser humano menor de 18 anos, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade for alcançada antes” (art. 1º). Contudo, os direitos garantidos serão aqui refletidos tão somente em termos gerais:

- o direito da criança à vida, à máxima sobrevivência e ao desenvolvimento - art. 6º;
- o direito da criança ao registro após seu nascimento, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, “de conhecer seus pais e ser cuidada por eles” - art. 7º;
- o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares - art. 8º;

⁴⁷General Guidelines Regarding the Form and Contents of Periodic Reports to be Submitted by States Parties de acordo com Artigo 44, Parágrafo I (b), da Convenção, adotadas pelo Comitê sobre os Direitos da Criança em sua 343ª reunião (13ª sessão) em 11 de outubro de 1996, publicado pelo *UNICEF Implementation Handbook*, pp. 604-618.

- o direito da criança de não ser separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando "tal separação é necessária ao interesse maior da criança" - art. 9(1);
- o dever dos Estados de facilitar a reunificação familiar permitindo que viajem para os seus territórios ou para fora dos mesmos - art. 10º;
- dever de combater a transferência ilícita de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas no exterior - art. 11;
- dever de respeitar os pontos de vista da criança e o direito da criança "de ser ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito" - art. 12;
- o direito da criança à liberdade de expressão - art. 13;
- o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de crença - art. 14;
- o direito da criança à liberdade de associação e à liberdade de reunião pacífica - art. 15;
- o direito da criança à proteção da lei contra interferência arbitrária e ilícita em sua privacidade, família, lar ou correspondência e o direito de não estar sujeita a "atentados ilícitos" à sua honra e reputação - art. 16;
- o direito da criança de "acesso às informações e dados de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente os voltados à promoção de seu bem-estar social, espiritual e moral e saúde física e mental" - art. 17;
- reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm responsabilidades comuns e primordiais na educação e desenvolvimento da criança e de que "os interesses superiores da criança constituirão sua preocupação básica" - art. 18(1);
- o direito da criança de proteção contra todas as formas de violência e abuso - art. 19;
- o direito da criança de proteção especial e assistência quando privada da sua família - art. 20;
- sempre que a adoção for reconhecida ou permitida, os Estados partes "atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança" - art. 21;
- direitos das crianças refugiadas - art. 22;
- direitos da criança portadora de deficiências físicas ou mentais - art. 23;
- direito da criança de gozar do "melhor padrão possível de saúde" e serviços médicos - art. 24;
- o direito da criança internada a "exame periódico de avaliação do tratamento ao qual está sendo submetida e de todos os demais aspectos relativos à sua internação" - art. 25;

- o direito da criança de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social - art. 26;
- o direito da criança a um nível de vida adequado - art. 27;
- o direito da criança à educação (art. 28) e aos objetivos da referida educação (art. 29);⁴⁸
- o direito das crianças pertencentes às minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, bem como o direito das crianças de origem indígena, de ter sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião e utilizar seu próprio idioma - art. 30;
- o direito da criança ao descanso e ao lazer - art. 31;
- o direito da criança à proteção contra a exploração econômica e o trabalho perigoso - art. 32;
- o direito da criança à proteção contra o uso ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas - art. 33;
- o direito da criança à proteção “contra todas as formas de exploração e abuso sexual” - art. 34;
- a prevenção de seqüestro, venda ou tráfico de crianças - art. 35;
- o direito da criança à proteção contra todas as demais formas de exploração que sejam prejudiciais a qualquer aspecto do seu bem-estar - art. 36;
- o direito de proteção contra imposição de tortura e de outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, inclusive pena de morte - art. 37(a);
- o direito da criança de não ser privada da sua liberdade de forma arbitrária ou ilegal - art. 37(b);
- o direito da criança a ser tratada com humanidade quando privada da sua liberdade - art 37(c);
- o direito da criança às proteções legais relativas à privação da sua liberdade - art. 37(d);
- o direito da criança, em casos de conflito armado, de que sejam respeitadas as normas do Direito Internacional Humanitário aplicáveis - art 38(1);

⁴⁸Durante a vigésima terceira sessão realizada em janeiro de 2000, “o Comitê decidiu envolver-se no processo de preparação de um comentário geral sobre o artigo 29 da Convenção (objetivos da educação), devido à próxima Conferência Mundial contra Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância”; ver doc. ONU CRC/C/94, Relatório da vigésima terceira sessão do Comitê sobre os Direitos da Criança, p. 103, parág. 480.

- o direito da criança a medidas apropriadas para estimular a recuperação física e psicológica e a reintegração social no caso de qualquer forma de abandono, exploração e abuso - art. 39;
- princípios da justiça juvenil - art. 40.

Como pode ser observado, esses direitos cobrem não só os mais tradicionais padrões de direitos humanos encontrados, por exemplo, nos Pactos Internacionais dos Direitos Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como também foram ampliados e refinados, e são elaborados de forma a atender especificamente à diversidade das necessidades dos inúmeros jovens que continuam a sofrer várias formas de privações.

De acordo com o artigo 1º do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, os "Estados partes proibirão a venda de crianças, a prostituição e a pornografia infantil, conforme estabelecido no ... Protocolo". O artigo 2º do Protocolo explica os conceitos de "venda de crianças", "prostituição infantil" e "pornografia infantil", ao passo que o artigo 3º enumera os atos que, no mínimo, devem ser "integralmente cobertos" pela legislação criminal dos Estados partes. Em outras disposições encontram-se detalhes relativos ao dever dos Estados partes de estabelecer jurisdição sobre os delitos relevantes e fornecer assistência no que se refere a investigações ou processos criminais ou de extradição, seqüestro e confisco, cooperação internacional e em outras áreas (arts. 4º-11).

O Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o envolvimento de crianças em conflito armado eleva a idade para participação direta em hostilidades para 18 anos e impõe aos Estados partes a obrigação de "assegurar que menores de 18 anos não serão recrutados de maneira compulsória em suas forças armadas" (arts. 1º e 2º). De acordo com o artigo 3º do Protocolo, os Estados partes também "elevarão a idade mínima para o recrutamento voluntário de pessoas em suas forças armadas nacionais" para a idade mínima de 15 anos autorizada no artigo 38(3) da própria Convenção; os Estados que permitem o recrutamento voluntário de menores de 18 anos, *inter alia*, assegurarão que "o referido recrutamento seja genuinamente voluntário" e "feito com o consentimento informado dos pais do menor ou de seus tutores legais" (art 3(a) e (b)).

2.3.3 Limitação permitida do exercício de direitos

A Convenção sobre os Direitos da Criança não contém uma disposição de limitação de caráter geral, e apenas três artigos dispõem sobre o direito de impor limitações ao exercício de direitos, qual sejam, o exercício do direito de liberdade de expressão (art.13(2)), do direito de liberdade de professar sua religião e crenças (art. 14(3)), e do direito de liberdades de associação e reunião pacífica (art. 15(2)). Em todas essas disposições, as medidas restritivas devem ser fundamentadas na lei e necessárias para os fins declarados. Somente com relação ao exercício do direito de liberdade de associação e reunião é expressamente declarado que as referidas medidas também devem ser "necessárias em uma sociedade democrática".

Embora a Convenção contenha poucas disposições de limitação, muitos dos compromissos dos Estados partes estão vinculados ao termo "apropriado", o qual, obviamente, pode ser interpretado de várias maneiras. Contudo, tal interpretação está, em todas as circunstâncias, condicionada "ao interesse maior da criança". Outro fator que os Estados também devem levar em consideração no diz respeito a essa vinculação é o equilíbrio entre os interesses da própria criança e "os direitos e deveres" dos seus pais (cf. arts. 3(3) e 5º).

Por fim, a Convenção sobre os Direitos da Criança não contém nenhuma disposição derogatória, podendo-se então concluir que a Convenção foi elaborada para ser aplicada na íntegra, mesmo em situações excepcionais de crise.

A Convenção sobre os Direitos da Criança não contém uma disposição de limitação de caráter geral. As disposições de limitação de caráter específico estão vinculadas apenas ao exercício da liberdade de expressão, liberdade de professar sua própria religião e crença e as liberdades de associação e reunião pacífica.

Em linhas gerais, a interpretação dos termos da Convenção deve visar primordialmente o interesse maior da criança, mas deveria levar em consideração os direitos e deveres dos seus pais.

2.3.4 O mecanismo de implementação

O sistema de implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança (arts. 42-45) é semelhante aos procedimentos de relatórios estabelecidos nos dois Pactos Internacionais, e, por esse motivo, basta aqui fazer referência àquilo que já foi declarado acima. A exemplo de outros Comitês, o Comitê dos Direitos da Criança também expediu Diretrizes para os relatórios que devem ser apresentados pelos Estados partes, conforme estabelece a Convenção.⁴⁹

2.4 A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948

A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio foi adotada pela Assembleia Geral em 9 de dezembro de 1948 e entrou em vigor em 12 de janeiro de 1951. Em 26 de abril de 2002, contava com a adesão de 135 Estados partes. A Convenção não cria nenhum mecanismo de implementação *específico*, mas, como será visto abaixo, deixa a implementação a cargo das próprias Partes Contratantes.

⁴⁹Ver *supra*, item 47.

2.4.1 Os compromissos dos Estados partes

“As Partes Contratantes *confirmam* que o genocídio, seja cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra, é um crime do direito dos povos, que desde já se comprometem a *prevenir* e a *punir*” (art. I; grifo nosso). Para esse fim, eles também “obrigam-se a adotar, de acordo com as suas Constituições respectivas, as medidas legislativas necessárias para assegurar a aplicação das disposições da ... Convenção e, especialmente, prever sanções penais eficazes que recaiam sobre as pessoas culpadas de genocídio” ou de conspiração com vista ao genocídio, incitamento ao genocídio, tentativa de genocídio ou cumplicidade em atos de genocídio (art. V citado em conjunto com o art. III).

O fato de que as Partes Contratantes “confirmam” no artigo I da Convenção que o genocídio é “um crime de direito dos povos” comprova que consideraram que os princípios subjacentes à Convenção já as vinculava nos termos da lei consuetudinária internacional. Como observado no Capítulo 1º deste Manual, este também é o ponto de vista expresso pelo Tribunal Internacional de Justiça no seu Parecer Consultivo de 1951 sobre *Reservas à Convenção sobre Genocídio*, no qual sustenta que “os princípios subjacentes à Convenção são princípios que são reconhecidos ... como vínculos constituídos sobre os Estados, mesmo sem qualquer obrigação convencional”.⁵⁰ No entanto, a dependência, expressa na Convenção, dos tribunais nacionais para reprimir crimes internacionais evidencia que, em 1948, muitos problemas permaneciam sem solução com respeito à questão da jurisdição penal internacional;⁵¹ e foi somente depois dos assassinatos indiscriminados em algumas partes da antiga Iugoslávia e em Ruanda, na década de 90, que o conceito de jurisdição universal sobre o crime internacional começou a se tornar realidade (ver ainda subseção 2.4.3).

2.4.2 O objetivo legal da Convenção

O objetivo legal da Convenção restringe-se à prevenção e punição do crime de genocídio, que está definido no artigo 11 como “os atos abaixo indicados, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como:

- a. Assassinato de membros do grupo;
- b. Atentado grave à integridade física e mental de membros do grupo;
- c. Submissão deliberada do grupo a condições de existência que acarretarão a sua destruição física, total ou parcial;
- d. Medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo;
- e. Transferência forçada das crianças do grupo para outro grupo”.

⁵⁰Ver *supra*, Capítulo 1, seção 2.4.2.

⁵¹Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford, Clarendon Press), 3ª ed., pp. 562-563.

Os atos seguintes são passíveis de punição: genocídio, conspiração com vista ao genocídio, incitamento ao genocídio, tentativa de genocídio bem como cumplicidade em atos de genocídio (art. 119). Ademais, as pessoas que cometem qualquer um desses atos serão punidas “quer sejam governantes constitucionalmente responsáveis, funcionários ou particulares” (art. 4º).

A Convenção sobre o Genocídio foi, portanto, uma importante confirmação do princípio expresso na Carta de Nuremberg de que, em alguns casos, os indivíduos possuem responsabilidade internacional nos termos do direito internacional, que transcende os interesses nacionais partidários e obrigações de obediência.

2.4.3 Crimes internacionais: desenvolvimentos legais recentes

O princípio da responsabilidade penal individual por atos particularmente graves recebeu vida nova quando o Conselho de Segurança decidiu, por meio da resolução 808 (1993), “que um tribunal internacional será criado para processar as pessoas responsáveis por violações graves do direito humanitário internacional cometidas no território da antiga Iugoslávia desde 1991”. Por meio da Resolução 827 (1993), o Conselho de Segurança a provou, em seguida, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia [*International Criminal Tribunal for former Yugoslavia ICTY*]).

Conforme alterado em 1998, o Estatuto confere ao Tribunal poderes para instaurar processos por infrações graves das Convenções de Genebra de 1949, violações das leis e praxes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade, a saber, assassinio, extermínio, escravização, deportação, tortura, estupro, perseguições por motivos políticos, raciais e religiosos, bem como “outros atos desumanos” – uma definição legal de crime que permite ao Tribunal deliberar sobre todos os outros tipos de abusos generalizados dos direitos humanos não especificados na lista constante do Estatuto (arts. 1º-5º). O Tribunal Internacional e os tribunais nacionais possuem jurisdição concomitante sobre os crimes relevantes, muito embora o primeiro “terá primazia sobre” os últimos (art. 9º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia [*International Criminal Tribunal for former Yugoslavia ICTY*]).

Com o fim de tratar das sérias violações do direito humanitário cometidas em Ruanda entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 1994, o Conselho de Segurança, da mesma forma, criou o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda [*International Criminal Tribunal for Rwanda ICTR*] por meio da resolução 955 (1994). O Estatuto do Tribunal foi adotado por intermédio dessa mesma resolução. O Tribunal tem poder para processar pessoas que cometeram os seguintes crimes: genocídio, crimes contra a humanidade do mesmo tipo daqueles enumerados acima com relação ao ICTY, bem como por violações do artigo 3º comum às Convenções de Genebra de 1949 e ao Protocolo Adicional II (arts. 2º-4º do Estatuto do ICTR). Pode, também, instituir processos pelos mesmos crimes cometidos por cidadãos de Ruanda no território de Estados vizinhos (art. 7º do Estatuto).

A diferença entre os poderes de instaurar ações dos dois Tribunais se deve ao fato de que a guerra na antiga Iugoslávia foi considerada um conflito armado de caráter

internacional ao passo que a situação de crise em Ruanda foi, basicamente, um conflito armado não internacional.

Finalmente, em 17 de julho de 1998, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi adotado pela Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas por uma votação não escrita de 120 a 7, com 21 abstenções.⁵² Este corpo judicial internacional, permanente e independente foi criado para dar fim à impunidade por atos de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e, em determinadas condições, o crime de agressão (art. 5º do Estatuto). O Tribunal terá competência para julgar pessoas físicas, a despeito de sua capacidade oficial, mas não terá jurisdição sobre entidades legais como Estados e empresas (arts. 25 e 27). Além disso, a exemplo dos organismos de monitoramento estabelecidos nos termos dos tratados de direitos humanos em geral, o Tribunal Penal Internacional é de natureza subsidiária, uma vez que, de acordo com o artigo 17 do seu Estatuto, somente serão instaurados processos nos casos em que o Estado envolvido não mostrar disposição ou for genuinamente incapaz de investigar ou instituir a ação judicial conforme previsto no artigo 17(1)(a) e (b). Cabe ao próprio Tribunal Penal determinar, com base em critérios específicos, a “falta de disposição” ou “incapacidade” de o Estado investigar ou instaurar ação judicial em um caso específico (art. 17(2) e (3)). O Tribunal Penal Internacional, ou ICC [*International Criminal Court*], como é geralmente conhecido, passaria a existir após a ratificação do seu Estatuto por 60 Estados (art. 126). Em 11 de abril de 2002, o Estatuto já havia sido ratificado por 66 Estados, e sua vigência iniciou em 1º de julho de 2002.⁵³

A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio visa a prevenção e repressão do genocídio, incluindo conspiração com vista ao genocídio, incitamento ao genocídio, tentativa de genocídio bem como cumplicidade em atos de genocídio. Os princípios subjacentes à Convenção, contudo, vinculam os Estados, independentemente de qualquer obrigação instituída na Convenção.

O novo Tribunal Penal Internacional constitui o primeiro corpo judicial internacional, permanente e independente que visa pôr fim à impunidade por atos de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e, em determinadas circunstâncias, o crime de agressão.

2.5 A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial foi adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965 e entrou em vigor em 4 de janeiro de 1969. Em 8 de abril de 2002, ela já contava com 161 Estados partes. A Convenção criou um Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial, que monitora a implementação da Convenção. Quando necessário,

⁵²Ver o seguinte web site: <http://www.icrc.org/IHL.nsf/0/fb2c5995d7cbf846412566900039e535?OpenDocument>, p. 1. Para o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, ver doc. ONU A/CONF.183/9.

⁵³Ver web site da ONU: <http://www.un.org/law/icc/index.html>.

o Comitê aprova Recomendações Gerais com referência a artigos específicos ou questões de interesse especial. Essas recomendações serão referidas sempre que for relevante.

2.5.1 Os compromissos dos Estados partes

Para os fins da Convenção, “a expressão ‘discriminação racial’ significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condições) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da *vida pública*.” (art. 1(1); grifo nosso). Contudo, “não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ... para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos” (art. 1(4); grifo nosso).⁵⁴

Os Estados partes da Convenção “condenam a discriminação racial e comprometem-se a adotar, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a encorajar a promoção de entendimento entre todas as raças” (art. 2(1)). Para este fim, comprometem-se, em particular, a

- abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação racial contra pessoas, grupos de pessoas ou instituições e zelar para que as autoridades públicas nacionais ou locais, atuem em conformidade com esta obrigação” - art. 2(1)(a);
- não encorajar, defender ou apoiar a discriminação racial praticada por uma pessoa ou uma organização qualquer” - art. 2(1)(b);
- “tomar as medidas eficazes, a fim de reverter” as políticas governamentais nacionais e locais e alterar a legislação que tenha como “objetivo criar a discriminação ou perpetuá-la onde existir” - art. 2(1)(c);
- “tomar todas as medidas apropriadas ... para proibir e pôr fim à discriminação racial praticada por quaisquer pessoas, grupos ou organizações” - art. 2(1)(d);
- "favorecer, quando for o caso, as organizações e movimentos multirraciais, bem como outros meios próprios para eliminar as barreiras entre as raças e a encorajar o que tenda a favorecer a divisão” - art. 2(1)(e).

Os Estados partes, ainda “assegurarão a qualquer pessoa que estiver sob sua jurisdição, proteção e recursos” contra atos que violam os direitos humanos individuais, contrariamente à Convenção, bem como o direito de pedir aos tribunais nacionais “uma

⁵⁴For the reporting obligations of the States parties under these provisions, ver Recomendação Geral referente ao artigo 1 da Convenção, em doc. ONU GAOR, A/54/18, Annex V, p. 103.

satisfação ou reparação justa e adequada por qualquer dano de que foi vítima, em decorrência de tal discriminação” (art. 6º).

Por fim, comprometem-se, em particular, “a tomar medidas imediatas e eficazes, principalmente no campo do ensino, educação, cultura e informação, para lutar contra os preconceitos que levem à discriminação racial ...” (art. 7º).

2.5.2 O campo da não-discriminação protegido

Os Estados partes comprometem-se não só a proibir e eliminar a discriminação racial, mas também “a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei, sem distinção de raça, de cor, de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos” (art. 5º):

- direito a um tratamento igual perante os tribunais ou qualquer órgão que administre a justiça - art. 5(a);
- direito à segurança da pessoa - art. 5(b);
- direitos políticos, particularmente direitos de participar nas eleições, de tomar parte no Governo, assim como na direção dos assuntos públicos, e de acesso em igualdade de condições às funções públicas - art. 5(c);
- outros direitos civis, como o direito de circular livremente e de escolher residência, o direito de deixar qualquer país, inclusive o seu, e de voltar ao seu país, o direito a uma nacionalidade, o direito de casar-se e escolher o cônjuge, o direito de qualquer pessoa, tanto individualmente como em conjunto, à propriedade, o direito de herdar, o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, o direito à liberdade de opinião e de expressão, o direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas - art. 5(d);
- direitos econômicos, sociais e culturais e, especificamente, os direitos ao trabalho, à livre escolha de trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, à proteção contra o desemprego, a um salário igual para um trabalho igual, a uma remuneração equitativa e satisfatória, o direito de fundar sindicatos e a eles se afiliar, o direito à habitação, o direito à saúde pública, a tratamento médico, à previdência social e aos serviços sociais, o direito à educação e à formação profissional, o direito à igual participação nas atividades culturais - art. 5(e); e
- o “direito de acesso a todos os lugares e serviços destinados ao uso do público, tais como meios de transporte, hotéis, restaurantes, cafés, espetáculos e parques” - art. 5(f).

Como destacado pelo próprio Comitê na Recomendação Geral XX, a enumeração dos direitos políticos, civis, econômicos, sociais e culturais no artigo 5º não é cabal e o direito de não se sujeitar a discriminação racial pode ser invocado também no exercício de direitos que não são expressamente mencionados no referido artigo. Em outras palavras, à parte de exigir uma garantia de exercício dos direitos humanos livre da discriminação racial, o artigo 5º, “por si mesmo, não cria [Direitos Humanos,] mas pressupõe a existência e reconhecimento desses direitos”, como os direitos derivados da

Carta da Nações, da Declaração Universal de Direitos Humanos e dos Pactos Internacionais sobre os direitos humanos. Isto também significa que, sempre que os Estados partes impõem restrições ao exercício dos direitos enumerados no artigo 5º, “devem assegurar a compatibilidade tanto da finalidade como do resultado da restrição com o artigo 1º da Convenção como parte integrante das normas internacionais de direitos humanos”.⁵⁵ Como consequência, pode-se inferir que as limitações autorizadas por tratados de direitos humanos estão indiretamente incluídas no artigo 5º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, e, inversamente, que a noção de discriminação racial, conforme definida no artigo 1º desta Convenção, é inerente à lei internacional de direitos humanos como tal.

Muito embora, de acordo com o artigo 1º da Convenção, a proibição da discriminação racial refira-se aos campos “da vida pública”, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial explicou que “na medida que as instituições privadas influenciem o exercício de direitos ou a disponibilidade de oportunidades, o Estado parte deve assegurar que nem o objetivo nem o efeito do resultado criem ou perpetuem a discriminação racial”.⁵⁶

2.5.3 Os mecanismos de implementação

A Convenção criou o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial, composto de dezoito membros que atuam em suas capacidades pessoais (art. 8º), que tem como atribuição monitorar a implementação dos termos da Convenção. Da mesma forma que o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Públicos, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial possui um mecanismo de implementação de três pólos consistindo em relatórios periódicos, comunicações entre os Estados e comunicações feitas por indivíduos, descritos resumidamente abaixo. Ademais, o Comitê adota, sempre que necessário, as Recomendações Gerais sobre artigos específicos ou questões de interesse especial. A seguir uma descrição geral dos mecanismos de monitoramento:

- **o procedimento de relatórios:** os Estados partes comprometem-se a submeter, no prazo de um ano a partir da entrada em vigor da Convenção, para o Estado interessado, um relatório inicial, e, posteriormente, a cada dois anos ou sempre que o Comitê vier a solicitar, um relatório sobre as medidas legislativas, judiciárias, administrativas e outras que adotarem para tornarem efetivas as disposições da Convenção (art. 9(1)). A exemplo dos outros Comitês, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial adotou diretrizes especiais para a forma e conteúdo do relatórios submetidos pelos Estados partes;
- **petições entre os Estados:** qualquer Estado parte que considerar que um outro Estado parte não vem cumprindo as disposições da Convenção “poderá chamar a atenção do Comitê” (art. 11(1)). Diferentemente do caso da Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, não é necessária uma declaração especial reconhecendo a

⁵⁵Compilação das Nações Unidas dos Comentários Gerais, pp. 188-189, parágs. 1 e 2.

⁵⁶Ibid., p. 189, parág. 5.

competência do Comitê para o recebimento de comunicações entre Estados; o Comitê, contudo, somente tratará do assunto se a questão não for dirimida satisfatoriamente para ambas as partes. Se o Comitê vier a incumbir-se do caso, a Convenção prevê a nomeação de uma Comissão de Conciliação *ad hoc*, que porá seus bons ofícios “à disposição dos Estados envolvidos com o objetivo de chegar a uma solução amigável da questão, baseada no respeito à” Convenção (art. 12(1)(a)). Depois de apreciar a questão, a Comissão submeterá ao Presidente do Comitê “um relatório com as conclusões sobre todas questões de fato relativas à controvérsia entre as partes e as recomendações que julgar oportunas, a fim de chegar a uma solução amistosa da controvérsia” (art. 13(1)). Os Estados partes podem acatar ou recusar as recomendações da Comissão de Conciliação (art. 13(2));

- **comunicações individuais:** qualquer Estado parte também poderá declarar, a qualquer momento, que reconhece a competência do Comitê “para receber e examinar as comunicações enviadas por indivíduos ou grupos de indivíduos sob sua jurisdição, que aleguem ser vítimas de violação, por um Estado parte, de qualquer um dos direitos enunciados na presente Convenção” (art. 14(1)). O artigo 14 entrou em vigor em 3 de dezembro de 1982, e, em 17 de agosto de 2001, 34 dos Estados partes já haviam apresentado uma declaração desse teor.⁵⁷

A Convenção Internacional sobre Todas as Formas de Discriminação Racial proíbe essa discriminação no gozo dos direitos humanos em todos os campos da vida pública.

Os Estados partes, no entanto, assegurarão, sempre que as instituições privadas influenciem o exercício de direitos ou a disponibilidade de oportunidades, que nem a objetivo nem o efeito do resultado criem ou perpetuem a discriminação.

A Convenção é implementada internacionalmente por meio de: (1) um procedimento de relatório; (2) petições entre Estados; e (3) comunicações individuais.

2.5 A Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984

Apesar de declarada ilegal pela maioria dos tratados de direitos humanos, foi considerado que a disseminada prática da tortura requeria uma regulamentação mais detalhada com um sistema de implementação mais eficaz. Foi então decidida a elaboração da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas no dia 10 de dezembro de 1984. A Convenção entrou em vigor em 26 de junho de 1987, e, em 8 de abril de 2002, havia 128 Estados partes na Convenção. Ela criou um corpo de peritos, o Comitê contra a Tortura, para supervisionar a implementação das obrigações dos Estados partes.

⁵⁷Doc. ONU GAOR, A/56/18, p. 10, parág. 2.

2.6.1 Os compromissos dos Estados partes

De acordo com a Convenção, “o termo ‘tortura’ designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimento são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência”. Contudo, “não se considerará como tortura dores ou sofrimentos em consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram” (art. 1º).

A seguir, a Convenção estabelece que “cada Estado Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de *impedir* a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição” (art. 2(1); grifo nosso). Também especifica que “*em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência como justificação para tortura*” (art. 2(2); grifo nosso). Trata-se de mera reafirmação da lei de direitos humanos, haja vista que o direito de não ser submetido a tortura não é derogável na maior parte dos tratados relevantes, incluindo o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

A Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes deixa claro que “a ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificação para a tortura” (art. 2(3)). Em outras palavras, o princípio da responsabilidade individual por atos de tortura é estabelecido explicitamente.

2.6.2 O objetivo legal da Convenção

As disposições abaixo da Convenção especificam as responsabilidades dos Estados partes para prevenir, punir e remediar atos de tortura. Entretanto, somente algumas das obrigações legais serão indicadas aqui, e em linhas gerais:

- “nenhum Estado parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura” - art. 3(1);
- “cada Estado parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal” e o mesmo aplicar-se-á à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua “cumplicidade ou participação na tortura”. Além disso, cada Estado parte “punirá estes crimes com penas adequadas que levem conta a sua gravidade” - art. 4(1) e (2);
- os Estados partes tomarão as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre os crimes previstos acima e submeter o suposto autor de atos contrários ao artigo 4º da

Convenção às “suas autoridades competentes para o fim de ser o mesmo processado ” (arts. 5º-7º) e, ainda, “prestaram entre si a maior assistência possível em relação aos procedimentos criminais instaurados” relativamente a qualquer dos delitos mencionados - art. 9º;

- “os crimes a que se refere o artigo 4º serão considerados como extraditáveis em qualquer tratado de extradição existente entre os Estados partes”, os quais, ainda, “obrigar-se-ão a incluir tais crimes como extraditáveis em todo tratado de extradição que vierem a concluir entre si” - art. 8º;
- todo Estado parte também “assegurar que o ensino e a informação sobre a proibição de tortura sejam plenamente incorporados no treinamento do pessoal civil ou militar encarregado da aplicação da lei, do pessoal médico, dos funcionários públicos e de quaisquer outras pessoas que possam participar da custódia, interrogatório ou tratamento de qualquer pessoa submetida a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão” - art. 10(1);
- para os fins de prevenção de tortura, cada Estados parte “manterá sistematicamente sob exame as normas, instruções, métodos e práticas de interrogatório, bem como as disposições sobre a custódia e o tratamento das pessoas submetidas ... a qualquer forma” de privação de liberdade - art. 11;
- “cada Estado parte assegurará que suas autoridades competentes procederão imediatamente a uma investigação imparcial sempre que houver motivos razoáveis para crer que um ato de tortura tenha sido cometido ... ” - art. 12;
- cada Estado parte assegurará, ainda, a qualquer pessoa que alegue ter sido submetida a tortura “o direito de apresentar queixa perante as autoridades competentes do referido Estado, que procederão imediatamente e com imparcialidade ao exame de seu caso” - art. 13;
- “cada Estado parte assegurará, em seu sistema jurídico, à vítima de um ato de tortura, o direito à reparação e a uma indenização justa e adequada, incluídos os meios necessários para a mais completa reabilitação possível” - art. 14;
- “cada Estado parte assegurará que nenhuma declaração que se demonstre ter sido prestada como resultado de tortura possa ser invocada como prova em processo, salvo contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi prestada” - art. 15; e finalmente,
- cada Estado parte também se compromete “a proibir em qualquer território sob sua jurisdição outros atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que não constituam tortura tal como definida no artigo 1º” da Convenção - art. 16.

Como deixa claro esta descrição geral das obrigações legais assumidas nos termos desta Convenção, a questão da tortura e outros tratamentos e penas cruéis, desumanas ou degradantes e a resposta efetiva do Estado à mesma é de alta relevância

para juízes, promotores e advogados, que, em quaisquer circunstâncias, devem estar preparados para procurar sinais da existência desses atos ilegais.

2.6.3 O mecanismo de implementação

O Comitê contra a Tortura, um corpo independente de dez peritos (art. 17(1)) criado para supervisionar a implementação da Convenção, está encarregado, a exemplo de todos os outros Comitês estabelecidos por tratados abordados neste capítulo, da tarefa de examinar os relatórios periódicos submetidos pelos Estados partes, mas também pode, quando os Estados partes apresentam declarações nesse sentido, receber e examinar comunicações dos Estados partes e indivíduos. Como veremos abaixo, a despeito de a Convenção autorizar o Comitê a visitar um país onde a tortura é praticada somente com o consentimento do referido Estado, desde 1991 vêm sendo feitos esforços para a elaboração de um protocolo facultativo à Convenção que estabelecerá um sistema preventivo de visitas regulares aos locais de detenção. Muito embora os participantes da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos tenham unanimemente exigido a adoção antecipada deste protocolo facultativo,⁵⁸ ainda não se chegou a um consenso sobre o seu conteúdo.⁵⁹ Em termos gerais, os procedimentos de monitoramento podem ser descritos como segue:

- ***o procedimento de relatórios:*** os Estados partes ficam obrigados a apresentar relatórios sobre as medidas por eles adotadas no cumprimento das obrigações assumidas em virtude da Convenção no prazo de um ano, a contar do início da sua vigência e, posteriormente, a cada quatro anos ou quando o Comitê vier a solicitar (art. 19(1)). Para facilitar a elaboração dos relatórios, o Comitê adotou diretrizes gerais sobre a forma e conteúdo dos relatórios iniciais e periódicos;⁶⁰
- ***atividades do Comitê em conformidade com o artigo 20:*** este artigo é específico da Convenção contra a Tortura e dispõe que, “no caso de o Comitê vir a receber informações fidedignas que lhe pareçam indicar, de forma fundamentada, que a tortura é praticada sistematicamente no território de um Estado parte”, ele “convidará o Estado parte em questão a cooperar no exame das informações e, nesse sentido, a transmitir as observações que julgar pertinentes” (art. 20(1)). No entanto, os Estados partes poderão declarar, por ocasião da assinatura ou da ratificação da Convenção ou da adesão a ela, que não reconhecem a competência do Comitê (art. 28(1)). Em 18 de maio de 2001, um total de nove Estados partes havia feito essa declaração.⁶¹ Os documentos e procedimentos relativos às funções do Comitê, de acordo com este artigo, são sigilosos, no entanto, “o Comitê poderá, após celebrar consultas com o Estado parte interessado, tomar a decisão de incluir um resumo dos resultados da

⁵⁸Doc. ONU A/CONF.157/23, *Vienna Declaration and Programme of Action*, p. 22, parág. 61.

⁵⁹Ver resolução E/CN.4/RES/2000/35 adotada pela Comissão de Direitos Humanos em 20 de abril de 2000 sobre *Minuta do Protocolo Opcional à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*; an open-ended Working Group is attempting to draft the protocol.

⁶⁰Docs. ONU CAT/C/4/Rev.2 (as to the initial reports) e CAT/C/14/Rev.1 (as to the periodic reports). For more information about the initial reporting procedure under this Convention, ver também Joseph Voyame, “The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment”, in *Manual on Human Rights Reporting*, pp. 309-332.

⁶¹Doc. ONU GAOR, A/56/44, Annex II, p. 79.

investigação em seu relatório anual” para os Estados partes e a Assembléia Geral (art. 20(5));⁶²

- **comunicações entre Estados:** em 18 de maio de 2001, 43 Estados partes haviam declarado que reconheciam a competência do Comitê para receber e examinar as considerações em que um Estado parte alegue que outro Estado parte não vem cumprindo as obrigações que lhe impõe a Convenção (art. 21(1)).⁶³ O Comitê examinará a comunicação somente se a controvérsia não estiver dirimida satisfatoriamente para ambos Estados partes. O procedimento é sigiloso e o Comitê “colocará seus bons ofícios à disposição dos Estados partes interessados com o intuito de se alcançar uma solução amistosa para a questão, baseada no respeito às obrigações estabelecidas na presente”. Para atingir este fim, o Comitê poderá constituir uma comissão de conciliação *ad hoc*. Se não for alcançada uma solução amistosa, o Comitê emitirá um relatório com apenas uma “breve exposição dos fatos” do caso (art. 21 (1));
- **comunicações individuais:** por fim, o Comitê poderá receber comunicações de indivíduos que aleguem ser vítimas de violação da Convenção se o Estado parte interessado tiver reconhecido expressamente a competência do Comitê (art. 22(1)). No dia 18 de maio de 2001, 40 Estados partes haviam apresentado uma declaração para esse efeito.⁶⁴ O Comitê, porém, considerará inadmissível qualquer comunicação que seja anônima ou, a seu juízo, que constitua abuso do direito de apresentar as comunicações, ou que seja incompatível com as disposições da Convenção (art. 22(2)). Antes de examinar uma comunicação, o Comitê também poderá, *inter alia*, apurar se a pessoa esgotou todos os recursos jurídicos internos disponíveis, salvo nos casos em que a aplicação dos recursos se prolongar injustificadamente ou quando não for provável que a aplicação de tais recursos venha a melhorar realmente a situação da suposta vítima (art. 22(5)(b)). Ainda que os documentos e processos relativos às comunicações individuais sejam sigilosos, os pareceres do Comitê são comunicados às partes e divulgados ao público. O mesmo ocorre com as decisões do Comitê declarando a inadmissibilidade das comunicações.⁶⁵ Muitos dos pareceres e decisões do Comitê são incluídos no relatório anual apresentado à Assembléia Geral.

A Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes confirma a legitimada regra do direito internacional de que, sob nenhuma circunstância, nem mesmo guerras ou outras emergências públicas, justificam o uso da tortura ou outras formas de tratamento degradante.

Ordens de superiores hierárquicos não podem ser invocadas para justificar a tortura.

⁶²Doc. ONU GAOR, A/54/44, p. 24, parág. 231.

⁶³Doc. ONU GAOR, A/56/44, Annex III, pp. 80-81.

⁶⁴Ibid., loc. cit.

⁶⁵Doc. ONU GAOR, A/54/44, p. 25, parág. 236.

A Convenção é implementada internacionalmente por meio (1) do procedimento de relatório; (2) das atividades especiais do Comitê, nos termos do artigo 20; (3) de comunicações entre Estados; e (4) de comunicações individuais.

2.7 A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres, 1979, e seu Protocolo, de 1999

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979 e entrou em vigor em 3 de setembro de 1981. Em 8 de abril de 2002, contava com 168 Estados partes. A Convenção estabelece um corpo de peritos independentes, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, para monitorar a implementação da Convenção. No dia 6 de outubro de 1999, a Assembleia Geral também adotou, sem que fosse realizada uma votação, um Protocolo Facultativo à Convenção, que facultou ao Comitê, *inter alia*, receber e examinar comunicações de mulheres ou grupos de mulheres que aleguem ser vítimas de discriminação sexual na jurisdição dos Estados que ratificaram o Protocolo ou manifestaram sua adesão. O Protocolo entrou em vigor em 22 de dezembro de 2000 e, em 8 de abril de 2002, já contava com 30 Estados partes.

2.7.1 Os compromissos dos Estados partes

Para os fins da Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará "toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou *em qualquer outro campo*". (art. 1º; grifo nosso). A proibição da discriminação contra a mulher, portanto, não se limita às categorias tradicionais dos direitos humanos, mas estende-se mais além, abarcando outros campos em que a discriminação possa ocorrer. Além disso, não está limitada ao campo público, compreendendo também áreas da vida privada.

É digno de nota, contudo, que no caso de "medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará a discriminação na forma definida nesta Convenção"; tais medidas, no entanto, "cessarão quando os objetos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados" (art. 4º).

Os Estados partes "concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem", especificamente, a: (art. 2º):

- consagrar o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados à realização prática desse princípio;

- "adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher";
- estabelecer a proteção jurídica efetiva dos direitos da mulher por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas;
- "abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher";
- "tornar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa"; e
- "derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher".

Os artigos subseqüentes estabelecem mais detalhadamente os compromissos dos Estados partes

- eliminar a discriminação contra a mulher, o que, *inter alia*, compreende as seguintes obrigações:
 - "modificar os padrões sócio-culturais de conduta de homens e mulheres ... que estejam baseados na idéia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres" (art.5(a));
 - "garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos"(art. 5(b));
 - tomar todas as medidas apropriadas para suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição da mulher (art. 6º), para eliminar a discriminação contra a mulher na vida política e pública (arts. 7º e 8º ⁶⁶), nas esferas da educação (art. 10), emprego (art. 11) e cuidados médicos (art. 12); nas esferas da vida econômica e social (art. 13); bem como contra a mulher nas zonas rurais (art. 14(2)).

2.7.2 O objetivo legal específico da Convenção

Ainda que muitos artigos da Convenção estejam estruturados como obrigações legais dos Estados partes de "tomar medidas apropriadas" para eliminar a discriminação contra a mulher, alguns especificam, concomitantemente, direitos particulares que devem ser garantidos na igualdade entre homens e mulheres. Assim, por exemplo:

- com respeito à educação, a mulher tem direito, *inter alia*, às mesmas condições de carreira e capacitação profissional, e às mesmas oportunidades para obtenção de bolsas de estudo e outras subvenções para estudos - art.10º;

⁶⁶Recomendação Geral No. 8 (Implementação do artigo 8), in *Compilação das Nações Unidas dos Comentários Gerais*, p. 206.

- o direito ao trabalho, às mesmas oportunidades de emprego, de escolher livremente profissão e emprego, a igual remuneração,⁶⁷ à seguridade social e à proteção da saúde - art. 11;
- o direito a benefícios familiares, a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e a participar em atividades de recreação, esportes e em todos os aspectos da vida cultural - art. 13;
- o direito da mulher nas zonas rurais de participar na elaboração e execução de planos de desenvolvimento, de ter acesso a serviços médicos adequados, de beneficiar-se diretamente dos programas de seguridade social, de obter todos os tipos de educação e de formação, de organizar grupos de auto-ajuda, de participar de todas as atividades comunitárias, de ter acesso aos créditos e empréstimos agrícolas e de gozar de condições de vida adequadas - art. 14.

Finalmente, a Convenção impõe, especificamente, aos Estados partes o dever de "reconhecer à mulher a igualdade com o homem perante a lei" assim como a capacidade jurídica idêntica em matérias civis (art. 15(1) e (2)); e também obriga os Estados partes a assegurar-lhes, com base na igualdade entre homens e mulheres, uma série de direitos relativos ao casamento e relações familiares (art.16).

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, dessa forma, abrange todos os principais campos da vida ativa em sociedade e também constitui uma ferramenta útil para juízes, promotores e advogados que examinam questões relativas à igualdade entre homens e mulheres sob a perspectiva da legislação nacional.

2.7.3 Os mecanismos de implementação

Os mecanismos de monitoramento estabelecidos pela Convenção e seu Protocolo de 1999 podem ser descritos, resumidamente, como segue:

- **o procedimento de relatórios:** A Convenção, em si mesma, possui um mecanismo de implementação menos desenvolvido do que aqueles criados pelos tratados abordados acima, uma vez que tal mecanismo é restrito a um *procedimento de relatório*, com o compromisso dos Estados partes de enviar ao Comitê um relatório sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, indicando os fatores e dificuldades que venham a influir no cumprimento das suas obrigações estabelecidas na Convenção, no prazo de um ano após a entrada em vigor da Convenção e, posteriormente, pelo menos cada quatro anos e toda vez que o Comitê solicitar (art 18). O Comitê adotou diretrizes para a apresentação de relatórios periódicos com o objetivo de assistir os Estados partes no cumprimento das suas obrigações nos termos do tratado, e, a partir de junho de 1999, também passou a adotar as 24 Recomendações Gerais em conformidade com o artigo 21 da

⁶⁷Recomendação Geral No. 13 (Remuneração igual para trabalho de valor igual), *ibid.*, p. 210.

Convenção;⁶⁸ as recomendações podem referir-se tanto a disposições específicas da Convenção ou àquilo que é chamado de temas "cross-cutting" [sistêmicos].⁶⁹ O trabalho do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher tem se provado mais difícil pelo fato de que a Convenção limita a duração das reuniões do Comitê a um máximo de duas semanas anuais (art.20), ao passo que as reuniões dos outros grupos não tem a sua duração limitada pelos seus respectivos tratados. Na sua Recomendação Geral No. 22, o Comitê propôs que os Estados partes alterassem o artigo 20 "de sorte a permitir que o Comitê se reúna anualmente, durante o tempo que for necessário, para o desempenho efetivo das suas funções nos termos da Convenção";⁷⁰

• **comunicações individuais:** Desde a entrada em vigor, em 22 de dezembro de 2000, do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, o Comitê tem competência para examinar petições de mulheres ou grupos de mulheres que esgotaram os recursos nas suas jurisdições. As petições também podem ser apresentadas em nome de indivíduos ou grupos de indivíduos, desde que com o seu consentimento, salvo nos casos em que o autor justificar a falta desse consentimento (art. 2º). O Protocolo Facultativo também confere ao Comitê o direito de conduzir investigações sigilosas de violações graves ou sistemáticas da Convenção (art.8º).

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher cria uma estrutura jurídica que estimula o trabalho pela igualdade cada vez maior entre homens e mulheres em muitos lugares do mundo.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher cria uma estrutura jurídica abrangente para a eliminação da discriminação contra a mulher no gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos público e privado.

A Convenção é implementada internacionalmente por meio de (1) um procedimento de relatório e (2) um sistema de comunicações individuais.

⁶⁸Para mais informações sobre o procedimento de relatório nos termos desta Convenção, ver Zagorka Ilic, "A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, in *Manual on Human Rights Reporting*, pp. 265-308. Para as diretrizes, ver doc. ONU CEDAW/C/7/Rev.3., *Guidelines for Preparation of Reports by States Parties*.

⁶⁹Para a lista das Recomendações Gerais adotadas pelo Comitê, ver o website da ONU: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations.htm>.

⁷⁰Ver Recomendação Geral No. 22 (Alterando o artigo 20), *Compilação das Nações Unidas dos Comentários Gerais*, pp. 232-233.

3. Outros Instrumentos Adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas

Esta seção destacará algumas das resoluções mais importantes adotadas pela Assembleia Geral no campo dos direitos humanos, muitas das quais serão especificamente abordadas de forma detalhada em outros capítulos do Manual. Conforme explicado no Capítulo 1º, as resoluções adotadas pela Assembleia Geral não são, como tal, obrigações legalmente vinculativas, porém, dependendo das circunstâncias em que foram adotadas, podem constituir uma prova útil do direito internacional consuetudinário.⁷¹ No mínimo, as resoluções adotadas pela Assembleia Geral carregam uma sólida força política e moral e podem ser consideradas como introdutoras de princípios amplamente aceitos na comunidade internacional.⁷² Conseqüentemente, essas resoluções também podem proporcionar uma importante orientação às profissões legais locais, como por exemplo, nas situações em que nem as leis locais nem as leis internacionais são suficientemente claras quanto a uma determinada questão.

As resoluções a seguir estão entre aquelas que possuem significado especial para juízes, promotores e advogados no exercício de suas responsabilidades profissionais. *Entretanto, é aconselhável o uso de cautela na busca por orientação, especialmente a partir de algumas das resoluções mais antigas, uma vez que os Estados podem agora estar obrigados por padrões legais mais rígidos, seja de acordo com suas próprias leis locais, seja de acordo com as convenções internacionais.* Como veremos, muitas dessas resoluções abordam o tratamento de pessoas privadas de liberdade, inclusive jovens delinquentes, e visam à erradicação da tortura e outros tipos de tratamentos desumanos.

3.1 Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, de 1981

A Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções proclama “o direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião”, e inclui, *inter alia*, a liberdade de professar uma religião ou qualquer convicção a sua escolha, e de manifestar essa religião ou convicção tanto individual como coletivamente. (art. 1º). Essa Declaração prevê ainda que “ninguém será objeto de discriminação por motivos de religião ou convicções por parte de nenhum Estado, instituição, grupo de pessoas ou particulares” (art. 2(1)). Os Estados “adotarão medidas eficazes para prevenir e eliminar toda discriminação por motivos de religião ou convicções” e “farão todos os esforços necessários para promulgar

⁷¹Ver ainda *supra*, Capítulo 1, seção 2.4.2.

⁷²Ver *Human Rights: A Basic Handbook for UN Staff*, United Nations, Escritório do Alto-Comissário para os Direitos Humanos/ United Nations Staff College Project, p.5.

ou derrogar leis, segundo seja o caso, a fim de proibir toda discriminação deste tipo” (art. 4º).

3.2 Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos, de 1990

De acordo com os Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos, de 1990, “todos os reclusos devem ser tratados com o respeito devido à dignidade e ao valor inerentes ao ser humano”, e não estarão sujeitos à discriminação com relação a várias condições (Princípios 1 e 2). “Exceto no que se refere às limitações evidentemente necessárias pelo fato da sua prisão, todos os reclusos devem continuar a gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais enunciados na Declaração Universal de Direitos Humanos e, caso o Estado interessado neles seja parte”, os direitos enunciados em outros pactos das Nações Unidas (Princípio 5). Os reclusos devem ter o direito de participar das atividades culturais e ter acesso à educação, e devem ser criadas condições que lhes permitam ter um “emprego útil e remunerado” (Princípios 6 e 8). Os Princípios Básicos também prevêm que esforços para a abolição do regime de isolamento como forma de punição sejam envidados e encorajados (Princípio 7).

3.3 Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Alguma Forma de Detenção ou Prisão, de 1988

O Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Alguma Forma de Detenção ou Prisão, de 1988, é uma declaração abrangente com 39 princípios que não pode ser invocados para restringir os direitos de pessoas privadas de liberdade, reconhecidos por outras fontes legais nacionais ou internacionais, sob o pretexto de que não estão contidos no presente Conjunto de Princípios (Princípio 3 e Cláusula Geral). O Conjunto de Princípios enfatiza, em especial, questões de controle efetivo de todas as formas de detenção, inclusive judicial, ou outro reexame da detenção continuada. Prevê ainda detalhes com relação às condições da captura, notificação da prisão ou transferência para outro local de detenção, à família ou outras pessoas, o direito de a pessoa privada de liberdade comunicar-se com a família e um advogado, interrogatórios, visitas imparciais aos locais de detenção para supervisionar a observância de leis e regulamentos e, por exemplo, a questão dos remédios jurídicos para a contestação tanto da legalidade da privação de liberdade quanto do tratamento ao qual a pessoa foi submetida durante o período em que esteve privada de liberdade.

3.4 Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, de 1990

As Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, de 1990, enfatizam que a prisão de jovens “deverá constituir uma medida de último recurso” (Regra 1), e prevêm uma ampla orientação com relação aos direitos dos jovens dentro do sistema judiciário, por exemplo, no que diz respeito à prisão ou detenção e ao aguardo de julgamento. Também regulamentam a administração das instalações para

jovens, *inter alia*, no que tange à manutenção de registros, ao ambiente físico e acomodações, educação, treinamento vocacional e trabalho, recreação, religião, assistência médica, limitações de restrição física e uso da força, procedimentos disciplinares, como também inspeção e reclamações.

3.5 Princípios de Ética Médica aplicáveis à Atuação do Pessoal de Saúde, especialmente os Médicos, na Proteção de Pessoas Presas ou Detidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1982

Os Princípios de Ética Médica aplicáveis à Atuação do Pessoal de Saúde, especialmente os Médicos, na Proteção de Pessoas Presas ou Detidas contra Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1982, é um conjunto sucinto de seis princípios, que enfatiza o dever de todo o pessoal de saúde encarregado da assistência médica a presos e detidos de prover-lhes a proteção à sua saúde física e mental, e proporcionar-lhes tratamento na doença, da mesma qualidade e padrão do dispensado àqueles que não estão presos ou detidos (Princípio 1). Portanto, constitui “uma grave violação à ética médica bem como um crime em termos de instrumentos internacionais aplicáveis, o envolvimento, ativo ou passivo, de pessoal dos serviços de saúde, especialmente médicos, ou atos de participação, cumplicidade, incitamento ou tentativa de perpetrar tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes” (Princípio 2). Também constitui uma violação da ética médica, *inter alia*, no que tange aos médicos “o uso de seus conhecimentos e ciência a fim de auxiliar no interrogatório de presos ou detidos de um modo que possa adversamente afetar a saúde física ou mental de tais presos ou detidos” (Princípio 4(a)) e “a colaboração em qualquer ato de coerção de um preso ou detido, salvo se tal procedimento seja estabelecido de acordo com critérios puramente médicos” como sendo necessário para determinados propósitos especificamente identificados (Princípio 5).

3.6 Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, de 1979

O Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, de 1979, é dirigido a todos os agentes da lei que exerçam poderes policiais, especialmente poderes de prisão e detenção (art. 1, com Comentário). “No cumprimento do seu dever, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem respeitar e proteger a dignidade humana, e manter e apoiar os direitos humanos de todas as pessoas” (art. 2). Em especial, “só podem empregar a força quando tal se afigure estritamente necessário e na medida exigida para o cumprimento do seu dever” (art. 3) e não podem “infligir, instigar ou tolerar qualquer ato de tortura ou qualquer outro pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante”. Além disso, tais atos não podem ser justificados por ordens superiores ou circunstâncias excepcionais, tais como estado de guerra ou outras emergências públicas (art. 5). Finalmente, entre outras obrigações, “os funcionários responsáveis pela aplicação

da lei não devem cometer qualquer ato de corrupção” e “devem opor-se vigorosamente a todos os atos desta índole e combatê-los” (art. 7).

3.7 Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), de 1990

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade, de 1990, também chamadas de Regras de Tóquio, “enunciam uma série de princípios básicos tendo em vista favorecer o recurso a medidas não privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para as pessoas submetidas a medidas substitutivas da prisão”, e “visam a encorajar a coletividade a participar mais na administração da justiça penal” e “desenvolver nos delinqüentes o sentido da sua responsabilidade para com a sociedade” (Princípios Gerais 1.1 e 1.2). As Regras cobrem todas as fases, desde a fase de saneamento até às fases de julgamento, condenação e execução, e tratam ainda, *inter alia*, da implementação de medidas não-privativas de liberdade (Princípios 5-14).

3.8 Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinqüência Juvenil (Diretrizes de Riad), de 1990

As Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinqüência Juvenil, de 1990, também chamadas de Diretrizes de Riad, visam à prevenção da delinqüência juvenil ao buscar “uma orientação voltada para a criança” por meio da qual “os jovens devem ter um papel ativo e colaborante dentro da sociedade e não devem ser considerados como meros objetos de medidas de socialização e de controle” (Princípio Fundamental 3). As Diretrizes, que devem ser interpretadas e implementadas dentro da estrutura de outras normas internacionais relevantes existentes, como os Pactos Internacionais e a Convenção sobre os Direitos da Criança, tratam de questões relativas a prevenção geral (Diretriz 9), processos de socialização (Diretrizes 10-44), política social (Diretrizes 45-51), legislação e administração da justiça juvenil (Diretrizes 52-59), e pesquisa, desenvolvimento de políticas e coordenação (Diretrizes 60-66).

3.9 Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Pequim), de 1985

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, de 1985, também chamadas de Regras de Pequim, estabelecem princípios detalhados sobre o tratamento de jovens na administração da justiça, juntamente com comentários sobre esses princípios. As regras tratam de idade de responsabilidade criminal, objetivos da justiça juvenil, direitos dos jovens, proteção da privacidade, investigação e processos, sentença e julgamento final, tratamento institucional e não-institucional, além de pesquisa, planejamento, formulação de política e avaliação.

3.10 Declaração dos Princípios Básicos de Justiça relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, de 1985

A parte inicial da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, de 1985, contém regras sobre acesso à justiça e tratamento justo das vítimas de “atos ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados Membros, incluindo as leis que proíbem abuso de poder” (Princípios 4 e 1, lidos em conjunto). A Declaração ainda regula o direito ao ressarcimento, indenização e assistência para as vítimas da criminalidade (Princípios 8-17). Por fim, trata da situação das vítimas de “atos ou omissões que, não constituindo ainda uma violação da legislação penal nacional, representam violações das normas internacionalmente reconhecidas em matéria de direitos humanos” (Princípio 18). Quanto a isso “os Estados deveriam considerar a possibilidade de inserção nas suas legislações nacionais de normas que proíbam os abusos de poder e prevejam reparações às vítimas de tais abusos. Entre tais reparações deveriam figurar, nomeadamente, a restituição e a indenização, bem como a assistência e o apoio de ordem material, médica, psicológica e social que sejam necessários” (Princípio 19).

3.11 Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, de 1992

A Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, de 1992, estabelece que “nenhum Estado deverá cometer, autorizar ou tolerar os desaparecimentos forçados” (art. 2(1)) e que “todos os Estados deverão adotar medidas eficazes nos planos legislativo, administrativo, judicial ou outros, para prevenir ou erradicar atos conducentes a desaparecimentos forçados em qualquer território sujeito à sua jurisdição” (art. 3). Estabelece também que “nenhuma ordem ou instrução emanada de uma autoridade pública, civil, militar ou de outra natureza, poderá ser invocada para justificar um desaparecimento forçado” e que “qualquer pessoa que receba tal ordem ou instrução terá o direito e o dever de não obedecê-las” (art. 6(1)). Além disso, “o direito a um recurso *judicial* rápido e eficaz, enquanto meio de determinar o paradeiro ou estado de saúde das pessoas privadas de liberdade, e/ou de identificar a autoridade que ordenou ou levou a cabo a privação de liberdade, a fim de prevenir a ocorrência de desaparecimentos forçados em todas as circunstâncias”, incluindo situações em que o Estado enfrente “ameaça de guerra, estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra situação de emergência pública” (art. 9(1) lido em conjunto com o art. 7; grifo nosso). Essas situações de emergência não podem, em nenhuma circunstância, ser invocadas para justificar desaparecimentos (art. 7).

3.12 Declaração sobre os Direitos e as Responsabilidades dos Indivíduos, Grupos e Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger os Direitos Humanos e as Liberdades Individuais Universalmente Reconhecidos (“Declaração sobre os Defensores dos Direitos Humanos”), de 1998

A Declaração sobre os Direitos e as Responsabilidades dos Indivíduos, Grupos e Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger os Direitos Humanos e as Liberdades Individuais Universalmente Reconhecidos, de 1998, a chamada Declaração sobre os Defensores dos Direitos Humanos, foi elaborada durante um período de 13 anos, e tem um significado especial, pois enfatiza o direito de todas as pessoas, “individualmente ou em associação com outras, (têm o direito) de promover ou lutar pela proteção e realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais no plano nacional e internacional” (art. 1). Destaca ainda “a responsabilidade e dever primordiais de proteger, promover e tornar efetivos todos os direitos humanos” (art. 2) e, *inter alia*, define normas existentes relativas ao direito de “participar de atividades pacíficas contra violações dos direitos humanos e das liberdades fundamentais” (art. 12(1)). Cada indivíduo tem, além disso, o direito a “uma *proteção eficaz de acordo com a lei nacional* ao reagir ou manifestar oposição, por meios pacíficos, relativamente a atividades, atos e omissões imputáveis aos Estados, que resultem em violações dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, bem como a atos de violência perpetrados por grupos ou indivíduos, que afetem o gozo” desses direitos e liberdades (Art. 12(3); grifo nosso). De acordo com a Resolução 2000/61, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas decidiu solicitar ao Secretário-Geral a designação de um representante especial para “elaborar um relatório sobre a situação dos defensores dos direitos humanos em todas as partes do mundo e sobre meios possíveis de aumentar sua proteção em total cumprimento da Declaração” (parágrafo 3º em vigor).

4. Instrumentos adotados pelo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento de Delinqüentes

Uma orientação interpretativa quanto ao significado das normas jurídicas internacionais também pode ser encontrada nos seguintes instrumentos não vinculativos, os quais foram adotados por todos os Congressos das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento de Delinqüentes:

- Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, de 1955;
- Princípios Básicos da Independência do Judiciário, de 1985;
- Princípios Básicos sobre o Uso da Força e das Armas de Fogo por Policiais, de 1990;

- Princípios Básicos sobre a Função dos Advogados, de 1990; e
- Orientações sobre a Função dos Promotores, de 1990.

Entretanto, uma vez que esses instrumentos serão examinados mais detalhadamente em outros capítulos deste Manual, não serão abordados com mais profundidade neste capítulo.

5. Mecanismos Extra convencionais das Nações Unidas para Monitoramento dos Direitos Humanos

Além dos mecanismos de tratados internacionais, as Nações Unidas traçou o que tem sido chamado de “procedimentos especiais” para lidar com sérias violações dos direitos humanos e examinar queixas feitas por pessoas naturais e ONGs. Esses procedimentos, que estão incluídos na estrutura da Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos, têm a finalidade de estabelecer uma cooperação construtiva entre os governos interessados em remediar as violações dos direitos humanos. Em princípio há duas categorias, a saber, de um lado os procedimentos relativos a temas e a países, e de outro o procedimento 1503.

5.1 Procedimentos Especiais I: Mandatos relativos a temas e países⁷³

Ao longo das últimas décadas, a Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos e o Conselho Econômico e Social implantou diversos *mecanismos extra convencionais ou procedimentos especiais*, que não são criados nem pela Carta das Nações Unidas nem por algum tratado. Esses mecanismos extra convencionais, que também monitoram o cumprimento dos principais direitos humanos, foram confiados a *grupos de trabalho de especialistas atuando de forma individual, ou pessoas designadas como relatores especiais, representantes especiais ou especialistas autônomos*.

O mandato e tempo de mandato dos grupos de trabalho, dos relatores especiais, especialistas autônomos ou representantes especiais do Secretário Geral estão sujeitos à decisão da Comissão de Direitos Humanos ou do Conselho Econômico e Social. De forma geral, entretanto, seu mandato os incumbe de examinar, monitorar e trazer a público, tanto questões relativas à situação dos direitos humanos em algum país ou território específico – os assim chamados *mandatos relativos a países* –, quanto tipos específicos de violações dos direitos humanos em todo o mundo – os *mecanismos relativos a temas ou mandatos*.

⁷³As informações constantes desta seção foram parcialmente retiradas de *Human Rights A Basic Handbook for UN Staff*, United Nations, Escritório do Alto-Comissário para os Direitos Humanos /United Nations Staff College Project, pp. 49-53.

Esses mecanismos são de suma importância para o monitoramento dos principais direitos humanos universais e o enfrentamento de muitas das mais sérias violações no mundo, como execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, desaparecimentos forçados ou involuntários, detenções arbitrárias, pessoas transferidas de um lugar para outro nos próprios países, independência de juízes e advogados, violência contra a mulher, venda de crianças, direito ao desenvolvimento, moradia e educação adequadas, e defensores dos direitos humanos.

O *objetivo central* de todos esses procedimentos especiais é aperfeiçoar, no âmbito nacional, a implementação dos principais direitos humanos internacionais. Todavia, cada procedimento especial tem seu próprio mandato específico, que também evoluiu, em alguns casos, de acordo com circunstâncias e necessidades específicas.

As atividades desses mecanismos são baseadas em alegações de violações de direitos humanos recebidas de diversas fontes, por exemplo de vítimas ou de seus parentes e de ONGs locais ou internacionais. Informações dessa natureza podem ser dadas de várias formas, como por cartas e fax, e essas informações podem se referir a casos individuais, bem como a detalhes de situações de supostas violações de direitos humanos.

Esses mecanismos especiais apresentam casos bem fundados de violações de direitos humanos aos governos envolvidos, para esclarecimento. Os resultados são, em seguida, divulgados nos relatórios públicos entregues pelos mecanismos à Comissão de Direitos Humanos e outros órgãos competentes das Nações Unidas. Ademais, sempre que informações recebidas comprovem a iminência de uma grave violação dos direitos humanos, como uma execução extrajudicial ou desaparecimento involuntário, os mecanismos temáticos ou aqueles específicos a determinado país devem enviar uma mensagem urgente aos Governos envolvidos exigindo esclarecimentos sobre o caso e pedindo ao Governo que tome as providências necessárias para garantir os direitos da suposta vítima. Eles podem também solicitar uma visita imediata ao país envolvido.⁷⁴ Os propósitos desses pedidos é fortalecer a proteção dos direitos humanos em situações que dêem margem a alguma preocupação imediata; e, como foi enfatizado em um relatório sobre a racionalização do trabalho da Comissão, adotado por consenso pela própria Comissão durante a quinquagésima sexta sessão, “Os Governos aos quais são enviados pedidos urgentes devem compreender a gravidade da preocupação subjacente a esses pedidos e devem responder da forma mais rápida possível”.⁷⁵ Esses pedidos têm natureza *preventiva* e não julgam previamente a conclusão final no caso sob exame. Os casos que não são esclarecidos são divulgados publicamente por meio do relatório dos mecanismos especiais para a Comissão dos Direitos Humanos ou para outros departamentos competentes das Nações Unidas.

5.2 Procedimentos especiais II: O procedimento de queixas 1503

Em resposta ao grande número de comunicações apresentadas Nações Unidas a cada ano alegando a existência de violações patentes e sistemáticas violações dos direitos

⁷⁴Ver doc. ONU E/CN.4/2000/112, *Report of the Intersessional Open-ended Working Group on Enhancing the Effectiveness of the Mechanisms of the Commission on Human Rights*, p. 8, parág. 26.

⁷⁵Ibid., p. 9, parág. 28.

humanos, o Conselho Econômico e Social adotou um procedimento para tratar dessas comunicações. Esse procedimento é conhecido como 1503, de acordo com a adoção da resolução 1503, de 27 de maio de 1970. Porém, embora seja baseado em pedidos feitos por pessoas e, de forma mais abrangente, pedidos feitos por ONGs, o referido procedimento não trata de casos individuais, **mas procura identificar situações de graves violações dos direitos humanos que afetem um grande número de pessoas.**

Desde o ano 2000, esse procedimento confidencial, que, originalmente, compreende três estágios, será formado por um procedimento de dois estágios envolvendo, em primeiro lugar, um Grupo de Trabalho de Comunicações abrangendo cinco membros independentes da Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, bem como um Grupo de Trabalho para Situações que será formado por cinco membros da Comissão de Direitos Humanos indicados por grupos regionais. A própria Comissão então realizará duas sessões fechadas para avaliar as recomendações dos Grupos de Trabalho para Situações.⁷⁶ De forma geral, o dossiê 1503 permanecerá sempre em caráter confidencial, salvo se o Governo envolvido tenha indicado seu desejo de torná-lo público. Caso contrário, apenas os nomes dos países que tenham sido examinados de acordo com o procedimento 1503 e dos países que não estejam mais submetidos ao referido exame serão divulgados publicamente pelo Presidente da Comissão.⁷⁷

*Além dos mecanismos baseados em tratados internacionais, as Nações Unidas definiram **procedimentos especiais** com o objetivo de lidar com graves violações dos direitos humanos. Esses procedimentos destinam-se ao estabelecimento de cooperação entre os Governos envolvidos com o propósito de reparar tais violações.*

Esses procedimentos consistem em procedimentos relativos a temas ou países, envolvendo grupos de trabalho e relatores especiais, representantes especiais ou especialistas autônomos. Também incluem o procedimento de queixas 1503, que procura identificar situações de graves violações dos direitos humanos que afetem um grande número de pessoas.

6. Observações Finais

Como se pode verificar a partir das informações básicas contidas neste capítulo, os tratados internacionais de direitos humanos e as inúmeras deliberações adotadas pelos diversos órgãos das Nações Unidas possuem normas detalhadas para a proteção da pessoa, incluindo uma variedade de mecanismos de monitoramento destinados a aumentar a eficiência da real implementação dessas normas no plano doméstico. Os

⁷⁶Para mais detalhes sobre o procedimento 1503, conforme modificado, ver *ibid.*, pp. 11-12, parágs. 35-41.

⁷⁷*Ibid.*, p. 12, parág. 41.

exemplos que serão fornecidos nos capítulos seguintes demonstrarão que esses instrumentos legais têm efetivamente contribuído para importantes progressos na esfera legal, destinados ao aperfeiçoamento da proteção às pessoas. Certamente, as normas universais dos direitos humanos apresentadas neste capítulo, conforme entendido pelos órgãos competentes de monitoramento, também proporcionam orientações indispensáveis às atividades jurídicas de cada país no exercício da contínua proteção das pessoas contra violações de seus direitos.

Além disso, essas normas universais são complementadas pelas normas regionais adotadas pela África, Américas e Europa. Estas inúmeras normas universais e regionais freqüentemente coexistem no plano nacional e, dependendo das questões envolvidas, os juízes dos respectivos países poderão levar os dois conjuntos de regras e princípios em consideração.

Por fim, é importante ter em mente que nem a lei universal nem a lei regional para a proteção da pessoa são estáticas, mas que evoluem em harmonia com as novas necessidades das pessoas, que continuam a emergir na vida em sociedade. Como esta adaptação é freqüentemente levada a termo por meio da interpretação, a contínua atualização sobre estas evoluções jurídicas torna-se indispensável aos juízes, promotores e advogados, para que assim possam contribuir para a maximização da proteção da pessoa em seus respectivos países.

..... **Capítulo 3**
OS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS
REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS
E RESPECTIVOS MECANISMOS
DE IMPLEMENTAÇÃO

Objetivos da Aprendizagem

- *Familiarizar os participantes com os principais instrumentos regionais de direitos humanos e seus diferentes modos de implementação;*
- *Fornecer um entendimento básico de como esses recursos legais podem ser utilizados pelos profissionais da área jurídica, especialmente no âmbito doméstico mas, em certa medida, também em âmbito regional, com o objetivo de levar as queixas aos órgãos de monitoramento..*

Perguntas

- *Em alguma ocasião no exercício de suas atividades profissionais como juízes, promotores ou advogados encontraram alguma pessoa indiciada, ré, apelada ou cliente que tenha alegado violação de seus direitos nos termos do direito regional sobre proteção dos direitos de humanos?*
- *Em caso positivo, qual foi sua reação?*
- *Tinha conhecimento de que o direito regional sobre proteção dos direitos humanos poderia oferecer orientação para resolver o problema em questão?*
- *Tinha conhecimento que a suposta vítima poderia em última análise levar suas queixas à atenção das comissões ou tribunais regionais?*
- *Em caso negativo, tal conhecimento teria mudado sua maneira de reagir às supostas violações de direitos humanos?*
- *Em alguma ocasião já abriu um processo contra seu país, ou algum outro país, perante órgão regional em nome de uma suposta vítima de violação de direitos humanos?*
- *Em caso positivo, qual foi o deslinde do caso?*
- *Qual sua experiência em geral de apresentar esse tipo de queixa?*
- *Conta com alguma experiência tanto do sistema universal como regional? Em caso positivo, quais as diferenças observadas?*

1. Introdução

A partir da adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos em 1950, a tendência de elaborar normas regionais continuou com a adoção da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1967, seguida da Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, adotada em 1981. Vários outros tratados regionais foram preparados em um esforço para garantir a defesa não apenas de direitos civis e políticos, mas também de direitos econômicos, sociais e culturais de uma maneira mais eficiente. Este capítulo apresenta alguns dos principais tratados regionais sobre direitos humanos existentes na África, nas Américas e na Europa. Entretanto, como esses sistemas para a proteção da pessoa humana foram abordados em maior profundidade em outros trabalhos, este Manual se restringirá à descrição de suas principais características.

2. Tratados de Direitos Humanos na África e Respectiva Implementação

2.1 A Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, 1981

A adoção da Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos em 1981 marcou o início de uma nova era no campo dos direitos humanos na África.¹ Ela entrou em vigor em 21 de outubro de 1986 e, em 29 de abril de 2002, contava com 53 Estados participantes.

Embora com forte inspiração na Declaração Universal de Direitos Humanos, nas duas Convenções Internacionais sobre direitos humanos e nas convenções regionais sobre direitos humanos, a Carta Africana reflete um alto grau de especificidade devido, em especial, à concepção africana do termo “direitos” e o destaque que ela reserva às

¹Fatsah Ouguergouz, *La Charte africaine des droits de l’homme et des peuples – Une approche juridique des droits de l’homme entre tradition et modernité* (Paris, Presses Universitaires de France, 1993 (Publications de l’Institut universitaire de hautes études internationales, Genève)), p.xxv.

responsabilidades dos seres humanos.² A Carta apresenta uma longa lista de direitos, cobrindo um amplo espectro não apenas de direitos civis e políticos, mas também de direitos econômicos, sociais e culturais.

A Carta Africana criou também a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, “para promover os direitos humanos e dos povos e garantir sua proteção na África” (art. 30). Em 1998, o Protocolo à Carta para o Estabelecimento de um Tribunal Africano de Direitos Humanos também foi adotado mas, em 30 de abril de 2002, esse Protocolo ainda não havia entrado em vigor, tendo conseguido apenas 5 das 15 ratificações exigidas. Finalmente, o trabalho de preparação de um protocolo adicional de direitos das mulheres na África está sendo desenvolvido no contexto da Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, a Comissão que é assistida nessa tarefa pelo Escritório do Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas.³

2.1.1 Os compromissos dos Estados participantes

Os Estados participantes da Carta “reconhecem os direitos, deveres e liberdades [ali] consolidados e se comprometem a adotar medidas legislativas e outras para lhes dar efeito” (art. 1).

Ela prevê também que os países participantes “terão o dever de promover e garantir através do ensino, educação e publicações, o respeito aos direitos e liberdades previstos nessa Carta, e de zelar para que esses direitos e liberdades assim como as correspondentes obrigações e direitos sejam compreendidos” (art. 25). Além disso, os Estados participantes “têm o dever de garantir a independência dos Tribunais e permitir o estabelecimento e aprimoramento das instituições nacionais apropriadas encarregadas da promoção e proteção dos direitos e liberdades garantidos pela ... Carta” (art. 26). Assim essas duas últimas disposições enfatizam a necessidade de educação, informações e de *uma administração da justiça independente* para garantir a efetiva proteção dos direitos humanos.

Finalmente, várias disposições da Carta também são abrigadas na forma de deveres dos Estados participantes de garantir determinados direitos tais como, por exemplo, a “promoção e proteção de deveres dos Estados participantes para garantir determinados direitos, tais como, a “promoção e proteção dos costumes e valores tradicionais reconhecidos pela comunidade”(art. 17(3)) e o direito ao desenvolvimento (art. 22(2)).

²Keba Mbaye, *Les droits de l’homme en Afrique* (Paris, Editions A. Pedone/Commission Internationale de Juristes, 1992), p. 161.

³See Mutoy Mubiala, “Le Projet du Protocole à la Charte Africaine des Droits de l’Homme et des Peuples relatif aux Droits de la Femme en Afrique”, in *Human Rights*, Spring 2000 (OUNHCHR review), pp. 23-27.

2.1.2 Os direitos individuais e coletivos reconhecidos

A Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos reconhece os seguintes direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais dos indivíduos, especialmente:

- o direito de estar livre de discriminação com base no gozo dos direitos e liberdades garantidos na Carta – art. 2;
- o direito de igualdade perante a lei e à proteção da lei em igualdade de condições – art. 3;
- o direito ao respeito pela vida e integridade pessoal – art. 4;
- o direito ao respeito pela dignidade inerente como ser humano, inclusive de estar livre da escravidão, do tráfico escravo, tortura, punição e tratamento cruel, desumano ou degradante – art. 5;
- o direito à liberdade e à segurança da pessoa; de estar livre de prisão ou detenção arbitrária – art. 6
- o direito de ter a própria causa ouvida e “o direito a recurso perante os órgãos nacionais competentes contra atos de violação” dos direitos humanos da pessoa; o direito de inocência presumida até que seja provado culpado por tribunal competente; o direito à defesa; e o direito de ser julgado num prazo razoável de tempo por um tribunal imparcial; estar livre de leis *ex post facto* – art. 7;
- liberdade de consciência, profissão e prática de religião – art. 8;
- o direito de receber informações e o direito de expressar e divulgar as próprias opiniões “dentro da lei” – art. 9;
- o direito à livre associação (art. 10) e o direito de reunir-se em assembléia livremente – art. 11;
- o direito à liberdade de locomoção e de residência nos limites de um Estado; o direito de deixar qualquer país inclusive o país de origem e de voltar ao próprio país, o direito a asilo em caso de perseguição; proibição de expulsões em massa – art. 12;
- o direito de participar livremente do governo do próprio país, seja diretamente ou através de representantes livremente escolhidos; o direito de igualdade de acesso a serviços públicos no próprio país e de acesso a bens e serviços públicos – art. 13;
- o direito à propriedade – art. 14;
- o direito ao trabalho e o direito a pagamento igual por trabalho igual – art. 15;
- o direito de gozar o melhor estado possível de saúde física e mental – art. 16;

- o direito à educação e de participar livremente da vida cultural do próprio país – art. 17;

- o direito da família, dos idosos e dos deficientes a medidas especiais de proteção – art. 18.

A seguir, a Carta Africana reconhece os seguintes direitos dos povos, quais sejam:

- o direito dos povos à igualdade – art. 19;

- o direito à existência de todos os povos, inclusive o direito a autodeterminação; o direito de todos os povos a ajuda na sua luta de libertação do domínio estrangeiro, “seja ele político, econômico ou cultural” – art. 20;

- o direito de todos os povos de livremente dispor de suas riquezas e recursos naturais – art. 21;

- o direito de todos os povos a seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural – art. 22;

- o direito de todos os povos à paz e segurança nacionais e internacionais – art. 23;

- o direito de todos os povos “a um ambiente satisfatório geral favorável ao próprio desenvolvimento” – art. 24.

2.1.3 Os deveres individuais

Sem estabelecer quaisquer detalhes, o artigo 27(1) trata dos deveres individuais para com determinados *grupos* ao estimular, em termos gerais apenas, que “todo indivíduo terá deveres para com a própria família e a sociedade, o Estado e outras comunidades reconhecidas legalmente e a comunidade internacional”. A seguir, o artigo 28 refere-se ao dever dos indivíduos perante *outros indivíduos*, dispendo que “todo indivíduo terá o dever de respeitar e considerar seus próximos sem discriminação e de manter relações com o objetivo de promover, proteger e reforçar a tolerância e o respeito mútuos”. Finalmente, o artigo 29 enumera vários outros deveres individuais específicos, tais como os direitos:

- de proteger o desenvolvimento harmonioso da família – art. 29(1);

- de servir a própria comunidade nacional – art. 29(2);

- de não comprometer a segurança do Estado – art. 29(3);

- de proteger e fortalecer a solidariedade social e nacional – art. 29(4);

- de proteger e fortalecer a independência nacional e a integridade territorial do próprio país – art. 29(5);

- de trabalhar da melhor forma possível e com a máxima competência, e de pagar impostos – art. 29(6);
- de proteger e fortalecer os valores culturais africanos positivos – art. 29(7); e, finalmente,
- o dever de contribuir da melhor forma possível para a promoção e conquista da unidade africana – art. 29(8).

2.1.4 Limitações permitidas sobre o exercício de direitos

O exercício de muitos dos direitos e liberdades garantidos pela Carta Africana está condicionado por disposições de limitação que, em alguns casos, indicam metas específicas em relação às quais limitações podem ser impostas mas que, em outros, simplesmente mencionam as condições exigidas pela lei nacional. Assim, o artigo 12(2) prevê que o direito de deixar qualquer país inclusive o próprio país, e de retornar ao próprio país, “só pode estar sujeito a restrições previstas em lei para a proteção da segurança nacional, da lei e da ordem, da saúde pública ou da moralidade”. Entretanto, todos têm direito à livre associação “desde que cumpram a lei” (art. 10), sem que haja qualquer indicação quanto aos fundamentos que possam ser invocados na lei nacional para limitar a liberdade de associação.

2.1.5 Desvios das obrigações legais

Diferente do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e das Convenções Americana e Européia sobre Direitos Humanos, a Carta Africana não prevê qualquer direito de desvio dos Estados participantes em emergências públicas. Conforme indica o Capítulo 1, e será demonstrado adiante no Capítulo 16, essa omissão foi interpretada pela Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos como significando que não são permitidos desvios de acordo com a Carta Africana.⁴

⁴ACHPR, *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés v. Chad*, No, 74/92, decision taken at the 18th ordinary session, October, 1995, para. 21; para o texto ver o web site: <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/74-92.html>.

*A Carta Africana sobre Direito Humanos e dos Povos é específica no sentido de que ela protege não apenas direitos de **seres humanos individuais** mas também direitos dos povos.*

A Carta também enfatiza os deveres dos indivíduos para com determinados grupos e outros indivíduos.

*Embora algumas disposições da Carta Africana permitam que **limitações** sejam impostas no exercício dos direitos garantidos, **nenhum desvio é jamais permitido** das obrigações incorridas nos termos deste tratado.*

2.1.6 O mecanismo de implementação

A Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos é formada por onze membros que prestam serviços na qualidade de indivíduos (art. 31). Ela tem função dupla, primeiro, de promover os direitos humanos e dos povos e, segundo, de *defesa* desses direitos (art. 30), inclusive o direito de receber comunicações tanto dos Estados como de outras fontes.

Quanto à função de promover os direitos humanos e dos povos, a Comissão irá, em primeiro lugar, em especial, reunir documentos, realizar estudos e pesquisas sobre problemas africanos, organizar conferências, incentivar instituições nacionais de direitos humanos, e, “caso seja necessário, dar suas opiniões ou fazer recomendações aos Governos”; em segundo lugar, ela “formulará e estabelecerá os princípios e normas com o objetivo de resolver problemas jurídicos relacionados aos direitos humanos e dos povos”; finalmente, irá cooperar com outras instituições africanas e internacionais dedicadas à promoção e proteção desses direitos (art. 45(1)).

Com relação à função da Comissão de garantir “a defesa dos direitos humanos e dos povos de acordo com as condições estabelecidas pela ... Carta” (art. 45(2)), a Comissão não apenas tem competência para receber comunicações dos Estados e de outras fontes mas também está autorizada a “interpretar todas as disposições da ... Carta mediante solicitação de um Estado participante, uma instituição da Organização da Unidade Africana (OUA) ou Organização Africana reconhecida pela OUA” (art. 45(3)).

- **comunicações entre os estados:** se um Estado participante “tem boas razões para acreditar que outro Estado participante desta Carta violou as disposições” da mesma, “ele pode chamar, mediante comunicação por escrito, a atenção desse Estado para a questão” (art. 47). O Estado ao qual a comunicação é dirigida tem três meses a contar do recebimento da comunicação para apresentar uma explicação por escrito. Se a questão não for “resolvida satisfatoriamente para os dois Estados envolvidos através de

negociação bilateral ou qualquer outro procedimento pacífico”, qualquer dos Estados pode chamar a atenção da Comissão para a questão (art. 48). Não obstante essas disposições, o Estado participante pode encaminhar a questão diretamente à Comissão (art. 49). Entretanto, a Comissão só pode tratar da questão depois que todos os recursos domésticos foram esgotados no caso, “a menos que ... o procedimento para obter esses recursos tenha sido indevidamente prolongado” (art. 50). Os Estados envolvidos podem ser representados perante a Comissão e apresentar declarações por escrito ou orais (art. 51(2)). Quando de posse de todas as informações necessárias e “depois de ter tentado todos os meios apropriados para chegar a uma solução amigável com base no respeito aos Direitos Humanos e dos Povos”, a Comissão preparará um relatório “apresentando os fatos e suas conclusões”, o qual será enviado aos Estados envolvidos e à Assembléia de Chefes de Estado e de Governo (art. 52). Ao transmitir seu relatório, a Comissão pode fazer à Assembléia acima mencionada “aquelas recomendações que considere adequadas” (art. 53).

- **comunicações de fontes além dos Estados participantes:** a Carta não especifica se a Comissão tem competência para lidar com queixas de *indivíduos*, nessa qualidade, mas simplesmente prevê que, antes de cada sessão da Comissão, seu Secretário “fará uma lista das comunicações além daquelas dos Estados participantes ... e as transmitirá aos membros da Comissão, os quais indicarão qual comunicação deve ser analisada pela Comissão” (art. 55(1)). Entretanto, determinados critérios precisam ser atendidos antes que a Comissão examine o caso. Assim: (1) a comunicação deve indicar o autor; (2) deve ser compatível tanto com a Carta da Organização da Unidade Africana como com a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos; (3) não deve ser redigida em “linguagem depreciativa ou ofensiva”; (4) não deve se “basear exclusivamente em notícias divulgadas através dos meios de comunicação de massa”; (5) deve ser apresentada apenas depois que todos os recursos domésticos foram esgotados, “a menos que seja óbvio que esse procedimento está sendo indevidamente prolongado”; (6) deve ser apresentada “em prazo razoável de tempo depois de esgotados os recursos locais”; e, finalmente (7) as comunicações não devem “tratar de casos que foram resolvidos por esses Estados envolvidos de acordo com os princípios da Carta das Nações Unidas”, Carta da Organização da Unidade Africana ou Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos (art. 56). Não há disposição específica na Carta que permita a indivíduos ou grupos de indivíduos comparecer pessoalmente perante a Comissão. Antes da análise substantiva de uma comunicação, ela deve ser levada à atenção do Estado em questão (art. 57). Depois disso, “quando parecer depois de deliberações da Comissão que uma ou mais comunicações aparentemente estão relacionadas a casos especiais que revelam a existência de uma série de violações graves ou maciças de direitos humanos ou dos povos, a Comissão chamará a atenção da Assembléia de Chefes de Estado e Governo para esses casos especiais”; que poderá então solicitar à Comissão que “realize um estudo aprofundado desses casos e faça um relatório factual, acompanhado de suas conclusões e recomendações” (art. 58(1) e (2)). Finalmente, a Carta prevê um procedimento para casos de emergência que serão apresentados pela Comissão ao Presidente da Assembléia, “que poderá solicitar um estudo em profundidade” (art. 58(3)).

- **relatórios periódicos:** os Estados participantes da Carta se comprometem também a apresentar a cada dois anos “um relatório sobre medidas legislativas ou outras adotadas com o objetivo de fazer valer ” os termos da Carta (art. 62). Embora não exista previsão na Carta de nenhum procedimento explícito para o exame desses relatórios periódicos, a Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos tem procedido ao exame desses relatórios em sessões públicas.⁵

A Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos tem competência especialmente para:

- **promover os direitos humanos através da reunião de documentos, realização de estudos, divulgação de informações, fazendo recomendações, formulando normas e princípios e cooperando com outras instituições;**
- **garantir a proteção dos direitos humanos e dos povos ao receber (a) comunicações entre os Estados; (b) comunicações além daquelas dos Estados participantes; e (c) relatórios periódicos dos Estados participantes.**

2.2 A Carta Africana de 1990 sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança

A Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança⁶ foi adotada em 1990 e entrou em vigor em 29 de novembro de 1999. Em 31 de maio de 2000, ela contava com 20 ratificações. A Carta apresenta uma longa lista de direitos da criança e estabelece um Comitê Africano sobre Direitos e Bem-Estar da Criança.

2.2.1 Os Compromissos dos Estados participantes

Os Estados participantes “reconhecem os direitos, liberdades e deveres consagrados na Carta e se comprometem a tomar as medidas necessárias, de acordo com seus processos constitucionais e as disposições da ... Carta, para adotar aquelas medidas legislativas e outras conforme necessário para dar efeito às disposições” da mesma (art. 1(1)). Deve-se observar que “qualquer costume, tradição, prática cultural ou religiosa que seja inconsistente com os direitos, deveres e obrigações estabelecidos na ... Carta deve ser desestimulado na medida de tal inconsistência” (art. 1(3)).

⁵Ver e.g. referente ao relatório de Gana, *The African Commission on Human and Peoples’ Rights Examination of State Reports, 14th Session, December 1993: Ghana*, encontrado no seguinte web site: <http://www1.umn.edu/humanrts/achpr/sess14-complete.htm>.

⁶OAU doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990).

2.2.2 Os direitos reconhecidos

Para os propósitos da Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança, uma criança é todo ser humano com menos de 18 anos (art. 2), e, em todas as medidas relativas à criança adotadas por qualquer pessoa ou autoridade, *o melhor interesse da criança* deve ser a consideração principal (art. 4(1)). A Carta garante ainda os seguintes direitos e princípios, em especial:

- de proteger o desenvolvimento harmonioso da família – art. 29(1);
- de servir a própria comunidade nacional – art. 29(2);
- o princípio da não-discriminação – art. 3;
- o direito de sobrevivência e desenvolvimento, inclusive o direito à vida e proibição de pena de morte – art. 5;
- o direito a um nome e nacionalidade – art. 6;
- o direito à liberdade de expressão – art. 7;
- o direito à liberdade de associação e reunião pacífica – art. 8;
- o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião – art. 9;
- o direito à proteção da privacidade, família, moradia e correspondência – art. 10;
- o direito à educação – art. 11;
- o direito a lazer, recreação e atividades culturais – art. 12;
- o direito à proteção especial de crianças deficientes – art. 13;
- o direito à saúde e serviços de saúde – art. 14;
- o direito à proteção contra exploração econômica e trabalho com periculosidade – art. 15;
- o direito à proteção contra abuso e tortura infantil – art. 16;
- a administração da justiça juvenil: o direito a tratamento especial de jovens delinquentes – art. 17;
- o direito à proteção da unidade familiar – art. 18;
- o direito à proteção e cuidados dos pais -. art. 19;
- responsabilidades dos pais – art. 20; e
- o direito à proteção contra práticas sociais e culturais danosas – art. 21.

A Carta Africana contém ainda dispositivos sobre:

- conflito armados – art. 22;
- crianças refugiadas – art. 23;
- adoção – art. 24;
- separação dos pais – art. 25;
- proteção contra apartheid e a discriminação – art. 26;
- exploração sexual – art. 27;
- abuso de drogas – art. 28;
- a venda, tráfico e rapto de crianças – art. 29; assim como
- as crianças de mães prisioneiras – art. 30.

2.2.3 Os deveres da criança

De acordo com o artigo 31 do Capítulo, “toda criança terá responsabilidades perante sua família e a sociedade, o Estado e outras comunidades legalmente reconhecidas e, também, perante a comunidade internacional”. Tais responsabilidades incluem o dever de trabalhar para a coesão familiar, servir a comunidade nacional, proteger e fortalecer a solidariedade social e nacional e contribuir para a promoção da unidade Africana.

2.2.4 O mecanismo de implementação

Um Comitê Africano de Especialista sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança será criado dentro da Organização para promover e proteger os direitos e bem-estar da criança (art. 32). Será composto de onze membros independentes e imparciais que prestarão serviços na qualidade de pessoas físicas (art. 33).

O Comitê irá, primeiramente, promover e proteger os direitos consagrados na Carta e, em segundo lugar, monitorar a respectiva implementação e garantir a proteção dos direitos em questão (art. 42). Ao desempenhar a primeira parte do seu mandato, ele deverá, em especial, reunir e documentar informações, organizar reuniões, fazer recomendações a Governos, formular normas e princípios com o objetivo de valorizar a proteção dos direitos e bem-estar da criança africana, e cooperar com outras instituições africanas regionais e internacionais no mesmo campo (art. 42(a)). Ele poderá interpretar os termos da Carta mediante solicitação, entre outros, de um Estado participante ou instituição da Organização da Unidade Africana (OUA) (art. 42(c)). Com relação ao monitoramento da implementação da Carta, esta prevê os dois procedimentos a seguir:

- **o procedimento de apresentação de relatório:** todo Estado participante se compromete a apresentar relatórios sobre as medidas que vem sendo adotadas para dar efeito às disposições da Carta, e a partir de então a cada três anos (art. 43(1)). A Carta não especifica como o Comitê examinará esses relatórios;
- **o procedimento para apresentação de queixas:** o Comitê poderá receber comunicações de qualquer pessoa, grupo ou organização não-governamental (ONG) reconhecidos pela OUA, por Estado Membro ou pelas Nações Unidas em relação a qualquer assunto coberto pelo Carta (art. 44).

Finalmente, o Comitê poderá recorrer a qualquer “método apropriado” de investigação de qualquer questão que se encaixe no âmbito da Carta. Deverá ainda apresentar relatórios regulares sobre suas atividades perante a Sessão Ordinária da Assembléia de Chefes de Estado e Governo a cada dois anos, sendo que será publicado um relatório após a análise pela Assembléia (art. 45).

*A Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança protege vários direitos que devem ser interpretados e aplicados no **melhor interesse da criança**.*

*O Comitê Africano de Especialistas sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança **promoverá e protegerá** os direitos da criança.*

O mecanismo de implementação consiste de (a) um procedimento de apresentação de relatório e (b) um procedimento de queixas.

3. Tratados Americanos de Direitos Humanos e Respectiva Implementação

3.1 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 e seus Protocolos de 1988 e 1990

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969,⁽⁷⁾ também denominada usualmente de Pacto de São José, Costa Rica, por ter sido adotada nessa cidade, entrou

⁷Série de Tratados da OEA, No. 36.

em vigor em 18 de julho de 1978 e, em 9 de abril de 2002, contava com 24 Estados participantes, após denúncia do tratado por Trinidad e Tobago em 26 de maio de 1998⁸. A Convenção fortaleceu a Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos, que desde 1960 existia como uma entidade autônoma da Organização dos Estados Americanos⁹. Tornou-se um órgão baseado em tratado que, juntamente com o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, “terá competência em questões relativas ao cumprimento dos compromissos dos Estados Participantes” da Convenção (art. 33).

Em 1988, a Assembléia Geral da OEA adotou também o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos na Área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também chamado Protocolo de San Salvador.¹⁰ Esse Protocolo desenvolve as disposições do artigo 26 da Convenção por meio do qual os Estados participantes em termos gerais “se comprometem a adotar medidas, tanto internamente como através de cooperação internacional, ... com o objetivo de atingir progressivamente, através da legislação e outros meios apropriados, a realização completa dos direitos implícitos nas normas econômicas, sociais, educacionais, científicas e culturais estabelecidas na Carta da Organização dos Estados Americanos, conforme alterada pelo Protocolo de Buenos Aires”. Este Protocolo entrou em vigor em 16 de novembro de 1999 e, em 9 de abril de 2002, contava com 12 Estados participantes.¹¹

Finalmente, em 1990 a Assembléia Geral adotou também o Protocolo para a Convenção Americana sobre Direitos Humanos para Abolir a Pena de Morte, que entrou em vigor em 28 de agosto de 1991.¹² Os Estados participantes desse Protocolo “não aplicarão a pena de morte em seu território a nenhuma pessoa sujeita a sua jurisdição” (art. 1). Não há exceções que possam ser feitas a esse Protocolo, embora os Estados participantes possam declarar em qualquer ocasião de ratificação ou adesão “que eles se reservam o direito de aplicar a pena de morte em tempo de guerra de acordo com o direito internacional, para crimes extremamente graves de natureza militar” (art. 2(1)). Em 9 de abril de 2002 este Protocolo contava com 8 Estados participantes.¹³

3.1.1 Os compromissos dos Estados participantes

Os Estados participantes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos “se comprometem a respeitar os direitos e liberdades [nela] reconhecidos e garantir a todas as pessoas sujeitas a sua jurisdição o exercício livre e pleno desses direitos e liberdades, sem nenhuma discriminação” com base em determinados fundamentos citados (art. 1). Esses compromissos vêm sendo interpretados pelo Tribunal Interamericano de Direitos

⁸Ver web site da OEA: <https://webmcdev.oddl.fsu.edu/human-rights/ch3/ch3bib.html#10>.

⁹OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 14, corr. 1, 12 de março de 1993, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1992-1993*, p. 5.

¹⁰Série de Tratados da OEA, No. 69.

¹¹Ver: <http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/a-52.html>.

¹²Série de Tratados da OEA, No. 73.

¹³Ver <http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/a-53.html>.

Humanos especialmente no caso de *Velásquez*, referente ao desaparecimento e provável morte do Sr. Velásquez. Na opinião do Tribunal a obrigação de respeitar as liberdades e direitos reconhecidos na Convenção implica que

“o exercício de autoridade pública tem determinados limites que derivam do fato de que direitos humanos são atributos inerentes da dignidade humana e estão, portanto, acima do poder do Estado”.¹⁴

A obrigação de “garantir ... o exercício livre e pleno desses direitos e liberdades” portanto

“implica o dever dos Estados participantes de organizar o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais o poder público é exercido, de tal forma que possam ser capazes de garantir judicialmente o gozo livre e pleno de direitos humanos. Como consequência dessa obrigação, os Estados devem *impedir, investigar e punir* qualquer violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e, mais ainda, se possível, tentar *recuperar o direito violado e oferecer compensação* conforme garantida por danos resultantes dessa violação”.¹⁵

O Tribunal acrescentou, contudo, que

“a obrigação de garantir o exercício livre e pleno de direitos humanos não é atendida pela existência de um sistema legal criado para tornar possível o cumprimento dessa obrigação — ela exige também que o Governo se conduza de forma a efetivamente garantir o exercício livre e pleno de direitos humanos.”¹⁶

Quanto à questão de *prevenção*, o Tribunal especificou que

¹⁴I-A Court HR, *Velásquez Rodríguez Case, judgment of July 29, 1988, Series C, No. 4*, p. 151, para. 165.

¹⁵Ibid., p. 152, para. 166; grifo nosso.

¹⁶Ibid., para. 167.

“o Estado possui o dever legal de adotar medidas legais razoáveis para impedir violações de direitos humanos e utilizar os meios a sua disposição para realizar investigações sérias de violações cometidas nos limites de sua jurisdição, de forma a identificar aqueles responsáveis, impor a punição apropriada e garantir a indenização adequada da vítima”.¹⁷

Esse dever legal de impedir violações de direitos humanos incluiria acima de tudo “todos aqueles meios de natureza legal, política, administrativa e cultural que promovem a proteção de direitos humanos e garantem que quaisquer violações sejam consideradas e tratadas como atos ilegais que, como tal, podem levar à punição daqueles responsáveis e à obrigação de indenizar as vítimas por danos”.¹⁸

Conforme definido pelo Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, o dever legal dos Estados participantes perante a Convenção de “respeitar” e “garantir” apresenta múltiplas facetas e atinge o próprio coração da estrutura completa do Estado, incluindo a conduta específica dos próprios Governos. Uma análise mais abrangente dos deveres dos Estados de impedir, investigar, punir e remediar violações de direitos humanos é apresentada no Capítulo 15 deste Manual.

A obrigação legal de “garantir” os direitos e liberdades constante da Convenção Americana sobre Direitos Humanos significa que os Estados participantes devem impedir, investigar e punir violações de direitos humanos e que eles devem, se possível, resgatar os direitos violados e oferecer indenização conforme garantida pelos danos.

3.1.2 Os direitos reconhecidos

Quanto aos direitos civis e políticos garantidos pela Convenção, eles incluem os seguintes:

- o direito a personalidade jurídica – art. 3;
- o direito à vida, inclusive regulamentação cuidadosa da pena de morte de uma perspectiva abolicionista – art. 4;

¹⁷Ibid., p. 155, para. 174.

¹⁸Ibid., para. 175.

- o direito a tratamento humano, inclusive livre de tortura e tratamento cruel, desumano e degradante – art. 5;
- liberdade de escravidão, servidão, trabalhos forçados e compulsórios – art. 6;
- o direito à liberdade e segurança pessoais, inclusive liberdade em relação à prisão ou detenção arbitrária – art. 7;
- o direito a um julgamento justo – art. 8;
- o direito de estar livre de leis *ex post facto* – art. 9;
- o direito à indenização na hipótese de decisão judicial injusta – art. 10;
- o direito à privacidade – art. 11;
- o direito à liberdade de consciência e religião – art. 12;
- o direito à liberdade de pensamento e expressão – art. 13;
- o direito de resposta em caso de divulgação de afirmações incorretas e ofensivas – art. 14;
- o direito de se reunir de forma pacífica – art. 15;
- o direito de liberdade de associação – art. 16;
- o direito de casar-se livremente e de formar uma família – art. 17;
- o direito a um nome – art. 18;
- os direitos da criança – art. 19;
- o direito à nacionalidade – art. 20;
- o direito de propriedade – art. 21;
- o direito de liberdade de locomoção e de residência – art. 22;
- o direito de participar do governo – art. 23;
- o direito de igualdade perante a lei e proteção igual da lei – art. 24;
- o direito a proteção judicial – art. 25.

Além de reconhecer esses direitos civis e políticos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos contém um artigo por meio do qual os Estados participantes em termos gerais “se comprometem a adotar medidas, tanto internamente como através da cooperação internacional, ... com o objetivo de atingir progressivamente, através de legislação e outros meios apropriados, a realização plena dos direitos implícitos nas

normas econômicas, sociais, educacionais, científicas, e culturais estabelecidas na Carta da Organização dos Estados Americanos conforme alterada pelo Protocolo de Buenos Aires” (art. 26). Como indica o título deste artigo, ele dá maior importância ao “desenvolvimento progressivo” desses direitos do que a sua imediata aplicação através de meios jurídicos. Entretanto, com a entrada em vigor do Protocolo Adicional à Convenção na Área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, esses direitos receberam uma definição legal mais detalhada, embora a “plena observância” deles deva ainda ser atingida “progressivamente” (art. 1). O Protocolo Adicional reconhece os seguintes direitos econômicos, sociais e culturais:

- o princípio de não discriminação no exercício dos direitos estabelecidos no Protocolo – art. 3;
- o direito ao trabalho – art. 6;
- o direito a condições de trabalho justas, equitativas e satisfatórias – art. 7;
- direitos sindicais – art. 8;
- o direito à previdência social – art. 9;
- o direito à saúde – art. 10;
- o direito a um ambiente saudável – art. 11;
- o direito à alimentação – art. 12;
- o direito à educação – art. 13;
- o direito aos benefícios da cultura – art. 14;
- o direito à formação e proteção das famílias – art. 15;
- os direitos das crianças – art. 16;
- o direito dos idosos à proteção – art. 17;
- o direito dos deficientes à proteção – art. 18.

3.1.3 Limitações permitidas sobre o exercício de direitos¹⁹

O exercício dos seguintes direitos pode estar sujeito a limitações se *necessário* para propósitos especificamente discriminados: o direito de manifestar a própria religião

¹⁹Para mais informações sobre limites sobre o exercício de direitos, ver em especial o Capítulo 12 deste Manual referente a “Alguns Outros Direitos Chave: As Liberdades de Pensamento, Consciência, Religião, Opinião, Expressão, Associação e Reunião em Assembléia”.

e crenças (art. 12(3)); o direito de liberdade de pensamento e expressão (art. 13(2)); o direito às liberdades de se reunir em assembléia e de associação (arts. 15, 16(2) e (3)); e o direito à liberdade de locomoção e de residência, inclusive o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio país (art. 22(3)). Os fundamentos que podem justificar limitações ao exercício de direitos são, entre outros, a proteção da segurança, saúde e moral pública, ordem (pública), segurança nacional ou os direitos e liberdades de outros (as razões legítimas variam dependendo do direito protegido). Além disso, a lei pode, mediante determinados fundamentos definidos, “regulamentar o exercício dos direitos e oportunidades” relacionados ao direito de participar de governo (art. 23(2)).

Quanto ao *princípio da legalidade*, todas as disposições de limitações estipulam que as limitações impostas precisam estar prescritas em lei, estabelecidos por lei, impostas de forma legal, ou nos termos da lei. Entretanto, o artigo 30 prevê de forma geral que as restrições sobre o exercício de direitos previstos na Convenção “não podem ser aplicadas exceto de acordo com as leis sancionadas por razões de interesse geral e de acordo com o propósito para o qual tais restrições foram estabelecidas”.

O Tribunal Interamericano de Direitos Humanos analisou o termo “leis” encontrado no artigo 30 no Parecer Consultivo, em que considerou que o sentido dessa palavra “no contexto de um sistema para a proteção de direitos humanos não pode estar dissociada da natureza e origem desse sistema”, que

“está em vigor com base na afirmação da existência de determinados atributos invioláveis do indivíduo que não podem ser legitimamente restringidos através do exercício de poder governamental”.²⁰

Na visão do Tribunal, foi então

“essencial que ações do Estado que afetam direitos básicos não sejam deixadas a critério do governo mas, sim, que sejam cercadas de um conjunto de garantias criadas para assegurar que os atributos invioláveis do indivíduo não sejam prejudicados”.²¹

O Tribunal então acrescentou que talvez “a mais importante dessas garantias seja que as restrições aos direitos básicos sejam estabelecidas apenas por lei aprovada pelo

²⁰*I-A Court HR, The Word “Laws” in Article 30 of the American Convention on Human Rights, Advisory Opinion OC-6/86 of May 9, 1986, Series A, No. 6, p. 29, para. 21.*

²¹*Ibid.*, pp. 29-30, para. 22.

Legislativo de acordo com a Constituição”.²² O termo “leis” no artigo 30 significa assim “lei formal”, ou seja,

“uma norma legal aprovada pelo legislativo e promulgada pelo Poder Executivo, de acordo com o procedimento estabelecido na lei interna de cada Estado”.²³

Contudo, o artigo 30 também liga o termo “leis” ao “interesse geral”, o que significa que “elas devem ser adotadas para o ‘bem-estar geral’ conforme mencionado no artigo 32(2) da Convenção, um conceito que, na visão do Tribunal,

“deve ser interpretado como elemento integrante da ordem pública (ordem pública) nos Estados democráticos, cujo principal propósito é ‘a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que permitirão a ele atingir progresso espiritual e material e conquistar a felicidade’”.²⁴

Como posteriormente reafirmado em seu Parecer Consultivo sobre *Habeas Corpus*, há, conseqüentemente, “um elo inseparável entre o princípio de legalidade, instituições democráticas e o estado de direito”.²⁵

Em relação ao *princípio de uma sociedade democrática*, apenas as disposições de limitação referentes ao exercício do direito de se reunir em assembléia e o direito de liberdade de associação prevêm que as limitações devem também ser “*necessárias em uma sociedade democrática*” (grifo nosso). Entretanto, conforme enfatizado pelo Tribunal Interamericano de Direitos Humanos em seu Parecer Consultivo sobre *Participação Compulsória em Associação Prevista por Lei para a Prática de Jornalismo* referente ao direito de liberdade de expressão no artigo 13, a interpretação das disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos também está condicionada pelas restrições estabelecidas em especial nos artigos 29(c) e 32(2),²⁶ que prevêm respectivamente que “nenhuma disposição desta Convenção será interpretada como ... (c) preclusão de outros direitos ou garantias que são inerentes da personalidade humana *ou derivados da democracia representativa como forma de governo*” art. 29(c); (grifo nosso); e que “os direitos de cada pessoa estão limitados pelos direitos de outras, pela segurança de todos, e *por exigências justas do bem-estar geral, em uma sociedade democrática*” (art. 32(2), (grifo nosso).

²²Ibid., at p. 30.

²³Ibid., p. 32, para. 27.

²⁴Ibid., p. 33, para. 29.

²⁵I-A Court HR, *Habeas Corpus in Emergency Situations* (Art. 27(2), 25(1) and 7(6), Advisory Opinion OC-8/87 of January 30, 1987, Series A, No. 8, p. 40, para. 24.

²⁶I-A Court HR, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism* (Arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985, Series A, No. 5, p. 105, para. 41.

Esses artigos, em especial, definem “o contexto em que as restrições permitidas de acordo com o artigo 13(2) devem ser interpretadas”; e, na visão do Tribunal, segue-se que

“da referência constante a ‘instituições democráticas’, ‘democracia representativa’ e ‘sociedade democrática’ que a questão se a restrição sobre liberdade de expressão imposta por um estado é ‘necessária para garantir’ um dos objetivos relacionados nos subparágrafos (a) ou (b) ***deve ser julgada por consulta às necessidades legítimas das sociedades e instituições democráticas***”.²⁷

O Tribunal concluiu que, conseqüentemente,

“as justas demandas da democracia devem ... guiar a interpretação da Convenção e, em particular, a interpretação daquelas disposições que apresentam uma relação crítica com a preservação e funcionamento das instituições democráticas”.²⁸

Para serem legais de acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as limitações sobre o exercício de direitos deve cumprir:

- ***o princípio da legalidade***, no sentido de que as medidas restritivas devem se basear na lei;
- ***o princípio de uma sociedade democrática***, no sentido de que a medida imposta deve ser julgada considerando as legítimas necessidades das sociedades e instituições democráticas;
- ***o princípio da necessidade/proporcionalidade***, no sentido de que a interferência no exercício do direito do indivíduo deve ser necessária em uma sociedade democrática para um ou mais propósitos específicos.

3.1.4 Desvios permitidos das obrigações legais

Com algumas comparações em relação ao artigo 4 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o artigo 27 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

²⁷Ibid., p. 106, para. 42; grifo nosso.

²⁸Ibid., p. 108, para. 44.

prevê também a possibilidade dos Estados participantes se desviarem das obrigações incorridas nos termos da Convenção. Abaixo se apresenta um breve levantamento das condições relativas a esse direito que serão abordadas em mais detalhes no Capítulo 16:

- **a condição de ameaça excepcional:** um Estado participante só pode recorrer a desvios “em tempo de guerra, perigo público, ou outra emergência que ameace a independência ou segurança de um Estado participante” (art. 27(1)). Esta definição é portanto redigida de forma diferente daquela do artigo 4 do Pacto Internacional e artigo 15 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos;
- **impossibilidade de desvio de determinadas obrigações :** o artigo 27(2) da Convenção Americana prevê uma longa lista de disposições das quais nenhuma suspensão pode jamais ser feita: artigo 3 (direito à personalidade jurídica); artigo 4 (direito à vida); artigo 5 (direito a tratamento humano); artigo 6 (liberdade de escravidão); artigo 9 (liberdade de leis *ex post facto*); artigo 12 (liberdade de consciência e religião); artigo 17 (direitos da família); artigo 18 (direito a um nome); artigo 19 (direitos da criança); artigo 20 (direito à nacionalidade); artigo 23 (direito de participar de governo); e “as garantias judiciais essenciais para a proteção desses direitos” (grifo nosso);²⁹
- **a condição de estrita necessidade:** um Estado participante só pode “tomar medidas de desvio de suas obrigações nos termos da presente Convenção na medida em que exigido pela situação e pelo período de tempo estritamente necessário” (art. 27(1));
- **a condição de consistência com outras obrigações legais internacionais :** as medidas de desvio adotadas pelo Estado participante não devem ser “inconsistentes com outras obrigações nos termos do direito internacional”, como as obrigações incorridas nos termos de outros tratados internacionais ou direito ordinário internacional (art. 27(1));
- **a condição de não-discriminação :** as medidas de desvio não devem “envolver discriminação com base em raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social” (art. 27(1)); e, finalmente,
- **a condição de notificação internacional:** para se valer do direito de desvio nos termos do artigo 27(1), o Estado participante deve também cumprir as condições estabelecidas no artigo 27(3), de acordo com as quais “deve imediatamente informar os outros Estados participantes, através do Secretário-Geral da Organização de Estados Americanos, as disposições que tiveram sua aplicação suspensa, as razões que levaram à suspensão e a data estabelecida para o respectivo término” .

²⁹As palavras “garantias judiciais essenciais para a proteção desses direitos” foram, inter alia, interpretadas em Dois Pareceres Consultivos pelo Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, que serão tratados em mais detalhes no Capítulo 16.

Ao se desviar de suas obrigações nos termos do artigo 27 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os Estados participantes devem atender à:

- *condição de ameaça excepcional;*
- *condição de não-desviar de determinadas obrigações ;*
- *condição de estrita necessidade;*
- *condição de coerência com outras obrigações internacionais;*
- *condição de não-discriminação ; e*
- *condição de notificação internacional .*

3.1.5 O mecanismo de implementação

O sistema interamericano para a proteção de direitos humanos compreende, em primeira instância, a Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos e, em segunda instância, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos para aqueles Estados participantes que aceitaram sua jurisdição. No presente contexto os procedimentos relevantes serão explicados apenas em termos gerais:

- **a competência da Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos:** a Comissão Interamericana é composta de sete membros eleitos em sua qualidade pessoal (arts. 34 e 36(1)) cujas principais funções são “promover o respeito pelos direitos humanos e sua respectiva defesa” mediante, inter alia, (1) o desenvolvimento da consciência dos direitos humanos nas Américas; (2) fazendo recomendações aos Governos dos Estados membros, quando considerar tal ação recomendável; (3) preparando aqueles estudos e relatórios que considere recomendáveis para o desempenho de seus deveres; e, (4) tomando medidas acerca de petições e outras comunicações de acordo com sua autoridade nos termos da Convenção (art. 41(a), (b), (c) e (f)). O **direito de petição individual** a uma Comissão é **obrigatório** nos termos da Convenção, de acordo com a qual “qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou qualquer entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização [dos Estados Americanos] pode apresentar petições ... contendo denúncias ou queixas de violação da Convenção por um Estado Participante” (art. 44). Por outro lado, queixas entre Estados exigem uma declaração específica por meio da qual o Estado pertinente reconhece a competência da Comissão para examinar comunicações levadas contra outro Estado participante que fez a mesma declaração (art. 45(1) e (2)).

A admissão de petição individual ou comunicação entre Estados apresentada a uma Comissão está sujeita a várias exigências, tais como a norma de ter exaurido os recursos internos (art. 46(1)(a)). Além disso, a petição ou comunicação deve ser apresentada no

prazo de seis meses a partir da data em que a suposta vítima foi notificada do julgamento final, e o objeto da queixa não pode estar pendente de solução em outro processo internacional (art. 46(1)(b) e (c)). As petições individuais devem é claro conter informações como nome, endereço e assinatura da suposta vítima ou seu representante legal (art. 46(1)(d)). A norma de exaurir os recursos internos não é, contudo, aplicável (a) quando a legislação interna “não comporta o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que foram supostamente violados”; (b) quando a suposta vítima teve acesso negado aos recursos internos; e (c) quando houve “atraso não justificável até que a sentença final fosse proferida” (art. 46(2)).

Se uma petição ou comunicação não atende essas condições ou se, por exemplo, ela é “manifestamente improcedente”, a Comissão declara a petição ou comunicação pertinente inadmissível (art. 47). Caso contrário, ela será declarada admissível, o que implica que a Comissão irá prosseguir solicitando mais informações das partes para possibilitar uma análise mais profunda das queixas (art. 48(1)(a)). Ela pode também realizar uma investigação local e ouvir outras declarações verbais além dos documentos escritos apresentados (art. 48(1)(d) e (e)). Nesta etapa a Comissão pode também declarar uma petição ou comunicação como sendo inadmissível ou fora de ordem ou não consubstanciada (art. 48(1)(c)). Como alternativa, ela “se colocará à disposição das partes envolvidas com vistas a chegar a um acordo amigável da questão com base no respeito aos direitos humanos reconhecidos nesta Convenção” (art. 48(1)(f)). Se um acordo não puder ser alcançado, a Comissão irá “preparar um relatório narrando os fatos e manifestando suas conclusões”, um relatório que será apresentado aos Estados participantes, “que não terão a liberdade de publicá-lo” (art. 50(1) e (2)). Se, após um prazo prescrito, a questão não for solucionada ou apresentada perante o Tribunal, a Comissão poderá “manifestar sua opinião e conclusões relativas à questão submetida para sua consideração” e poderá nos casos em que o Estado em questão deixar de tomar “medidas adequadas”, em última hipótese decidir publicar esse relatório (art. 51).

Com relação aos Estados Membros da OEA que ainda não ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos humanos, a Comissão tem competência para receber petições alegando violações da Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem.³⁰

Outro aspecto interessante dos poderes da Comissão é sua competência para solicitar pareceres consultivos ao Tribunal Interamericano de Direitos Humanos (art. 64). O importante Parecer Consultivo sobre Habeas Corpus em Situações de Emergência foi assim dado pelo Tribunal depois de pedido da Comissão.

³⁰ Ver artigo 51 das *Regulamentações da Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos*, aprovadas pela Comissão em sua 660ª Reunião, 49ª Sessão, realizada em 8 de abril de 1980, e modificada em sua 70ª Sessão, em sua 938ª reunião, realizada em 29 de junho de 1987, publicado em OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.82, doc. 6, rev. 1, July 1, 1992, *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, p. 121.

- A competência do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos: em 16 de abril de 2001, a jurisdição compulsória do Tribunal foi aceita por 21 Estados.³¹ O Tribunal é formado por sete juízes eleitos na qualidade de indivíduos (art. 52). Ele tem sua Secretaria em São José, Costa Rica. Antes que o Tribunal possa ouvir um caso, o procedimento perante a Comissão deve ser concluído (art. 61(2)). “Em casos de extrema gravidade e urgência”, o Tribunal “adotará aquelas medidas provisórias que julgar necessárias” e, a pedido da Comissão, pode na realidade fazer isso também com relação a casos ainda não apresentados a ele (art. 63(2)). As sentenças do Tribunal são finais e os Estados participantes se comprometem a cumprir os seus respectivos termos “em quaisquer casos dos quais constem como partes” (arts. 67 e 68(1)).

O mecanismo de execução nos termos do Protocolo Adicional na Área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais difere dos procedimentos nos termos da Convenção na medida em que os Estados participantes se comprometem apenas a “apresentar relatórios sobre as medidas progressivas que tomaram para garantir o devido respeito aos direitos ali estabelecidos” (art. 19(1) do Protocolo). Apenas em relação ao direito de organizar e participar de sindicatos (art. 8(a)) e o direito à educação (art. 13) é que o Protocolo prevê a aplicação do procedimento de queixas perante a Comissão e Tribunal, e mesmo assim apenas nos casos em que a suposta violação é “diretamente atribuível” ao Estado participante (art. 19(6)).

Tanto a Comissão como o Tribunal trataram de uma quantidade considerável de casos que podem ser encontrados em seus respectivos relatórios anuais. O relatório anual da Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos fornece também importantes informações sobre as atividades da Comissão em geral, que vão muito além da estrutura da Convenção Americana sobre Direitos humanos.

A Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos é competente para receber petições relativas a supostas violações de direitos humanos:

- *De qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou qualquer entidade não governamental legalmente reconhecida; essa competência é obrigatória (art. 44);*
- *De um Estado participante contra outro Estado participante, se tal competência foi reconhecida (art. 45).*

O Tribunal Interamericano de Direitos humanos é competente para examinar casos submetidos a ele pelos Estados participantes e a Comissão desde que esses casos tenham sido primeiramente considerados pela Comissão (art. 61).

³¹ Ver OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 rev., *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2000*, Annex 1; o texto desse relatório pode ser encontrado no seguinte web site: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000eng/TOC.htm>.

3.2 A Convenção Interamericana para Prevenir e Impedir Tortura, 1985

A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir Tortura de 1985 entrou em vigor em 28 de fevereiro de 1987 e, em 9 de abril de 2002, contava com 16 Estados participantes.³²

3.2.1 O escopo da Convenção

De acordo com a Convenção, “tortura significa qualquer ato intencionalmente realizado por meio do qual dor física ou mental é infligida a uma pessoa para fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como punição pessoal, como medida preventiva, como penalidade ou qualquer outro propósito. Tortura significa também o uso de métodos em uma pessoa com o objetivo de aniquilar a personalidade da vítima ou diminuir suas capacidades físicas ou mentais, mesmo que não cause dor física ou angústia mental.” (art. 2).

A Convenção define ainda o campo de responsabilidade pessoal para aqueles que cometem, instigam ou induzem tortura ou que deixaram de impedi-la embora pudessem assim fazer (art. 3). Como no caso da Convenção das Nações Unidas contra Tortura, “a existência de circunstâncias como estado de guerra, ameaça de guerra, estado de sítio ou de emergência, distúrbios ou lutas internas, suspensão de garantias constitucionais, instabilidade política interna, ou outras emergências públicas ou desastres não serão invocados ou admitidos como justificativa para o crime de tortura” (art. 5). Além disso, também não poderá “o caráter perigoso de um detento ou prisioneiro” justificar o recurso à tortura (art. 5).

3.2.2 Os compromissos dos Estados participantes

A Convenção prevê que “os Estados participantes tomarão medidas efetivas para impedir e punir tortura nos limites de suas respectivas jurisdições”, e “garantirão que todos os atos de tortura e tentativas de cometer tortura constituem delitos de acordo com a lei criminal” (art. 6). A Convenção estabelece ainda disposições, inter alia, relativas ao treinamento de policiais (art. 7), investigações imparciais de suposta tortura (art. 8), o dever de estabelecer jurisdição sobre o crime de tortura em determinados casos (art. 12), e extradição (arts. 13-14).

3.2.3 O mecanismo de implementação

Diferente das convenções das Nações Unidas e Européia sobre tortura, a Convenção Interamericana não prevê nenhum mecanismo de implementação. Entretanto, nos termos do artigo 17, “os Estados participantes informarão à Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos a respeito de quaisquer medidas legislativas, judiciais,

³² Série de Tratados da OEA, No. 67; para ratificações ver <http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/a-51.html>.

administrativas, ou outras que adotem na aplicação desta Convenção”; ficará depois a cargo da Comissão “envidar esforços em seu relatório anual para analisar a situação existente nos Estados membros da Organização dos Estados Americanos em relação à prevenção e eliminação de tortura” (art. 17). Assim, a Convenção não prevê nenhuma possibilidade da Comissão realizar qualquer investigação no local em um país em relação ao qual possui motivos para acreditar que está sendo praticada tortura. Entretanto, a Comissão pode ainda fazer essas visitas, com a concordância do Estado em questão, invocando o campo geral ou competência a ela conferida nos termos da Carta da OEA.

De acordo com a Convenção Interamericana para Impedir e Punir Tortura, os Estados participantes devem adotar medidas efetivas para impedir e punir tortura nos limites de suas jurisdições.

De acordo com a confirmação da Convenção, o direito de não ser torturado não admite desvios e nenhuma situação de emergência de qualquer tipo pode justificar atos de tortura.

3.3 A Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas de 1994

A Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas foi adotada pela Assembleia Geral da OEA em 1994 e entrou em vigor em 28 de março de 1996. Em 9 de abril de 2002 contava com dez Estados participantes.³³ Essa Convenção foi elaborada em resposta à considerável onda de desaparecimentos forçados ou involuntários que ocorreu em várias partes das Américas na década de 70 e 80 em especial.

3.3.1 O escopo da Convenção

Conforme definido na Convenção, “desaparecimento forçado é considerado como sendo o ato de privar uma pessoa ou pessoas de sua liberdade, de qualquer forma que seja, perpetrado pelos agentes do estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com autorização, apoio, ou aquiescência do estado, seguido da ausência de informações ou recusa em reconhecer essa privação de liberdade ou em dar informações sobre o paradeiro dessa pessoa, impedindo assim seu recurso às medidas legais aplicáveis e garantias processuais” (art. II).

3.3.2 Os compromissos dos Estados participantes

Os Estados participantes se comprometem, em especial, a não praticar, permitir ou tolerar o desaparecimento forçado de pessoas, mesmo em estados de emergência ou suspensão de garantias individuais; a punir nos limites de suas jurisdições aquelas pessoas que cometem ou tentam cometer o crime de desaparecimento forçado de pessoas

³³ Ver <http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/a-60.html>.

e seus cúmplices e auxiliares; cooperar uns com os outros para ajudar a prevenir, punir e eliminar o desaparecimento forçado de pessoas; e tomar medidas legislativas, administrativas, judiciais e outras medidas necessárias para cumprir os compromissos assumidos na Convenção (art. I; para mais detalhes relativos ao dever de tomar medidas legislativas, ver também art. III).

A Convenção regulamenta ainda o dever de estabelecer jurisdição sobre casos envolvendo o desaparecimento forçado de pessoas (art. IV), e prevê que esses casos não serão considerados ofensas políticas para os propósitos de extradição mas serão considerados ofensas passíveis de extradição (art. V). Ademais, “ação penal por desaparecimento forçado de pessoas e a penalidade judicialmente imposta sobre aquele que o cometeu não irá prescrever”, a menos que haja uma regra de natureza fundamental impedindo a aplicação dessa regra; neste caso, contudo, “o prazo de prescrição será igual àquele que se aplica ao mais grave caso nas leis internas do ... Estado participante” (art. VII). De forma bastante significativa, as pessoas que alegaram ser responsáveis pelos atos que constituem o crime de desaparecimento forçado de pessoas “só poderão ser julgadas nas jurisdições competentes da lei ordinária de cada Estado, *excluídas todas as outras jurisdições especiais, especialmente jurisdições militares*” (art. IX; grifo nosso).

Como no caso das convenções sobre tortura, circunstâncias excepcionais como estado de guerra ou outras emergências públicas não podem ser invocadas para justificar o desaparecimento forçado de pessoas; nesses casos, “o direito a procedimentos judiciais ágeis e eficientes e o direito de regresso devem ser garantidos como meio de determinar o paradeiro ou estado de saúde da pessoa que foi privada de liberdade, ou de identificação do oficial de ordenou ou levou avante tal privação de liberdade.” Em relação a esses procedimentos, “as autoridades judiciais competentes terão livre e imediato acesso a todos os centros de detenção e a cada uma de suas unidades, e a todos os lugares em que houver motivo para acreditar que a pessoa desaparecida poderia ser encontrada, inclusive locais que estejam sujeitos a jurisdição militar” (art. X).

3.3.3 O mecanismo de implementação

A Convenção prevê que “o processo de petições ou comunicações apresentado à Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos alegando o desaparecimento de pessoas deve estar sujeito aos procedimentos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao Estatuto e Regulamentações da ... Comissão ... e ao Estatuto e Normas de Procedimento do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, incluindo as disposições sobre medidas preventivas” (art. XIII). Um procedimento urgente é também previsto para casos em que Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos recebe uma petição ou comunicação referente a um suposto desaparecimento forçado, solicitando sua Secretaria Executiva para que aborde de maneira urgente e confidencial o respectivo Governo” com um pedido de informações sobre o paradeiro da pessoa em questão (art. XIV).

A Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas é uma reafirmação de que o desaparecimento forçado de pessoas é um ato de violação do direito internacional sobre direitos humanos. O desaparecimento forçado de pessoas não pode ser justificado em nenhuma circunstância, nem mesmo em situações de emergência.

Pessoas acusadas de estar envolvidas no desaparecimento forçado de pessoas só serão julgadas por tribunais judiciais ordinários. Elas não podem ser julgadas por jurisdições especiais.

3.4 A Convenção Interamericana sobre Prevenção, Punição e Erradicação de Violência contra Mulheres, 1994

A Convenção Interamericana sobre Prevenção, Punição e Erradicação de Violência contra Mulheres, também denominada “Convenção de Belém do Pará”, foi adotada em 1994 pela Assembléia Geral da OEA e celebrada em 5 de março de 1995. Em 9 de abril de 2002 ela foi ratificada por 31 países.³⁴ Esta Convenção é o único tratado internacional que visa exclusivamente à eliminação da violência com base em gênero.

3.4.1 O escopo da Convenção

Para os propósitos da Convenção, “violência contra mulheres deve ser entendido como qualquer ato ou conduta, com base em gênero, causando morte ou dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico a mulheres, seja na esfera pública ou privada” (art. 1). Conforme mais adiante especificado, a violência contra as mulheres deverá, inter alia, “ser entendida como incluindo violência física, sexual e psicológica”, independentemente dessa violência ocorrer dentro da unidade familiar ou doméstica ou de qualquer outra relação interpessoal, ou na comunidade, ou de ela ser perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes independentemente de onde ela ocorre (art. 2(a)-(c)). O escopo de aplicação é portanto abrangente e compreende todas as esferas da sociedade, sejam elas *públicas ou privadas*.

A Convenção enfatiza ainda o direito da mulher ao gozo e proteção de todos os direitos humanos estipulados nos instrumentos regionais e internacionais, e os Estados participantes “reconhecem que a violência contra a mulher impede e anula” o exercício de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (arts. 4-5). Finalmente, a Convenção prevê que o direito de toda mulher de estar livre de violência inclui, entre outros, o direito de estar livre de todas as formas de discriminação, assim como o direito de ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento (art. 6).

³⁴Ver <http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/a-61.html>.

3.4.2 Os compromissos dos Estados participantes

Os Estados participantes concordam em particular em “buscar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas para impedir, punir e erradicar” a violência contra as mulheres (art.7), e também em “empreender progressivamente medidas específicas”, tais como programas “para promover a consciência e observância do direito das mulheres de estarem livres de violência”, “modificar padrões de conduta sociais e culturais de homens e mulheres” e “promover a educação e treinamento de todos aqueles envolvidos na administração de justiça, policiais e outros encarregados de fazer valer a lei” (art. 8).

3.4.3 Os mecanismos de implementação

Os mecanismos de implementação previstos pela Convenção apresentam três facetas:

- **o procedimento de apresentação de relatório:** em primeiro lugar, os Estados participantes deverão incluir em seus relatórios nacionais a uma Comissão Interamericana de Mulheres, inter alia, “informações sobre medidas adotadas para prevenir e proibir a violência contra mulheres” e quaisquer dificuldades que tenham observado na aplicação dessas medidas (art. 10);
- **pareceres consultivos:** os Estados participantes e a Comissão Interamericana de Mulheres podem solicitar do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos pareceres consultivos sobre a interpretação da Convenção sobre a Prevenção, Punição e Erradicação de Violência contra as Mulheres (art. 11); e, finalmente,
- **petições individuais:** qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou qualquer entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da OEA “pode apresentar petições perante a Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos com denúncias ou queixa de violações do artigo 7 desta Convenção por um Estado participante”, ou seja, dos deveres de impedir, punir e erradicar a violência contra as mulheres conforme descrito nesse artigo (art. 12).

*A Convenção Interamericana sobre a Prevenção, Punição e Erradicação de Violência contra as Mulheres é o único tratado internacional exclusivamente objetivando a eliminação de violência com base em gênero. A Convenção cobre a violência que ocorre em todas as esferas da sociedade, sejam **públicas** ou **privadas**.*

*O mecanismo de implementação consiste de: (1) um **procedimento de relatório** perante uma Comissão Interamericana de Mulheres; e (2) a possibilidade de apresentar **petições individuais** a uma Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos.*

*Tanto os Estados participantes como a Comissão Interamericana de Mulheres podem solicitar **pareceres consultivos** do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos sobre a Interpretação da*

Convenção.

4. Tratados Europeus de Direitos Humanos e sua Implementação

4.1 A Convenção Européia sobre Direitos Humanos de 1950, e seus Protocolos Nos. 1, 4, 6 e 7

A Convenção Européia sobre Direitos Humanos foi adotada pelo Conselho da Europa em 1950, o qual entrou em vigor em 3 de setembro de 1953.³⁵ Em 29 de abril de 2002 ela contava com 43 Estados participantes.³⁶ A Convenção originalmente criou tanto a Comissão Européia como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, encarregados da observação dos compromissos assumidos pelos Estados Contratantes da Convenção, mas com a entrada em vigor do Protocolo No. 11³⁷ na Convenção em 1º de novembro de 1998, a máquina de controle foi reestruturada de tal forma que todas as alegações são agora diretamente encaminhadas ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos em Strasbourg, França. Esse Tribunal é o primeiro, e até agora único, tribunal permanente de direitos humanos em sessão permanente.

Os direitos protegidos pela Convenção foram estendidos pelos Protocolos Adicionais Nos. 1, 4, 6 e 7, todos os quais serão abordados adiante. O Protocolo No. 12 referente à proibição de discriminação foi aberto para assinatura em 4 de novembro de 2000 em Roma, no contexto das comemorações do quinquagésimo aniversário da própria Convenção, que foi assinada na capital italiana em 4 de novembro de 1950. Finalmente,

³⁵O nome oficial deste tratado é: Convenção para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, ver Série de Tratados Europeus (*European Treaty Series - ETS*), no.: 005.

³⁶Para as ratificações da Convenção Européia sobre Direitos Humanos e seus vários Protocolos, ver <http://conventions.coe.int/>.

³⁷ETS no.: 155.

o Protocolo No. 13 foi aberto para assinatura em Vilnius em 3 de maio de 2002. Esse protocolo refere-se à abolição da pena de morte *em todas as circunstâncias*.

4.1.1 Os compromissos dos Estados participantes

Os Estados Contratantes “devem garantir a todos nos limites de suas jurisdições os direitos e liberdades definidos na Seção I da Convenção” (art. 1). Isso significa, *inter alia*, que eles também terão que oferecer a todos cujos direitos e liberdades garantidos pela Convenção foram violados “recurso eficiente perante autoridade nacional não obstante a violação ter sido cometida por pessoa agindo na qualidade de agente oficial” (art. 13).

4.1.2 Os direitos garantidos

A Convenção Européia garante os seguintes direitos civis e políticos:

- o direito à vida – art. 2;
- a proibição de tortura, punição ou tratamento desumano ou degradante – art. 3;
- a proibição de escravidão, servidão e trabalho forçado ou compulsório – art. 4;
- o direito à liberdade e segurança – art. 5;
- o direito a um julgamento justo – art. 6;
- proibição de leis *ex post facto* – art. 7;
- o direito de respeitar a própria vida privada e familiar – art. 8;
- o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião – art. 9;
- o direito à liberdade de expressão – art. 10;
- o direito à liberdade de se reunir em assembléia e de associação – art. 11;
- o direito de casar e formar uma família – art. 12;
- o direito a recurso eficiente – art. 13;
- proibição de discriminação – art. 14.

O Protocolo No. 1 foi adotado em 1952 e entrou em vigor em 18 de maio de 1954.³⁸ Em 29 de abril de 2002 ele contava com 40 Estados participantes. Esse Protocolo prevê os seguintes direitos e compromissos entre seus Estados participantes:

- o direito de usufruir os próprios bens de forma pacífica – art. 1;
- o direito à educação e o direito dos pais de garantir essa educação e ensinamentos de acordo com suas próprias convicções religiosas e filosóficas – art. 2;
- a realização de eleições livres a intervalos razoáveis em votação secreta – art. 3.

O Protocolo No. 4 de 1963 entrou em vigor em 2 de maio de 1968.³⁹ Em 29 de abril de 2002 ele contava com 35 Estados participantes. O Protocolo No. 4 acrescentou os seguintes direitos a serem protegidos:

- o direito de não ser privado da própria liberdade apenas pela incapacidade de cumprir uma obrigação contratual – art. 1;
- o direito à liberdade de ir e vir e de residência; o direito a deixar qualquer país, inclusive o próprio país – art. 2;
- o direito de não ser expulso do país da própria nacionalidade e o direito de não ter a entrada no Estado de origem recusada – art. 3;
- proibição de expulsão coletiva de estrangeiros – art. 4.

O Protocolo No. 6 de 1983 entrou em vigor em 1º de março de 1985.⁴⁰ Em 29 de abril de 2002 contava com 40 Estados participantes. O Protocolo No. 6 trata da abolição da pena de morte (art. 1), mas um Estado pode não obstante “incluir previsão em sua lei para a pena de morte em relação a atos realizados em tempo de guerra ou de iminente ameaça de guerra” (art. 2). Nenhum desvio é admitido dessas disposições dos artigos sob o artigo 15 da Convenção, tampouco pode haver ressalvas a esse Protocolo (arts. 3-4).

O Protocolo No. 7, adotado em 1984, entrou em vigor em 1º de novembro de 1988.⁴¹ Em 29 de abril de 2002 contava com 32 Estados participantes desse Protocolo, o qual estendeu o escopo da Convenção ao prever a seguinte proteção adicional:

- determinadas proteções contra a expulsão arbitrária de estrangeiros legalmente residentes no território dos Estados Contratantes – art. 1;

³⁸ O nome oficial deste Protocolo é: Protocolo No. 1 da Convenção para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, garantindo determinados direitos e liberdades além daqueles já incluídos na Convenção, ETS, no.: 009.

³⁹ O nome oficial deste Protocolo é: Protocolo No. 4 da Convenção para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, garantindo determinados direitos e liberdades além daqueles incluídos na Convenção e no Primeiro Protocolo, ETS, no.: 046.

⁴⁰ O nome oficial deste Protocolo é: Protocolo No. 6 da Convenção para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais referente à abolição da pena de morte, ETS, no.: 114.

⁴¹ O nome oficial deste Protocolo é: Protocolo No. 7 da Convenção para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, ETS no.: 117.

- o direito de recurso contra sentença criminal – art. 2;
- o direito de indenização no caso de decisão injusta de um tribunal – art. 3;
- o direito de não ser julgado novamente pelo mesmo crime na jurisdição do mesmo Estado – uma disposição da qual não pode haver desvio nos termos do artigo 15 da Convenção – art. 4; e
- igualdade de direitos e responsabilidades entre cônjuges em relação ao casamento, durante o casamento e na hipótese de sua dissolução – art. 5.

Conforme indicado acima, o Protocolo No. 12⁴² da Convenção Europeia prevê uma proibição geral de discriminação que é independente dos outros direitos e liberdades garantidos pela Convenção. De acordo com o artigo 1(1) do Protocolo, “o gozo de qualquer direito estabelecido por lei será garantido sem discriminação em qualquer base como sexo, raça, cor, idioma, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, associação com minoria nacional, condição de bens, nascimento ou outra condição”. O artigo 1(2) do Protocolo especifica que “ninguém será discriminado por autoridade pública em qualquer base como aquelas mencionadas no parágrafo 1”. Em 29 de abril de 2002, contudo, este Protocolo não tinha entrado em vigor, tendo recebido apenas uma das dez ratificações necessárias.

4.1.3 Limites permitidos sobre o exercício de direitos⁴³

Alguns dos artigos da Convenção e seus Protocolos oferecem a possibilidade de impor restrições sobre o exercício de direitos em determinadas circunstâncias definidas. Este é o caso dos artigos 8 (o direito de respeitar a vida particular e familiar da pessoa), 9 (o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião), 10 (o direito à liberdade de expressão) e 11 (o direito de se reunir de forma pacífica e à liberdade de associação) da Convenção. O mesmo é verdade em relação ao direito de gozo pacífico dos próprios bens no artigo 1 do Protocolo No. 1 e o direito à liberdade de locomoção e de residência no artigo 2 do Protocolo No. 4.

As restrições sobre o exercício desses direitos devem, contudo, em todas as circunstâncias ser impostas “de acordo com a lei”, estar “previstas em lei” ou “prescritas por lei”; e, com exceção do artigo 1 do Protocolo No. 1, devem também ser “necessárias em uma sociedade democrática” para os propósitos específicos definidos nos vários artigos, tais como, por exemplo, no interesse da segurança pública, para a proteção da ordem pública, saúde e costumes, a prevenção de distúrbio ou crime ou a proteção de direitos e liberdades de outros (as razões legítimas variam dependendo do direito

⁴² O nome oficial deste Protocolo é: Protocolo No. 12 da Convenção para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, ETS no.: 177.

⁴³ Para mais informações sobre limites sobre o exercício de direitos, ver em especial o Capítulo 12 deste Manual referente a “Alguns Outros Direitos Chave: As Liberdades de Pensamento, Consciência, Religião, Opinião, Expressão, Associação e Reunião em Assembléia”

protegido). É verdade que, embora a noção de uma sociedade democrática não seja assim mencionada em relação a restrições que pudessem ser impostas sobre o direito de gozo pacífico dos próprios bens, a noção de democracia e ordem constitucional democrática está sempre presente na Convenção e é pré-condição para Estados que desejam aderir ao Conselho da Europa. É possível portanto concluir que medidas restritivas claramente estranhas a uma sociedade democrática que respeite os padrões de direitos humanos não seriam consideradas como sendo no “interesse público” no sentido do artigo 1 do Protocolo No. 1.

A jurisprudência tanto do Tribunal Europeu de Direitos Humanos como da atualmente extinta Comissão Européia de Direitos Humanos contém interpretações ricas e numerosas do termo “*necessidade*” nas várias disposições sobre limitações, cujos exemplos serão dados no Capítulo 12. Embora “fique a cargo das autoridades nacionais fazer a avaliação *inicial* da realidade da *necessidade social premente* implícita na noção de ‘necessidade’” no contexto de liberdade de expressão, por exemplo, cabe ao Tribunal proferir a decisão final sobre a conformidade de qualquer medida com os termos da Convenção, uma competência que “cobre não apenas a legislação básica mas também a decisão de aplicá-la, mesmo que aquela proferida por um tribunal independente”; esta supervisão Européia, dessa forma, compreende também o “objetivo” e a “necessidade” da medida contestada.⁴⁴ No exercício de suas funções de supervisão em relação ao direito de liberdade de expressão, por exemplo, o Tribunal tem também em várias oportunidades a obrigação de “dar a maior atenção aos princípios que caracterizam uma ‘sociedade democrática’”.⁴⁵ O Tribunal deve conseqüentemente decidir se as razões dadas pelas autoridades nacionais para justificar a necessidade de interferência no exercício do direito em questão “são relevantes e suficientes”.⁴⁶ Em outros casos novamente foi enfatizado que as exceções ao direito de privacidade no artigo 8(2) devem ser “interpretadas limitadamente” e que a necessidade das mesmas deve ser “estabelecida de maneira convincente”.⁴⁷ Assim não basta que a interferência em questão possa ser útil ou que seja simplesmente tão inócua que não perturbe o funcionamento de uma sociedade democrática. Pelo contrário, os Estados Contratantes estão sob a obrigação legal de apresentar razões suficientes para provar a necessidade em uma sociedade democrática tanto da lei na qual a medida se baseia como da própria medida.

A Convenção Européia sobre Direitos Humanos e seus Protocolos 1, 4, 6 e 7 oferece proteção abrangente dos direitos e liberdades da pessoa humana na Europa.

Os limites sobre o exercício de determinados direitos protegidos pela Convenção podem ser permitidos, desde que cumpram os princípios de:

⁴⁴ Eur. Court HR, *Handyside judgment of 7 December 1976, Series A, No. 24*, pp. 22-23, paras. 48-49; grifo nosso.

⁴⁵ Ibid., p. 23, para. 49.

⁴⁶ Ibid., pp. 23-24, paras. 49-50.

⁴⁷ Ver *Judgments of Funke, Crémieux and Miaillhe of 25 February 1993, Series A, Nos. 256 A-C, p. 24, para. 55, p. 62, para. 38 and p. 89, para. 36 respectivamente.*

- **legalidade;**
- **as necessidades legítimas de uma sociedade democrática; e**
- **necessidade/proportionalidade, no sentido de que as medidas devem ser necessárias em uma sociedade democrática para um ou mais propósitos especificados.**

4.1.4 Desvios permitidos de obrigações legais

Embora diferindo em alguns aspectos do artigo 4 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e artigo 27 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o artigo 15 da Convenção Européia prevê a possibilidade de desvios de obrigações legais em situações excepcionais. Em termos gerais, as condições são as seguintes:

- **a condição de ameaça excepcional:** um Estado Contratante pode recorrer a desvios “em tempo de guerra ou outra emergência pública ameaçando a vida da nação”. O Tribunal Europeu interpreta isso como significando que o Estado Contratante deve enfrentar uma situação “excepcional” e “iminente” “situação de crise ou emergência que afeta toda a população e constitui ameaça à vida organizada da comunidade da qual o Estado é composto”.⁴⁸ No caso grego, a Comissão especificou que “a crise ou perigo deve ser excepcional, no sentido de que medidas ou restrições, permitidas pela Convenção para a manutenção da segurança pública, saúde e ordem, sejam claramente inadequadas”.⁴⁹ O Tribunal concedeu aos Governos, além do mais, uma “ampla margem de avaliação” para decidir se estão enfrentando uma emergência pública no sentido do significado do artigo 15(1).⁵⁰ Entretanto, no exercício de sua supervisão, o Tribunal “deve dar o peso adequado àqueles fatores relevantes como a natureza dos direitos afetados pelo desvio, as circunstâncias que levaram à situação de emergência e a respectiva duração”;⁵¹
- **a condição de impossibilidade de desvio de determinadas obrigações :** de acordo com o artigo 15(2) da Convenção não pode haver desvios dos seguintes artigos: o artigo 2 (o direito à vida), “exceto em relação a mortes resultando de atos de guerra legais”; o artigo 3 (estar livre de tortura); o artigo 4(1) (estar livre de escravidão e servidão); e o artigo 7 (ausência de punição sem lei). Finalmente, após a entrada em vigor dos Protocolos Nos. 6 e 7, não pode haver desvios das disposições relativas à abolição da pena de morte e proteção contra processo mais de uma vez pela mesma ofensa;
- **a condição de estrita necessidade:** de acordo com o artigo 15(1), um Estado Contratante pode apenas “tomar medidas de desvio de suas obrigações nos termos desta Convenção

⁴⁸ Eur. Court HR, *Lawless Case (Merits)*, judgment of 1 July 1961, Series A, No. 3, p. 56, para. 28. I termo “iminente” está presente apenas no texto em francês do julgamento; ambos os textos são igualmente autênticos.

⁴⁹ Eur. Comm. HR, *Greek case, Report of the Commission*, 12 Yearbook, p. 72, para. 152; grifo nosso.

⁵⁰ Eur. Court HR, *Brannigan and McBride judgment of 26 May 1993*, Series A, No. 258-B, p. 49, para. 43.

⁵¹ Ibid., p. 49, para. 43 at p. 50.

na medida em que estritamente exigido pela situação”. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera que os Estados Contratantes também gozam de uma “ampla margem de apreciação” ao decidir “até onde é necessário ir na tentativa de superar a emergência”;⁵² entretanto, as decisões tomadas pelas autoridades domésticas estão sempre sujeitas à supervisão em termos europeus;⁵³

- **a condição de consistência com outras obrigações legais internacionais:** as medidas de desvio tomadas pela Alta Parte Contratante não devem ser “incoerentes com suas outras obrigações nos termos do direito internacional”. No caso *Brannigan e McBride*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos teve que analisar se o Governo do Reino tinha atendido o requisito de “proclamação oficial” nos termos do artigo 4(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; assim ele fez sem buscar definir de maneira autoritária o significado da expressão “oficialmente proclamado” no artigo 4 do Pacto; ainda assim ele analisou se havia “base plausível para o argumento da requerente” de que essa condição não havia sido atendida;⁵⁴
- **a condição de não-discriminação:** deve-se observar que o artigo 15 da Convenção Européia não proíbe especificamente a discriminação, e que essa condição é então exclusivamente regulamentada pelo artigo 14;
- **a condição de notificação internacional:** o Estado Contratante exercendo o direito de desvio “manterá o Secretário-Geral do Conselho da Europa informado sobre as medidas” tomadas e “as respectivas razões”; deverá também informá-lo “quando tais medidas cessaram e as disposições da Convenção estão novamente sendo plenamente executadas”; se necessário, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos examina *proprio motu* se essa condição foi atendida.⁵⁵

Ao se desviar de suas obrigações nos termos do artigo 15 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos, os Estados Contratantes devem atender à:

- *condição de ameaça excepcional;*
- *condição de não se desviar de determinadas obrigações;*
- *condição de estrita necessidade;*
- *condição de coerência com outras obrigações internacionais; e*
- *condição de notificação internacional.*

⁵² Ibid., p. 49, para. 43.

⁵³ Ibid., pp. 49-50, para. 43.

⁵⁴ Ibid., p. 57, para. 72.

⁵⁵ See e.g. *Eur. Court HR, Case of Ireland v. the United Kingdom, judgment of 18 January 1978, Series A, No. 25, p. 84, para. 223.*

4.1.5 O mecanismo de implementação

A partir de 1º de novembro de 1998, quando a reestruturação do mecanismo de controle estabelecido nos termos da Convenção entrou em vigor, todas as supostas violações dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção e seus Protocolos são encaminhadas diretamente ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que irá “garantir a observância dos compromissos assumidos pelos Estados Contratantes” (art. 19). O Tribunal é permanente, e formado por um número de juízes igual ao número de Estados Contratantes, ou seja, 43 em 30 de abril de 2002 (art. 20). O Tribunal pode funcionar em juntas de três juízes, em Câmeras de sete juízes ou em uma Grande Câmara de dezessete juízes (art. 27(1)).

Além de ter competência para receber e examinar queixas entre os Estados (art. 33), o Tribunal “pode receber pedidos de qualquer pessoa, organização não governamental ou grupo de pessoas físicas afirmando serem vítimas de violação por parte de um dos Estados Contratantes dos direitos estabelecidos na Convenção ou respectivos protocolos” (art. 34). Os “Estados Contratantes se comprometem a não prejudicar de forma alguma o exercício eficiente desse direito” (art. 34, in fine). ***O direito de apresentar queixas entre Estados ou individuais ao Tribunal não depende de nenhum ato específico de aceitação.***

O Tribunal não pode, contudo, examinar pedido de nenhum tipo a menos que já estejam exauridos os recursos domésticos e o pedido seja apresentado no prazo de seis meses da data em que a decisão final foi tomada (art. 35(1)). Há outros critérios de admissibilidade relativos a pedidos individuais, que não devem, por exemplo, ser anônimos ou “substancialmente os mesmos que uma questão já examinada pelo Tribunal ou que já tenham sido apresentados a outro procedimento de investigação ou acordo internacional e não apresentem nenhuma informação nova pertinente” (art. 35(2)).

O Tribunal decide sobre a admissibilidade e méritos do caso e, se necessário, realiza uma investigação. Após declarar a admissibilidade do caso, se coloca também “à disposição das partes envolvidas com o objetivo de garantir um acordo amigável da questão com base no respeito aos direitos humanos conforme definido na Convenção e respectivos protocolos” (art. 38(1)(b)). As audiências perante o Tribunal são públicas, a menos que de outra forma decidido em “circunstâncias excepcionais” (art. 40).

No período de três meses da data do julgamento da Câmara, qualquer das partes pode, em circunstâncias excepcionais, solicitar que o caso seja encaminhado à Grande Câmara. Uma vez aceita a solicitação, a Grande Câmara decidirá o caso por meio de julgamento que será final (arts. 43-44). Caso contrário, o julgamento da Câmara será final quando as partes declararem que não têm intenção de solicitar o encaminhamento à Grande Câmara; ou três meses após julgamento na ausência de tal solicitação; ou, finalmente, quando a solicitação de encaminhamento não foi recusada (art. 44).

Os Estados Contratantes “se comprometem a cumprir o julgamento final do

Tribunal em qualquer caso em que eles sejam parte”; a execução do julgamento final é supervisionada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa (art. 46).

A implementação da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos é monitorada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que é um órgão permanente e em tempo integral funcionando em

- *Painéis de 3 juízes;*
- *Câmeras de 7 juízes; ou*
- *uma Grande Câmara de 17 juízes.*

O Tribunal é competente para receber e examinar

- *casos entre os Estados; e*
- *pedidos de qualquer pessoa, organização não-governamental ou grupo de indivíduos que afirmam ser vítima de violação dos direitos garantidos pela Convenção ou seus Protocolos.*

4.2 A Carta Social Europeia de 1961 e seus Protocolos de 1988, 1991 e 1995

A Carta Social Europeia⁵⁶ foi adotada em 1961 e entrou em vigor em 26 de fevereiro de 1965. Em 30 de abril de 2002 ela contava com 25 ratificações. A Carta Social Europeia tem por objetivo assegurar uma série de direitos sociais e econômicos, e ela é portanto a correspondente natural da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos que garante direitos civis e políticos. A Carta estabelece um procedimento de prestação de contas bienal e, após a entrada em vigor do Protocolo Adicional de 1995, um sistema de queixas coletivas também foi criado.

4.2.1 Os compromissos dos Estados participantes

Há três compromissos fundamentais que cada Estado precisa aceitar ao aderir à Carta Social Europeia:⁵⁷

⁵⁶ ETS, no.: 35 e, para os três Protocolos Adicionais, ver ETS, nos.: 128, 142 e 158.

⁵⁷ Para mais detalhes sobre o Capítulo Social Europeu, ver e.g. David Harris, *The European Social Charter* (Charlottesville, University Press of Virginia, 1984, Procedural Aspects of International Law Series, vol. 17), xvi, 345 pp.; and L. Samuel, *Fundamental Social Rights: Case law of the European Social Charter* (Strasbourg, Conselho Europeu, 1997), 450 pp. Para informações sobre o Capítulo Social Europeu ver também o web site do Conselho Europeu: www.coe.int/.

- **primeiro**, deve “considerar a Parte I desta Carta como uma declaração dos objetivos que irá buscar pelos meios apropriados, conforme declarado no parágrafo introdutório dessa Parte” (art. 20(1)(a)). A Parte I da Carta apresenta uma relação em termos gerais dos dezenove direitos e princípios que devem “ser efetivamente realizados” através de meios nacionais e internacionais seguidos pelos Estados Contratantes;
- **segundo**, deve “considerar-se vinculado a pelo menos cinco dos seguintes artigos da Parte II” da Carta, quais sejam, artigos 1, 5, 6, 12, 13, 16 e 19, que tratam respectivamente do direito de trabalhar, direito de organizar, direito a dissídio coletivo, direito à previdência social, direito à assistência médica e social, direito da família à proteção social, legal e econômica, e direito de trabalhadores migrantes e suas famílias à proteção e assistência (Art. 20(1)(b));
- **finalmente**, deve ainda “considerar-se vinculado àquele número de artigos ou parágrafos da Parte II da Carta que venha a escolher, desde que o número total de artigos ou parágrafos ao qual se vincule não seja inferior a 10 artigos ou 45 parágrafos” (art. 20(1)(c)).

4.2.2 Os direitos reconhecidos

Sobre as condições específicas explicadas acima, os Estados Contratantes se comprometem “a se considerar vinculados às obrigações estabelecidas nos seguintes artigos e parágrafos”, que abordam:

- o direito ao trabalho – art. 1;
- o direito a condições justas de trabalho – art. 2;
- o direito a condições de trabalho seguras e saudáveis – art. 3;
- o direito a uma remuneração justa – art. 4;
- o direito de organizar – art. 5;
- o direito ao dissídio coletivo – art. 6;
- o direito à proteção de crianças e jovens – art. 7;
- o direito à proteção das mulheres que trabalham – art. 8;
- o direito à orientação profissional – art. 9;
- o direito ao treinamento profissional – art. 10;
- o direito à proteção da saúde – art. 11;
- o direito à previdência social – art. 12;

- o direito à assistência social e médica – art. 13;
- o direito ao benefício de serviços de bem estar social – art. 14;
- o direito dos deficientes físicos e mentais a treinamento vocacional, reabilitação e restabelecimento social – art. 15;
- o direito da família à proteção social, legal e econômica – art. 16;
- os direitos das mães e filhos à proteção social e econômica – art. 17;
- o direito de se dedicar a uma ocupação rentável no território de outros Estados Contratantes – art. 18; e, finalmente,
- o direito dos trabalhadores migrantes e suas família à proteção e assistência – art. 19.

O Protocolo Adicional de 1988 entrou em vigor em 4 de setembro de 1992 e em 30 de abril de 2002 contava com dez Estados participantes. Em virtude desse Protocolo, sem prejuízo das disposições da própria Carta Social Européia, os Estados Contratantes se comprometeram também a se vincular a um ou mais artigos relativos aos seguintes direitos:

- o direito de oportunidades iguais e tratamento igual em questões de emprego e profissão sem discriminação com base em sexo – art. 1;
- o direito de informação e consulta – art. 2;
- o direito de participar da determinação e melhoria de condições de trabalho e ambiente de trabalho – art. 3; e
- o direito dos idosos à proteção social – art. 4.

4.2.3 Limitação permitida sobre o exercício de direitos

A Carta apresenta uma disposição geral sobre limitação (art. 31) estabelecendo que os direitos e princípios estabelecidos nas Partes I e II da Carta não estão sujeitos a quaisquer restrições ou limites que não estejam ali já especificados “exceto aqueles que sejam prescritos por lei e necessários em uma sociedade democrática para a proteção dos direitos e liberdades de outros ou para a proteção do interesse público, segurança nacional, saúde pública ou costumes”. Como na maioria das outras disposições de limites no campo do direito internacional sobre direitos humanos, as três seguintes importantes condições legais estão todas presentes nesta disposição, quais sejam, o *princípio de legalidade*, o *princípio de uma sociedade democrática*, e o *princípio de proporcionalidade*.

4.2.4 Desvios permitidos das obrigações legais

A Carta Social Européia apresenta ainda uma disposição sobre desvios de acordo com a qual “em tempos de guerra ou outra emergência pública que ameace a vida da nação qualquer Estado Contratante pode tomar medidas de desvio de suas obrigações nos termos desta Carta na medida em que rigorosamente necessário pelas exigências da situação, desde que tais medidas não sejam incoerentes com suas outras obrigações nos termos do direito internacional” (art. 30(1)). Um Apêndice à Carta que é parte integrante da mesma prevê que a “expressão ‘em tempo de guerra ou outra emergência pública’ seja entendido como cobrindo a ameaça de guerra” (grifo nosso).

É importante observar que, comparado ao artigo 15 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos, o artigo 27 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o artigo 4 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o artigo 30 da Carta Social Européia não apresenta nem proibição de discriminação nem quaisquer direitos dos quais não se possa desviar. O escopo para as restrições permitidas em situações de emergência parece assim ser mais amplo que no campo de direitos civis e políticos.

A Carta Social Européia de 1961 protege uma ampla gama de direitos sociais e econômicos. Enquanto a Carta prevê que os Estados Contratantes com uma determinada flexibilidade devem ser considerados vinculados a pelo menos 5 dos 7 artigos principais especificados assim como por 10 artigos adicionais ou 45 parágrafos.

A Carta permite a limitação dos direitos nela apresentados desde que tais limitações sejam coerentes com os princípios de legalidade, sociedade democrática e proporcionalidade.

Os Estados participantes também podem se desviar de suas obrigações legais nos termos da Carta em tempos de guerra, ameaça de guerra ou outra emergência pública. As medidas de desvio tomadas devem estar de acordo com os princípios de rígida necessidade e coerência com as outras obrigações internacionais do Estado.

4.2.5 O mecanismo de implementação

O procedimento para exame de relatórios submetidos nos termos da Carta Social Européia foi revisto pelo Protocolo de Alteração de 1991, que não tinha, contudo, entrado em vigor em 30 de abril de 2002. Não obstante isso, e seguindo uma decisão tomada em dezembro de 1991 pelo Comitê de Ministros, as medidas de supervisão incorporadas no

Protocolo de Alteração são operacionais. Conforme alterados *de facto*, os procedimentos de monitoramento podem conseqüentemente ser brevemente assim descritos:

- **o procedimento de prestação de contas:** em primeiro lugar os Estados Contratantes se comprometem a apresentar relatórios bienais ao Secretário Geral do Conselho da Europa sobre a aplicação daquelas disposições que eles expressamente aceitaram (art. 21); segundo, eles devem apresentar relatórios sobre as aquelas disposições que não aceitaram quando solicitado pelo Comitê de Ministros para assim fazer (art. 22); os Estados Contratantes também devem transmitir uma cópia desses relatórios a organizações nacionais específicas de empregadores e sindicatos; o próprio Secretário Geral deverá encaminhar uma cópia dos relatórios às organizações não-governamentais que têm posição de consultoras junto ao Conselho da Europa e que possuem competência específica em questões regidas pela Carta Social. Os relatórios do país são então examinados por um Comitê de Peritos Independentes (atualmente denominado Comitê Europeu de Direitos Sociais) formado por um mínimo de nove membros. Mediante a conclusão de sua análise, o Comitê de Peritos Independentes prepara um relatório apresentando suas conclusões que devem ser divulgadas. Os relatórios do país assim como, em especial, as conclusões do Comitê de Peritos são então apresentados ao Comitê Governamental composto de um representante de cada um dos Estados Contratantes. O Comitê Governamental prepara as decisões do Comitê de Ministros e explica por que uma determinada situação deveria ser objeto de recomendações. Seu relatório ao Comitê de Ministros será divulgado publicamente; o Comitê de Ministros irá adotar finalmente, por maioria de dois terços de votos, sendo o direito a voto limitado aos Estados Contratantes, com base no Comitê Governamental, uma deliberação cobrindo todo o ciclo de supervisão e apresentando as recomendações individuais aos Estados Contratantes pertinentes (arts. 23-28 conforme alterados *de facto*). Finalmente, o Secretário Geral comunica as conclusões do Comitê de Ministros à Assembléia de Parlamentares do Conselho da Europa com o objetivo de realizar debates em plenário periódicos (art. 29). A Carta prevê o dever de envolver tanto a Organização Internacional do Trabalho como ONGs especializadas em procedimentos de monitoramento na qualidade de consultoras (art. 26 e art. 27 conforme alterados *de facto*);

- **o procedimento de queixas:** o Protocolo Adicional Prevendo um Sistema de Queixas Coletivas entrou em vigor em 1º de julho de 1998, e em 30 de abril de 2002 contava com nove Estados participantes. Ele introduziu um procedimento através do qual organizações internacionais e nacionais de empregadores e sindicatos (assim como determinadas organizações não governamentais) podem apresentar queixas alegando a aplicação insatisfatória da Carta (art. 1). A queixa deve ser endereçada ao Secretário Geral do Conselho da Europa que “notificará o Estado Contratante em questão e imediatamente a transmitirá ao Comitê de Peritos Independentes” (art. 5). O procedimento perante o Comitê é basicamente escrito mas também pode ser oral (art. 7). O Comitê prepara um relatório a ser apresentado ao Comitê de Ministros, no qual apresentará, inter alia, suas conclusões se o Estado Contratante em questão garantiu ou não a aplicação satisfatória das disposições da Carta (art. 8 (1)). Cabe em última análise ao Comitê de Ministros adotar uma deliberação quanto ao Estado Contratante ter aplicado as disposições da Carta

de maneira satisfatória e, em caso negativo, dirigir uma recomendação ao Estado Contratante pertinente (art. 9).

A Carta Social Européia, 1961, prevê um procedimento de prestação de contas, assim como, em escala mais limitada, um procedimento de queixas coletivas que permite que organizações internacionais e nacionais de empregados e sindicatos assim como organizações não-governamentais apresentem queixas alegando aplicação insatisfatória da Carta (Protocolo Adicional).

4.3 A Carta Social Européia (revista) de 1996

A Carta Social Européia em sua versão revista foi adotada em 1996 e entrou em vigor em 1º de julho de 1999. Em 30 de abril de 2002 ela tinha 12 ratificações.⁵⁸ A Carta Social revista irá assim apenas progressivamente substituir a Carta original, cujos termos ele atualiza e expande. Ao levar em conta novos acontecimentos sociais e econômicos, a Carta revista altera determinadas disposições existentes e acrescenta novas disposições. Quanto às novas características, elas incluem, em especial, uma lista consideravelmente mais longa de direitos e princípios na Parte I que aquela apresentada na antiga Carta (31 direitos e princípios comparados aos apenas 19 na Carta de 1961). Além dos direitos tomados do Protocolo Adicional de 1988, e que não foram alterados, as novas características importantes incluem:

- o direito de proteção em casos de rescisão do contrato de emprego – art. 24;
- o direito dos trabalhadores à proteção de suas reclamações na hipótese de insolvência do empregador – art. 25;
- o direito à dignidade no trabalho – art. 26;
- o direito dos trabalhadores com responsabilidades familiares a iguais oportunidades e igual tratamento – art. 27;
- o direito dos representantes dos trabalhadores à proteção no compromisso e facilidades a serem a eles concedidas – art. 28;
- o direito à informação e consulta em procedimentos de redundância coletiva – art. 29;
- o direito de proteção contra a pobreza e exclusão social – art. 30; e finalmente ,
- o direito à moradia – art. 31.

Ao número de artigos que formam a parte básica da Carta revista foram acrescentados os artigos 7 e 20, relativos ao direito de crianças e jovens à proteção e o

⁵⁸ ETS no.: 163.

direito das mulheres e homens a oportunidades iguais e tratamento igual em questões de emprego e ocupação; e o número de artigos fundamentais que foram aceitos pelos Estados Contratantes aumentou para seis. Além disso, eles devem se obrigar ao mínimo de 16 artigos ou 63 parágrafos (Parte IV, art. A).

A implementação das obrigações legais da Carta revista é submetida ao mesmo procedimento de supervisão que a Carta Social Europeia original (Parte IV, art. C).

A Carta Social Europeia (revista), de 1996 atualiza e amplia a antiga Carta, e aumenta para 6 o número de direitos fundamentais que devem ser aceitos pelos Estados participantes. Eles devem ainda concordar em se vincular a pelo menos 16 outros artigos ou 63 parágrafos.

4.4 A Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e Punição ou Tratamento Desumano ou Degradante, 1987

A Convenção Europeia para a Prevenção de Tortura e Punição ou Tratamento Desumano ou Degradante⁵⁹ foi adotada em 1987 e entrou em vigor em 1º de fevereiro de 1989. Em 30 de abril de 2002 ela contava com 42 Estados Contratantes. Embora a Convenção Europeia esteja intimamente relacionada à Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1984, abordada no Capítulo 2, ela apresenta uma característica distinta no sentido de que estabeleceu um Comitê Europeu para a Prevenção de Tortura e Punição ou Tratamento Desumano ou Degradante que, como será visto mais adiante, tem o poder de visitar qualquer lugar de detenção nos limites da jurisdição dos Estados Contratantes.

4.4.1 Os compromissos dos Estados participantes e o mecanismo de monitoramento

A Convenção Europeia para a Prevenção de Tortura não apresenta nenhuma definição do ato ilegal ou prática de tortura, mas em seu segundo parágrafo introdutório, faz menção ao artigo 3 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, que prevê que “ninguém será submetido à tortura ou punição ou tratamento desumano ou degradante”. Uma vez que o procedimento de monitoramento estabelecido de acordo com a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos funciona apenas em relação à apresentação de queixas individuais ou entre Estados, foi considerado necessário criar “um meio não judicial de natureza preventiva com base em visitas” para tentar erradicar o uso da tortura em locais de detenção na Europa (ver o quarto parágrafo introdutório).

⁵⁹ ETS no.: 126.

O objetivo do Comitê Europeu para a Prevenção de Tortura e Punição ou Tratamento Desumano ou Degradante é atingido portanto “através de visitas [para] examinar o tratamento de pessoas privadas de sua liberdade com vistas a fortalecer, se necessário, a proteção de tais pessoas contra a tortura e punição ou tratamento desumano ou degradante” (art. 1). O Estado participante “permitirá visitas”, de acordo com a Convenção, “a qualquer local dentro de sua jurisdição em que pessoas estejam privadas de sua liberdade por autoridade pública” (art. 2), e, para esse fim, “o Comitê e as autoridades nacionais competentes ... irão cooperar entre si” (art. 3).

O Comitê é formado de um número de membros igual ao número dos Estados participantes, que servem na sua qualidade de indivíduos de maneira independente e imparcial (art. 4). “Além das visitas periódicas, o Comitê pode organizar aquelas outras visitas que lhe pareçam necessárias nas circunstâncias” (art. 7).

Depois de ter notificado o Governo da Parte em questão sobre sua intenção de realizar a visita, o Comitê “pode em qualquer ocasião visitar qualquer lugar” dentro da jurisdição do Estado pertinente“ onde pessoas estão privadas de sua liberdade por autoridade pública” (art. 8(1) lido em conjunto com o art. 2).

“Em circunstâncias excepcionais, as autoridades competentes da Parte em questão podem fazer representações ao Comitê contra uma visita na ocasião ou no local específico proposto pelo Comitê”, embora “tais representações possam apenas ser feitas com base em defesa nacional, segurança pública, sério distúrbio em locais onde pessoas estão privadas de sua liberdade, condição médica de uma pessoa ou interrogatório urgente relativo a crime sério esteja em curso” (art. 9(1)). Quando tais representações são feitas, o Comitê e o Estado participante “irão imediatamente iniciar um processo de consultas para esclarecer a situação e buscar um acordo quanto aos acertos para possibilitar ao Comitê exercer suas funções de maneira ágil (art. 9(2)).

Depois de cada visita “o Comitê preparará um relatório sobre os fatos encontrados durante a visita, levando em conta quaisquer observações que possam ter sido apresentadas pela Parte relevante”. O relatório será então transmitido ao Estado participante com eventuais recomendações que o Comitê considere necessárias (art. 10). Se o Estado participante “deixar de cooperar ou se recusar a melhorar a situação à luz das recomendações do Comitê, este poderá decidir, depois da Parte ter tido oportunidade de manifestar seus pontos de vista, por uma maioria de dois terços de seus membros fazer uma declaração pública sobre a questão” (art. 10(2)).

Quanto ao mais, tanto as informações reunidas pelo Comitê durante a visita no local como seu relatório serão confidenciais, embora o relatório seja publicado, “juntamente com quaisquer comentários da Parte em questão”, sempre que assim solicitado por ela (art. 11(1) e (2)).

A Convenção Europeia para a Prevenção de Tortura e Punição ou Tratamento Desumano ou Degradante complementa a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos ao criar um sistema de visitas com o objetivo de impedir e erradicar o uso de tortura na Europa.

Para esse propósito, o Comitê Europeu para a Prevenção de Tortura e Punição ou Tratamento Desumano ou Degradante está autorizado tanto a fazer visitas periódicas aos Estados participantes em questão como a organizar aquelas outras visitas consideradas necessárias pelas circunstâncias.

4.5 O Pacto Geral para a Proteção de Minorias Nacionais, 1995

O Pacto Geral para a Proteção de Minorias Nacionais⁶⁰ foi adotado pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa in 1995, e entrou em vigor em 1º de fevereiro de 1998. Em 30 de abril de 2002 contava com 34 Estados participantes. Uma das características especiais do Pacto Geral é que, a convite do Comitê de Ministros, ele está aberto a assinaturas por Estados que não sejam membros do Conselho da Europa (art. 29). Este Pacto Geral é o primeiro instrumento multilateral legalmente vinculativo dedicado à proteção das minorias nacionais em geral e torna claro que a proteção dessas minorias “é parte integrante da proteção internacional de direitos humanos, e como tal se classifica no escopo de cooperação internacional” (art. 1).⁶¹

O Pacto Geral apresenta, contudo, “em sua maior parte disposições do tipo programa”, porque, como o termo “Geral” indica, “os princípios contidos no instrumento não se aplicam diretamente nas ordens legais domésticas dos Estados Membros, mas terão que ser implementadas através da legislação nacional e políticas governamentais apropriadas”.⁶² O Pacto estabelece também que “toda pessoa que pertença a uma minoria nacional tem o direito de livremente escolher ser tratada ou não como tal”, sem sofrer qualquer desvantagem devido a essa escolha” (art. 3(1)).

4.5.1 Os compromissos dos Estados participantes

Os compromissos dos Estados participantes vis-à-vis as minorias nacionais são definidos na Seção II do Pacto Geral e cobrem uma séria de questões importantes, tais como, em especial:

⁶⁰ ETS no.: 157.

⁶¹ Ver *Introduction to the Framework Convention for the Protection of National Minorities*, <http://www.humanrights.coe.int/Minorities/Eng/FrameworkConvention/FCNMIntro.htm>, p. 1.

⁶² *Ibid.*, loc. cit.

- o direito de igualdade perante a lei, proteção igual pela lei e a promoção de igualdade plena e eficiente em várias áreas – art. 4;
- promoção de condições necessárias para a manutenção e desenvolvimento da cultura e preservação dos elementos essenciais da identidade de minorias nacionais – art. 5;
- o incentivo da tolerância e diálogo intercultural e a proteção de pessoas que possam estar sujeitas a ameaças ou atos de discriminação – art. 6;
- as liberdades de se reunir em assembléia pacificamente, de associação, expressão, pensamento, consciência e religião; o direito de manifestar crenças e estabelecer instituições religiosas – arts. 7-8;
- o direito de liberdade de expressão, inclusive o direito de acesso aos meios de comunicação – art. 9;
- liberdades de idiomas, como o direito de usar idioma da própria minoria em particular e em público e, na medida em que possível, também perante autoridades administrativas; “o direito de ser informado imediatamente, em idioma que possa compreender, das razões de sua detenção, e da natureza e causa de qualquer acusação contra sua pessoa e de se defender em seu idioma, se necessário com a assistência gratuita de um intérprete” – art. 10;
- os direitos a um nome no idioma da própria minoria e de exibir sinais de natureza particular visíveis ao público – art. 11;
- educação: promoção de conhecimento da cultura, história, idioma e religião das minorias e da maioria nacionais, o direito de estabelecer e dirigir instituições educacionais – arts. 12-13;
- o direito de aprender o idioma da própria minoria – art. 14;
- a participação efetiva de pessoas que pertençam a minorias nacionais na vida cultural, social e econômica assim como nas questões públicas – art. 15;
- proibição de assimilação forçada nesses Estados “se absterão de medidas que alterem as proporções da população em áreas habitadas por pessoas que pertençam a minorias nacionais e que tenham por objetivo restringir os direitos e liberdades que fluem dos princípios consagrados no ... Pacto” – art. 16;
- o direito de manter “contatos livres e pacíficos além das fronteiras com pessoas que se encontram legalmente em outros Estados” e o direito de participar de atividades das ONGs, tanto local como internacionalmente – art. 17.

4.5.2 Limitações permitidas sobre o exercício de direitos

“Quando necessário”, os Estados participantes têm permissão para recorrer apenas “àquelas limitações, restrições ou desvios que estão previstos em instrumentos jurídicos internacionais” e, em especial, na Convenção Européia sobre Direitos Humanos,

e apenas “na medida em que sejam pertinentes aos direitos e liberdades que defluem de tais princípios” (art. 19). Em outras palavras, os termos do Pacto Geral não podem ser interpretados como acrescentando mais uma base legal para impor limitações sobre o exercício de direitos, ou recorrer a desvios mais amplos que aqueles já permitidos, por exemplo, pelo artigo 15 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos e artigo 4 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

4.5.3 O mecanismo de implementação

O Comitê de Ministros do Conselho da Europa tem a tarefa de monitorar a implementação do Pacto Geral pelos Estados Contratantes (art. 24). Ao levar avante esta tarefa, o Comitê de Ministros “receberá a assistência de um comitê consultivo, cujos membros terão reconhecido conhecimento especializado no campo da proteção de minorias nacionais” (art. 26). O monitoramento tem por base um procedimento de apresentação de relatórios que se exige que o Estado Contratante apresente no prazo de um ano após a entrada em vigor da Convenção a esse respeito, “informações completas sobre as medidas legislativas e outras para dar efeito aos princípios estabelecidos” na Convenção, e depois disso, sempre que o Comitê de Ministros assim solicitar, “quaisquer outras informações pertinentes à respectiva implementação” (art. 25).⁶³

O Pacto Geral para a Proteção de Minorias Nacionais é o primeiro tratado internacional legalmente vinculativo com o objetivo de proteger as minorias nacionais.

Esta Convenção apresenta compromissos vis-à-vis as minorias nacionais em áreas como, por exemplo, o direito de igualdade perante a lei, liberdade de expressão, liberdade de religião, liberdade de associação e de se reunir em assembléia, liberdades lingüísticas, educação, promoção de cultura e identidade nacional e o incentivo da tolerância e diálogo intercultural.

5. Observações finais

⁶³ Para mais detalhes sobre o procedimento de monitoramento, ver “Normas sobre os ajustes de monitoramento nos termos dos artigos 24 a 26 da Convenção Estrutural para a Proteção de Minorias Nacionais”, Resolução (97)10, adotada pelo Comitê de Ministros em 17 de setembro de 1997; para o texto ver o web site do Conselho Europeu: <http://www.coe.int/>.

Este Capítulo apresentou algumas informações básicas sobre os direitos protegidos pelos principais tratados na África, Américas e Europa, e ofereceu também uma introdução geral aos mecanismos regionais de monitoramento. Esses tratados contribuíram para importantes mudanças nas leis de muitos países e, em vista do grande número de Estados que ratificaram, concordaram ou aderiram a eles, tornaram-se também especialmente importantes para o trabalho de juízes, promotores e advogados, que podem aplicá-los no exercício de seus deveres profissionais. Muitas das disposições dos tratados gerais foram amplamente interpretadas *inter alia* com relação à administração da justiça e tratamento de pessoas privadas de sua liberdade; e essa jurisprudência constitui importante fonte de informações e orientação para juízes e advogados.



..... **Capítulo 4**
A AUTONOMIA E A
IMPARCIALIDADE DE JUÍZES,
PROMOTORES E ADVOGADOS

Objetivos da Aprendizagem

- *Consolidar o conhecimento e o entendimento da importância da autonomia e imparcialidade do Judiciário, da autonomia e da imparcialidade dos promotores e da autonomia da profissão jurídica com a finalidade de assegurar a aplicação da lei e a efetiva proteção dos direitos fundamentais e liberdades da pessoa humana.*
- *Familiarizar os participantes com as normas internacionais e locais existentes e com os princípios que norteiam o funcionamento do Judiciário, promotores e advogados, incluindo a jurisprudência relevante...*

Perguntas

- *Como vocês, como juízes, promotores e advogados, entendem o papel do princípio da separação dos poderes?*
- *Como esse princípio é garantido em seu país?*
- *Como a autonomia e a imparcialidade do Judiciário e a autonomia dos advogados são garantidas no país onde você exerce a sua profissão?*
- *Você já vivenciou alguma dificuldade em exercer sua profissão de uma maneira independente e imparcial?*
- *Se sim, quais foram as dificuldades e como você lidou com elas?*
- *Mais especificamente, vocês como juízes, promotores e advogados já foram constrangidos com tentativas de corrupção?*
- *Se sim, como você lidou com tais tentativas?*
- *Para as participantes juristas mulheres, você, no exercício de sua profissão já vivenciou quaisquer problemas, dificuldades ou assédios específicos pelo fato de ser mulher?*
- *Se sim, como você enfrentou tais problemas, dificuldades ou assédios?*
- *Se você teve que lidar com qualquer das situações acima mencionadas, você sabia da existência dos padrões legais internacionais direcionados ao fortalecimento do papel do Judiciário e das profissões jurídicas em geral, que poderiam ter sido útil ao*

fortalecimento de sua posição em relação ao Executivo, Legislativo e outros grupos ou pessoas atuando com ou sem a conivência do Estado?

- *Finalmente, em seu país existe algum espaço para vocês, como juízes, tornar mais branda uma lei repressiva mediante sua interpretação?*

Principais Diplomas Legais

Instrumentos Universais

- Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos, 1966

- Princípios Básicos da Autonomia do Judiciário, 1985
- Diretrizes sobre a Função dos Promotores, 1990
- Princípios Básicos relativos à Função dos Advogados, 1990

Instrumentos Regionais

- Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, 1981
- Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969
- Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos, 1950

- Recomendação do Conselho da Europa N° R (94) 12 do Comitê dos Países Membros sobre autonomia, eficiência e papel dos juízes.¹

¹ Em adição a essas fontes legais obrigatórias e não-obrigatórias, padrões éticos têm sido adotados por associações profissionais, tais como associações de juízes, promotores públicos e advogados. Tais padrões podem ser um guia útil para as profissões jurídicas. Ver por exemplo os seguintes padrões adotados pela Associação Internacional de Advogados [International Bar Association – IBA]: IBA Minimum Standards of Judicial Independence, 1982; IBA Standards for the Independence of the Legal Profession, 1990. Ver também a declaração da Associação Internacional de Advogados IBA General Principles for Ethics of Lawyers, IBA Resolution on Non-Discrimination in Legal Practice, assim como o documento da Associação Internacional de Advogados IBA *Judicial Corruption Identification, Prevention and Cure* de 14 de Abril de 2000. Esses documentos podem ser encontrados no web site da Associação Internacional de Advogados: <http://www.ibanet.org>.

1. Introdução

Este capítulo tratará de dois pilares fundamentais de uma sociedade democrática que respeita as regras da lei e a efetiva proteção dos direitos humanos, quais sejam **a autonomia e a imparcialidade do Judiciário e promotores e a autonomia dos advogados**. Primeiro será descrito o papel dos juízes, promotores e advogados dentro deste contexto, e posteriormente focaremos nas várias limitações legais e nas ameaças de fato em relação às habilidades de juízes, promotores e advogados em exercerem suas responsabilidades profissionais de uma forma independente e imparcial. Finalmente, este capítulo analisará os padrões legais internacionais existentes relativos ao exercício das profissões jurídicas e as jurisprudências relevantes selecionadas.

2. O papel de juízes, promotores e advogados em sustentar o direito, incluindo os padrões dos direitos humanos

No Estado constitucional moderno, o princípio da autonomia do Judiciário possui sua origem na teoria da **separação dos poderes**, na qual o Executivo, o Legislativo e o Judiciário formam três partes separadas do governo, formando um sistema de balança e fiscalização mútua, que visa a prevenção de abusos de poder em detrimento de uma sociedade livre. Essa autonomia significa que tanto o Judiciário, como uma instituição, quanto os juízes, ao decidirem os casos específicos, devem poder exercer suas responsabilidades profissionais sem a influência do Executivo, do Legislativo ou qualquer outra fonte imprópria.

Somente um Judiciário autônomo pode promover a justiça **de forma imparcial** e baseada na lei, protegendo também os direitos humanos e as liberdades fundamentais do indivíduo. Para que esta tarefa essencial seja cumprida eficientemente, o povo deve ter confiança total na habilidade do Judiciário em exercer as suas funções de uma maneira autônoma e imparcial. Toda vez que esta confiança se desgasta, nem o Judiciário como uma instituição, nem os juízes individualmente conseguirão exercer completamente esta importante tarefa, ou pelo menos não serão facilmente **vistos** exercendo-a.

Conseqüentemente, o princípio da autonomia dos juízes não foi criado para o benefício dos próprios juízes, mas sim para proteger os seres humanos contra abusos de poder. Este princípio determina que os juízes não podem atuar de nenhuma forma arbitrária, decidindo os casos conforme suas preferências pessoais, mas que **seu dever é, e continuará sendo, a aplicação da lei**. No campo de proteção aos indivíduos, isso também significa que os juízes possuem a responsabilidade de aplicar, quando pertinente, as leis locais e internacionais sobre os direitos humanos.

Um ordenamento jurídico baseado no respeito à lei também precisa de uma promotoria forte, autônoma e imparcial, disposta a investigar e denunciar crimes suspeitos cometidos contra seres humanos, mesmo quando estes crimes são cometidos por pessoas no exercício do dever legal.

A não ser que os juízes e promotores cumpram completamente suas funções fundamentais em manter a justiça na sociedade, existe um sério risco de que a cultura da impunidade se enraíze, aumentando, desta forma, a distância entre a população em geral e suas autoridades. Se as pessoas encontrarem problemas em conseguir justiça para si mesmas, podem ser levadas a fazer justiça com as próprias mãos, resultando em mais deterioração na administração da justiça e, possivelmente, novas explosões de violência.²

Finalmente, este sistema legal não seria completo sem advogados independentes que possam exercer seu trabalho livremente e sem medo de retaliações. Realmente, advogados independentes exercem, **a todo tempo**, um papel fundamental na defesa dos direitos humanos e liberdades fundamentais, papel este que, juntamente com o papel exercido por juízes e promotores independentes e imparciais, é indispensável para assegurar que o estado de direito prevaleça e que os direitos individuais sejam protegidos de forma efetiva.

Neste sentido, foi apontado que todos os relatores especiais da Comissão dos Direitos Humanos das Organizações das Nações Unidas enfatizaram a relação próxima existente entre o maior ou menor respeito pelo devido processo legal, garantias do artigo 10 da Declaração Universal do Direitos Humanos, e a maior ou menor gravidade das violações estabelecidas.³ Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são, em outras palavras, “tão melhor protegidos à medida que o Judiciário e as profissões jurídicas estejam protegidos contra interferências e pressões.”⁴

² Ver por exemplo doc. ONU E/CN.4/2000/3, *Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, parágrafo 87.

³ Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1993/25, *Report on the independence of the judiciary and the protection of practising lawyers*, parágrafo 1.

⁴ *Idem*, loc. cit

3. Desafios quanto a autonomia e imparcialidade das profissões jurídicas

Independente da necessidade de juízes, promotores e advogados exercerem suas responsabilidades profissionais em verdadeira independência, a experiência mostra que eles estão freqüentemente sujeitos as pressões de diversos tipos direcionadas a comprometer suas habilidades em exercer suas profissões de uma forma verdadeiramente independente.

Por exemplo, apesar da forma como os juízes são nomeados variar de país para país, talvez possa haver um perigo em relação à sua autonomia quando são nomeados exclusivamente pelo Executivo ou Legislativo, ou mesmo quando são eleitos. Uma maior ameaça à sua autonomia caracteriza-se pela falta de estabilidade, como acontece nos países onde os juízes são geralmente empregados por contratos temporários. Tais instabilidades podem fazer os juízes mais suscetíveis a inapropriadas pressões externas. Remuneração inadequada também pode constituir uma ameaça à autonomia dos juízes no sentido de que podem ficar mais receptíveis à corrupção.

Além do mais, a autonomia de juízes, promotores e advogados é freqüentemente ameaçada pela recusa do Executivo em permitir que eles se organizem em sindicatos. Por exemplo, nos lugares onde o Executivo emite licenças para os advogados e os obriga a exercer suas profissões como membros de organizações administradas pelo Estado, eles não conseguem exercer suas profissões livremente.

No entanto, juízes, promotores e advogados também estão freqüentemente sujeitos a outros tipos de perseguição. Tais atos podem envolver críticas públicas feitas pelo Executivo ou Legislativo com a finalidade de intimidar as profissões jurídicas, mas também muitas vezes tais atos se apresentam sob a forma de prisões arbitrárias e ameaças diretas às suas vidas, incluindo morte e desaparecimentos.⁵ Em alguns países, o fato de ser uma advogada mulher aumenta ainda mais a precariedade da profissão. Por causa das suas vontades em defender casos que envolvam a matéria delicada dos direitos da mulher, essas advogadas enfrentam intimidação e violência, muitas vezes resultando em morte.

⁵ Ver por exemplo doc. ONU E/CN.4/2000/61, *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*, 74 páginas; e *Attacks on Justice – The Harassment and Persecution of Judges and Lawyers* (Centro para a Independência de Juízes e Advogados (CIJL), Genebra), 10a. Edição, Janeiro 1999-Fevereiro 2000, 499 páginas.

As ameaças e ataques acima descritos não são apenas feitas por autoridades governamentais mas são frequentemente realizadas por particulares, independentemente ou em conjunto com outros grupos como organizações criminosas e cartéis de drogas.

Fica claro que, a não ser que os juízes, promotores e advogados sejam permitidos a exercerem seus deveres livremente, independentemente e imparcialmente, e, a não ser que o Executivo e o Legislativo também estejam preparados a garantir essa autonomia, a eficácia da lei será lentamente mas constantemente desgastada, e com ela a efetiva proteção dos direitos do indivíduo. Como se pode notar, toda a estrutura de uma democracia constitucional livre está apoiada na autonomia e imparcialidade do Judiciário, na autonomia e imparcialidade dos promotores e na autonomia dos advogados.

4. A lei internacional e a autonomia e imparcialidade do judiciário

4.1 Lei Internacional Aplicável

Todos os instrumentos universais e locais dos direitos humanos garantem o direito de um julgamento justo nos processos civis e criminais, perante um juízo ou tribunal autônomo e imparcial. O objetivo dessa seção é analisar o significado dos termos “autônomo” e “imparcial” no contexto dos casos de competência dos órgãos internacionais de monitoramento. Apesar da forma como esses tratados são interpretados não resolverem todos os problemas que surgem, em particular a noção de um Judiciário autônomo, eles fornecem um número de clarificações essenciais.

Entre os tratados mais importantes, o Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos determina em seu artigo 14(1) que “todas as pessoas são iguais perante os tribunais” e mais, que **“toda pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, autônomo e imparcial, estabelecido por lei**, na determinação dos fundamentos de qualquer acusação de caráter penal contra ela formulada ou para a determinação dos seus direitos ou obrigações de caráter civil” (grifo nosso). O Comitê dos Direitos Humanos tem determinado de forma inequívoca que “o direito de ser julgado por um tribunal autônomo e imparcial é um direito **absoluto, ao qual não cabe exceção**”.⁶ É, portanto, um direito que é aplicável em todas as circunstâncias e perante todos os tribunais, sejam eles ordinários ou especiais.

⁶Communication No. 263/1987, *M. Gonzalez del Río v. Peru* (posição adotada em 28 de Outubro de 1992), no doc. ONU GAOR, A/48/40 (vol. II), página 20, parágrafo 5.2; grifo nosso

Em segundo lugar, o artigo 7º(1) da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos determina que “toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada” e que esse direito compreende, principalmente “(b) o direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por **um tribunal competente**”, bem como “(d) o direito de ser julgado em um prazo razoável por um tribunal imparcial”(grifo nosso). Além do mais, conforme o artigo 26 da Carta, os Estados Partes “têm o dever de garantir a autonomia dos tribunais”. É a interpretação da Comissão Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos que o artigo 7º “deverá ser considerado **irrevogável**” uma vez que proporciona a “**mínima** proteção aos cidadãos”.⁷

Em terceiro lugar, o artigo 8º(1) da Convenção Americana de Direitos Humanos determina que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, **por um juiz ou Tribunal competente, autônomo e imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (grifo nosso).

Por último, o artigo 6º(1) da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos determina que “na determinação de seus direitos civis e obrigações, ou de qualquer acusação criminal contra ela, qualquer pessoa tem o direito a uma audiência pública e justa, num período de tempo razoável, **por um tribunal autônomo e imparcial**, estabelecido por lei”. (grifo nosso)

Apesar de alguns países talvez não terem ainda ratificado ou concordado com nenhum desses tratados de direitos humanos, eles ainda estão obrigados perante as regras costumeiras das leis internacionais, bem como perante os princípios legais gerais dos quais é geralmente considerado parte o princípio de um tribunal autônomo e imparcial. Eles também estão obrigados perante os princípios fundamentais determinados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que determina em seu artigo 10º que “toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal autônomo e imparcial, para determinação de seus direitos e deveres ou sobre qualquer acusação criminal contra ele”.

4.2 Princípios Básicos da Autonomia do Judiciário, 1985

Em 1985, o 7º Congresso da Organização das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente adotou os Princípios Básicos da Autonomia do Judiciário, o qual foi subseqüentemente e unanimemente endossado pela Assembléia Geral.⁸ Portanto, esses princípios podem ser descritos como declarações universais de

⁷ ACHPR, *Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project v. Nigeria*, Communication No. 218/98, decisão acolhida durante a 29a. Sessão Ordinária, de 23 de Abril a 7 de Maio de 2001, página 3 do texto publicado no web site <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/218-98.html>; grifo nosso.

⁸ Ver resoluções da Assembléia Geral 40/32 de 29 de Novembro de 1985 e 40/146 de 13 de Dezembro de 1985.

aceitação das visões sobre este assunto pelos Estados Membros da Organização das Nações Unidas, e têm se tornado um importante padrão na avaliação da autonomia do Judiciário no trabalho dos órgãos internacionais de monitoramento e organizações não governamentais (ONGs).

Esses princípios tratam sobre os seguintes assuntos: (i) autonomia do Judiciário; (ii) liberdade de expressão e associação; (iii) qualificação, seleção e treinamento; (iv) condições de serviço e estabilidade; (v) confidencialidade e imunidade profissional; e (vi) disciplina, suspensão e remoção. Sem querer tornar-se exaustivo, o presente capítulo tratará de alguns assuntos significativos relacionados com a autonomia e imparcialidade do Judiciário.

4.3 As Noções de Autonomia e Imparcialidade: Conexões e Diferenças Básicas

As noções de “autonomia” e “imparcialidade” são muito próximas, e, em algumas instâncias os órgãos de controle internacional as tem tratado conjuntamente. No entanto, cada uma possui seu significado e requisitos específicos, os quais serão explicados mais detalhadamente abaixo. Cabe indicar neste ponto que o conceito de “autonomia” é uma expressão de valor constitucional de autonomia judicial e, como determinado pela Suprema Corte do Canadá, no caso de *Valiente vs. a Rainha*, em uma passagem que expressa bem o entendimento geral da noção de autonomia do Judiciário, não apenas sob as leis constitucionais canadenses, mas também sob as leis internacionais de direitos humanos, a noção de que “conota não apenas o estado de espírito mas também o estado ou o relacionamento com outros – particularmente com a parte executiva do governo – que se apóia nas condições objetivas ou garantias”.⁹ Este estado ou relacionamento de autonomia do Judiciário “envolve relações tanto individuais como institucionais: a autonomia individual do juiz representada pela estabilidade, e a autonomia institucional dos tribunais representada nas relações institucionais e administrativas dos tribunais com as partes do Executivo e Legislativo do governo”.¹⁰

Em contraste, a Suprema Corte do Canadá descreveu o conceito de “imparcialidade” judicial referindo-se ao “estado de espírito ou atitude do tribunal em relação aos assuntos e as partes de um caso específico”.¹¹ Essa visão também foi confirmada em âmbito internacional onde, por exemplo, o Comitê de Direitos Humanos determinou que a noção de “imparcialidade” no artigo 14(1) “implica que os juízes não podem preconceber sobre as matérias colocadas perante eles, e que não devem agir de

⁹ Ver (1985) 2.S.C.R *Valiente v. The Queen* 673, a ser encontrado no web site http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1985/vol2/html/1985scr2_0673.html, na página 2

¹⁰ Idem, loc. cit.

¹¹ Idem.

maneira que promovam o interesse de uma das partes”.¹²Já a Corte Européia de Direitos Humanos considera que a noção de imparcialidade contém elementos **subjetivos** e **objetivos**: o tribunal não apenas precisa ser imparcial no sentido de que “nenhum membro do tribunal pode ter nenhum tipo de preconceito pessoal”, mas também precisa “ser imparcial sob um ponto de vista objetivo”, no sentido de que “deve oferecer garantias para excluir qualquer dúvida legítima referente à matéria”.¹³ Desse modo, o Tribunal Europeu adiciona ao elemento mais subjetivo de preconceito o aspecto da disponibilidade de **garantias**.

4.4. A Noção de Autonomia Institucional

A noção de autonomia institucional significa que o Judiciário deve ser independente das outras partes do governo, quais sejam o Executivo e o Parlamento. Conforme o Princípio 1 dos Princípios Básicos da Autonomia do Judiciário:

“A autonomia do Judiciário será garantida pelo Estado e assegurada pela Constituição ou pela legislação do país. Constitui dever de todos os organismos, oficiais ou não, o respeito e a observância da autonomia do Judiciário.”

Além do mais, de acordo com o Princípio 7 dos Princípios Básicos de Autonomia do Judiciário:

“É dever de cada Estado membro proporcionar os recursos adequados para permitir ao Judiciário o desempenho correto das suas funções.”

Para poder ser verdadeiramente assegurada a autonomia do Judiciário em relação às duas outras partes do governo, é necessário que esta autonomia seja garantida preferencialmente pela Constituição, ou no caso desta forma falhar, por outras previsões legais.

4.4.1 Autonomia em Relação a Aspectos Administrativos

Apesar da lei internacional não fornecer detalhes de como a autonomia institucional deve ser feita na prática, resta claro que no mínimo o Judiciário deve ser capaz de se auto administrar e resolver questões de sua parte operacional em geral. Isso inclui “a atribuição de casos a magistrados, no âmbito do tribunal ao qual pertencem”

¹²Communication No. 387/1989, *Arvo O. Karttunen v. Finland* (posição adotada em 23 de Outubro de 1992), no doc. ONU GAOR, A/48/40(vol. II), página 120, parágrafo 7.2.

¹³*Eur. Court HR, Case of Daktaras v. Lithuania, julgamento de 10 de Outubro de 2000*, parágrafo 30; para a íntegra ver o web site da Corte [Européia] :<http://echr.coe.int>.

uma matéria que, conforme determina o Princípio 14 dos Princípios Básicos, “constitui uma questão interna da administração judicial.”

4.4.2 Autonomia em Relação a Aspectos Financeiros

Baseado no Princípio 7 dos Princípios Básicos, o Judiciário deve ter garantido recursos suficientes para exercer propriamente as suas funções. Sem os recursos adequados, o Judiciário não apenas ficará inapto a exercer eficientemente suas funções, mas também poderá ficar vulnerável a pressões externas e corrupção. Além disso, deve haver um envolvimento lógico judicial quanto à preparação dos orçamentos dos Tribunais.

No entanto, quanto se trata de assuntos administrativos e financeiros, a autonomia muitas vezes pode não ser *total*, devido ao fato de as três partes do governo, apesar de a princípio serem independentes umas das outras, serem também, por natureza, dependentes umas das outras, por exemplo, quanto ao recebimento de verbas. Enquanto essa tensão inerente é provavelmente inevitável em um sistema baseado na separação dos poderes, é essencial que em situações que, por exemplo, o Parlamento controle o orçamento do Judiciário, este poder não seja usado para diminuir a eficiência do trabalho daquele.¹⁴

4.4.3 Autonomia em relação a Tomada de Decisões

De acordo com o Princípio 1 dos Princípios Básicos, as outras partes do governo, incluindo “outras instituições”, têm o dever de “respeitar e observar a autonomia do Judiciário”. **Isso significa, mais especificamente, que o Executivo, o Legislativo, bem como outras autoridades como a polícia, autoridades em prisões, autoridades educacionais e sociais, devem respeitar e se sujeitar às sentenças e decisões proferidas pelo Judiciário, mesmo quando não concordem com elas. Tal respeito pela autoridade judicial é indispensável para a manutenção do estado de direito, incluindo o respeito aos padrões dos direitos humanos, e todas as partes do Governo e todas as instituições Estatais possuem o dever de prevenir qualquer desgaste dessa autonomia de tomada de decisão do Judiciário.**

Essa condição de autonomia do Judiciário em relação à tomada de decisões é baseada no Princípio 4 dos Princípios Básicos que determina que:

“O processo judicial deverá correr livre de toda e qualquer interferência inapropriada ou injustificável, e as decisões judiciais dos tribunais não serão passíveis de revisão. Este princípio não afeta a revisão judicial, nem a mitigação ou

¹⁴Para uma discussão sobre esse e outros assuntos, com relação ao sistema nos Estados Unidos da América, ver *An Independent Judiciary, Report of the American Bar Association Commission on Separation of Powers e Judicial Independence*, publicado no web site: <http://www.abanet.org/govaffairs/judiciary/report.html>.

a comutação, pelas autoridades competentes, de sentenças impostas pelo Judiciário, de acordo com a lei.”¹⁵

Não é claro se anistias ou perdões do Executivo seriam contrárias ao Princípio 4, mas os Governos devem, em qualquer evento, sempre tomar cuidado ao valer-se de tais medidas, para que nenhuma dessas medidas de perdão subvertam a autonomia do Judiciário em tomar decisões, desta forma minando o estado de direito e o verdadeiro respeito aos padrões dos direitos humanos.

4.4.4 Competência Jurisdicional

De acordo com o Princípio 3 dos Princípios Básicos, o poder de autonomia do Judiciário em tomar decisões também compreende “jurisdição sobre todas as questões de natureza judicial e... autoridade exclusiva para decidir sobre a sua própria competência, conforme definida por lei, para julgar uma dada questão que lhe seja apresentada.”¹⁶

Esta **autoridade para decidir sobre a sua própria competência** é, na verdade, bem estabelecida tanto no âmbito nacional quanto internacional, e também pode ser verificada, por exemplo, no artigo 36(6) do Estatuto da Corte de Justiça Internacional e, referente ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no artigo 32(2) da Convenção Européia sobre a Proteção dos Direitos Humanos.

4.4.5 O Direito e o Dever de Assegurar o Devido Processo Legal e de Proferir Decisões Fundamentadas

Esse assunto será tratado na subseção 4.5.8 abaixo.

¹⁵ Recomendação No. R (94) 12 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre a autonomia, eficiência e papel dos juízes prevê que “decisões de juízes não devem ser objeto de qualquer revisão fora de procedimentos de apelação como previstos pela lei”(Princípio I.2.a.i.), e que “com exceção das decisões sobre anistia, perdão ou similar, o Governo ou a administração não devem ser capazes de tomar qualquer decisão que invalide decisões judiciais retroativamente” (Princípio I.2.a.iv.)

¹⁶ Recomendação No. R (94) 12 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa prevê que “nenhum outro órgão além das próprias cortes devem decidir sobre sua própria competência, como definido por lei” (Princípio I.2.a.iii).

A noção de autonomia do Judiciário significa principalmente que:

- o Judiciário deve ter uma **autonomia institucional**, devendo ser independente das outras partes do governo, quais sejam o Executivo e o Parlamento;
- o Judiciário deve ter autonomia quanto a **matérias internas relativas à administração judicial**, incluindo o **direcionamento dos casos aos juízes dentro de suas competências**;
- o Judiciário deve ter autonomia quanto a **matérias financeiras** e possuir recursos suficientes para exercer eficientemente suas funções;
- o Judiciário deve ter autonomia quanto a **tomada de decisões**: tanto o Governo como outras instituições têm o dever de respeitar e submeter-se às decisões proferidas pelo Judiciário;
- o Judiciário deve ter **competência jurisdicional**, o que significa a existência de autonomia judicial quanto a autoridade para decidir sobre a sua própria competência;
- o Judiciário possui o direito e o dever de assegurar o **devido processo legal** e proferir **decisões fundamentadas**.

4.5 A Noção da Autonomia Individual

Não é apenas o Judiciário, como uma parte do Governo, que deve ter autonomia em relação ao Executivo e ao Parlamento; os **juízes** também possuem o direito à autonomia para exercer suas obrigações profissionais. É claro que essa autonomia não significa que os juízes podem decidir os casos baseados nas suas próprias preferências e caprichos; isso significa, como será demonstrado abaixo, que **eles possuem tanto o direito quanto o dever de decidir os casos apresentados à eles conforme a lei, livres do medo de críticas pessoais ou represálias de qualquer tipo, mesmo nas situações onde eles estão obrigados a proferir decisões em casos difíceis e delicados**. Infelizmente, nem sempre os juízes são permitidos a exercer suas funções dentro do verdadeiro espírito de autonomia, mas em muitos países eles sofrem uma indevida pressão advinda de críticas pessoais inapropriadas, e transferências ou demissões até violentos e até mesmo ataques fatais.

A autonomia dos juízes deve ser assegurada de diversas formas, e a mais importante delas será descrita abaixo.

4.5.1 Nomeação

A lei internacional não fornece nenhum detalhe sobre *como* os juízes devem ser nomeados, e os Princípios Básicos são neutros em relação à nomeação ou eleição de juízes. No entanto, de acordo com o Princípio 10 dos Princípios Básicos:

“As pessoas selecionadas para exercer o ofício judicial devem ser indivíduos íntegros e capazes, com a devida formação e qualificação em Direito. Todo e qualquer método de seleção judicial deverá incluir salvaguardas contra nomeações para funções judiciais por motivos impróprios. Na seleção de juízes não será feita discriminação contra indivíduos por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou condição social, excetuado o requisito de que o candidato ao desempenho de funções judiciais seja cidadão do país em questão, requisito este que não será considerado discriminatório.”

Este Princípio significa que, independentemente do método para a seleção dos juízes, a qualificação profissional e a integridade pessoal dos candidatos devem constituir o único critério para seleção. Conseqüentemente, os juízes não podem ser licitamente nomeados ou eleitos por causa de suas visões políticas ou porque, por exemplo, eles crêem em determinada religião. Tais nomeações diminuiriam seriamente a autonomia tanto dos juízes quanto do Judiciário, desta forma diminuindo também a confiança do povo na administração da justiça.

A Comissão dos Direitos Humanos expressou a sua preocupação “que tanto na aparência quanto na prática”, o Judiciário no Sudão “não era verdadeiramente autônomo,... uma vez que os juízes estão sujeitos a pressões através da autoridade supervisora designada pelo Governo, e que muitos poucos não Muçulmanos ou mulheres ocupam cargos judiciais em todos os níveis”.

Conseqüentemente, a Comissão recomendou que “medidas deviam ser tomadas para aumentara autonomia e a competência técnica do Judiciário, incluindo a nomeação de juízes qualificados entre mulheres e membros das minorias.”¹⁷ A Comissão dos Direitos Humanos também recomendou para a Bolívia que “a nomeação de juízes deveria ser baseada nas suas competências, e não nas suas filiações políticas”.¹⁸

¹⁷ Doc. ONU GAOR, A/53/40 (vol. I), parágrafo 132.

¹⁸ Doc. ONU GAOR, A/52/40 (vol. I), parágrafo 224.

Com respeito à Zâmbia, a Comissão dos Direitos Humanos expressou sua preocupação sobre “as propostas feitas pela Comissão de Revisão Constitucional quanto à nomeação de juízes já aposentados para a Suprema Corte e a remoção dos juízes da Suprema Corte, ambas feitas pelo Presidente, sujeitas apenas à ratificação da Assembléia Nacional, sem qualquer tipo de questionamento e investigação por parte de um tribunal autônomo”. A Comissão concluiu que tais propostas eram “incompatíveis com a autonomia do Judiciário e contra o artigo 14 do Pacto”.¹⁹

Conseqüentemente, o artigo 14 do Pacto não está sendo obedecido nos casos em que os juízes são nomeados ou destituídos pelo Presidente sem que essas decisões tenham sido tomadas após a consulta a alguma autoridade legal autônoma, mesmo quando a decisão do Presidente deve ser ratificada pelo Parlamento.

Da mesma forma em relação à Eslováquia, a Comissão apontou com preocupação que as regras vigentes que “determinam a nomeação de juízes pelo Governo com a aprovação do Parlamento podem ter efeitos negativos quanto à autonomia do Judiciário”; recomendou que “medidas específicas fossem tomadas como uma prioridade, garantindo a autonomia do Judiciário e a proteção dos juízes contra qualquer forma de influência política, através da adoção de leis que regulassem a nomeação, remuneração, estabilidade, demissão e disciplina dos membros do Judiciário”.²⁰

Já quanto à República do Congo, a Comissão expressou sua “preocupação nos ataques contra a autonomia do Judiciário em violação ao” artigo 14(1), e salientou o fato de que tal autonomia estava “limitada devido a falta de qualquer espécie de mecanismo responsável pelo recrutamento e disciplina dos juízes, e devido as diversas pressões e influências, incluindo aquelas feitas pelo Executivo, as quais os juízes estavam sujeitos”.²¹ Desta forma, ela recomendou ao Estado que ele deveria “tomar medidas apropriadas para garantir a autonomia do Judiciário, em particular corrigindo as regras quanto à composição e operação do Supremo Conselho de Justiça e seu efetivo estabelecimento”.²²

A nomeação de juízes deve, em outras palavras, constituir por si mesma um fator forte para a autonomia, e não pode ser deixada a critério exclusivo do Executivo e do Judiciário.

A questão de “falta de total autonomia do Judiciário” também surgiu no Kirguistão, onde a Comissão apontou em particular “que o procedimento de certificação aplicável aos juízes, os requisitos de reavaliação a cada sete anos, os baixos salários e a incerteza quanto à estabilidade poderiam levar à corrupção e à propina.”²³

¹⁹ Doc. ONU GAOR, A/51/40, parágrafo 202.

²⁰ Doc. ONU GAOR, A/52/40 (vol. II), parágrafo 379.

²¹ Doc. ONU GAOR, A/55/40 (vol. I), parágrafo 279.

²² Idem, parágrafo 280.

²³ Idem, parágrafo 280.

Já quanto à eleição de certos juízes nos Estados Unidos da América, a Comissão dos Direitos Humanos apontou a sua “preocupação quanto ao impacto que o atual sistema de eleição de juízes poderia, em alguns Estados, causar na implementação dos direitos” garantidos pelo artigo 14, e saudou “o empenho de alguns Estados na adoção do sistema de eleição por mérito”. A Comissão também recomendou que o sistema de nomeação de juízes através de eleição fosse reconsiderado com o propósito de ser substituído pelo sistema de nomeação por mérito a ser feito por um membro autônomo.”²⁴

Conseqüentemente, a eleição de juízes não parece ser compatível com a idéia de autonomia como entendido no artigo 14.²⁵

Em relação ao Tribunal Militar Especial da Nigéria, a Comissão Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos sustenta que “a seleção de oficiais militares na ativa, sem qualquer conhecimento da lei como membros do Tribunal” vai contra o Princípio 10 dos Princípios Básicos em relação à autonomia do Judiciário.²⁶

Já quanto à Convenção Européia sobre a Proteção dos Direitos Humanos, a Corte Européia de Direitos Humanos tem consistentemente sustentado que

“para se determinar se um tribunal pode ser considerado ‘autônomo’ conforme o artigo 6º §1º, deve ser analisada, entre outras coisas, a forma de nomeação de seus membros e o prazo

²⁴ Doc. ONU GAOR, A/50/40, parágrafos 288 e 301; grifo nosso.

²⁵ O Relator Especial da Organização das Nações Unidas sobre a autonomia dos juízes e advogados, tem enfatizado a importância em aderir ao *critério objetivo* contido no Princípio 10 dos Princípios Básicos das Organizações das Nações Unidas, em conexão com a eleição e indicação de juízes; ver por exemplo doc. ONU E/CN.4/2000/61/Add.1, *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges e lawyers, Addendum: Report on the mission to Guatemala*, parágrafos 60-64. Com relação aos riscos à autonomia dos juízes, apresentados pela eleição, e, em particular pela re-eleição dos mesmos, ver *The Rule of Law and Human Rights: Principles and Definitions* (Genebra, Comissão Internacional de Juristas, 1966), página 30, parágrafo 2. Referente ao uso de critério objetivo na seleção de juízes, ver também Princípio I.2.c da Recomendação do Conselho da Europa No. R (94) 12 sobre a autonomia, eficiência e papel dos juízes. Para informações gerais sobre os judiciários europeus, ver *Judicial Organization in Europe (2000)*, Strasbourg, Publicação do Conselho da Europa, 2000, 352 páginas.

²⁶ ACHPR, *Media Rights v. Nigeria, Communication No. 224/98, decisão adotada durante a 28ª.sessão, 28 de Outubro – 6 de Novembro de 2000*, parágrafo 60 no web site <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/224-98.html>.

de seus mandatos, a existência de proteção contra pressões e a questão de se se apresenta uma aparência autônoma”.²⁷

No caso de Lauko, a Corte sustentou que o direito do requerente a um julgamento justo e por um tribunal autônomo e imparcial, conforme o artigo 6º(1), fora violado. O requerente foi multado por cometer uma ofensa pequena. Esta decisão foi proferida por uma repartição local e a apelação rejeitada pela agência distrital. A Corte Constitucional da Eslováquia não pôde tratar do assunto, já que era uma ofensa pequena, que é de competência exclusiva das autoridades administrativas.²⁸ A Corte apontou que as repartições local e distrital foram “encarregadas de exercer a administração local do Estado sob o controle do Governo” e que a nomeação dos chefes dessas repartições era controlada pelo Executivo e seus funcionários, os quais tinham condição de empregados assalariados.²⁹ Portanto, “a forma de nomeação dos oficiais das repartições local e distrital, junto com a falta de quaisquer garantias contra pressões externas e a ausência de aparência autônoma, claramente mostrava que tais repartições [não poderiam] ser consideradas ‘independentes’ do Executivo conforme o entendimento do artigo 6º(1).³⁰ Apesar da Corte adicionar que não é inconsistente à Convenção “confiar a acusação e punição de ofensas menores às autoridades administrativas”, deve “ser enfatizado que a pessoa que foi acusada deve ter a oportunidade de recorrer da decisão proferida contra ele a um tribunal que ofereça as garantias estabelecidas no artigo 6º”.³¹

Já que no presente caso o acusado não pôde ter as decisões proferidas pelas repartições local e distrital analisadas por um tribunal autônomo e imparcial, seus direitos assegurados pelo artigo 6º(1) da Convenção foram violados.³²

No entanto, em algumas situações, as noções de autonomia e imparcialidade são muito próximas e, quando considerada a compatibilidade com o artigo 6º da Convenção Européia do Tribunal de Segurança Nacional da Turquia com as cortes marciais do Reino Unido, a Corte tem, conforme veremos na subseção 4.7 abaixo, analisado essas noções conjuntamente. Como descrito no caso da *Incal*, por exemplo, o que é de suma importância é se a maneira como o tribunal o julgou “infringiu o direito do acusado a um julgamento justo”:

²⁷ *Eur. Court HR, Case of Incal v. Turkey*, julgamento de 9 de Junho de 1998, *Relatórios 1998-IV*, página 1571, parágrafo 65.

²⁸ *Eur. Court HR, Case of Lauko v. Slovakia*, julgamento de 2 de Setembro de 1998, *Relatórios 1998-VI*, páginas 2497-2498, parágrafos 12-17.

²⁹ *Idem*, página 2506, parágrafo 64.

³⁰ *Idem*, loc. cit.

³¹ *Idem*, página 2507.

³² *Idem*, páginas 2506-2507, parágrafos 64-65. Entretanto, a Corte chegou a uma conclusão diferente no caso *Stallinger and Kuso*, onde membros experientes foram incluídos nos Conselhos de Reforma Agrária Regional e Superior com base em suas experiências sobre agronomia, engenharia florestal e agricultura: “a natureza adversa dos procedimentos perante os conselhos não foi afetada pela participação dos ‘funcionários públicos – peritos’”; por isso, não houve violação aos artigos 6(1) da Convenção; ver *Eur. Court HR, Case of Stallinger and Kuso v. Austria*, julgamento de 18 de Março de 1997, *Relatórios 1997-II*, página 677, parágrafo 37.

“Neste sentido, até aparências podem ter certa importância. O que está em jogo é a confiança que os tribunais, em uma sociedade democrática, passam ao povo e, acima de tudo, em relação aos processos criminais, ao acusado (...). Para se decidir se há uma razão legítima para temer que um tribunal específico não possui autonomia ou imparcialidade, o ponto de vista do acusado é importante mas não é decisivo. Decisivo é se as dúvidas do acusado podem ser objetivamente justificadas (...).”³³

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomendou que os Estados membros da Organização dos Estados Americanos

“tomassem as medidas necessárias para proteger a integridade e a autonomia dos membros do Judiciário no exercício de suas funções judiciais e, mais especificamente, quanto às violações dos direitos humanos; em particular, os juízes devem ser livres para decidir as matérias trazidas perante eles sem influência, induzimento, pressões, ameaças ou interferências, diretas ou indiretas, por qualquer motivo ou de qualquer parte”.³⁴

No caso da *Corte Constitucional*, o Tribunal Interamericano sustentou que a autonomia de qualquer juiz pressupõe um processo adequado de nomeação (“un adecuado proceso de nombramiento”), por um período determinado (“con una duración en el cargo”) e com garantias contra pressões externas (“con una garantía contra presiones externas”).³⁵

4.5.2 Estabilidade do cargo

Como indicado acima, a menos que os juízes tenham alguma estabilidade de longo tempo no cargo, existe um sério risco de que sua independência seja comprometida, já que eles poderão estar mais vulneráveis a influências inapropriadas ao proferir suas decisões. O Princípio 11 dos Princípios Básicos estabelece que

“O mandato dos juízes, sua independência, segurança, remuneração adequada, condições de serviço, benefícios recebidos pela

³³ Eur. Court HR, *Incal julgamento de 9 de Junho de 1998, Relatórios 1998-IV*, páginas 1572-1573, parágrafo 71.

³⁴ OAS [Organização dos Estados Americanos] doc. OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1996*, página 761.

³⁵ I-A Court HR, *Constitutional Court Case (Aguirre Roca, Rey Terry and Revorado Marsano v. Peru)*, julgamento de 31 de Janeiro de 2001, parágrafo 75 da versão em espanhol do julgamento, que pode ser encontrada no web site da Corte: http://www.corteidh.or.cr/serie_c/C_71_ESP.html.

aposentadoria e a idade de sua aposentadoria devem ser adequadamente assegurados por lei.”

O Princípio 12 especifica ainda que

“Juízes, sejam nomeados ou eleitos, devem ter o mandato garantido até a idade para sua aposentadoria compulsória ou o vencimento do mandato, quando tal existir.”³⁶

Conseqüentemente, poderia ser contrário aos Princípios 11 e 12 nomear ou eleger juízes sem a garantia de estabilidade no cargo definitiva ou por apenas um breve período.³⁷ ***É providenciando cargos permanentes a juízes que sua independência será maximizada, assim como o será a fé pública no Judiciário.***

Considerando a situação na Armênia, o Comitê de Direitos Humanos percebeu que a independência do Judiciário não estava sendo garantida por completo, observando, particularmente, que “a eleição dos juízes por voto popular por um mandato fixo máximo de seis anos não pode assegurar sua independência e imparcialidade”.³⁸

Em alguns países os juízes podem ser obrigados a passar por um processo de recertificação em intervalos certos de tempo, para que sejam autorizados a continuar os mandatos. Deparados com essa prática no Peru, o Comitê de Direitos Humanos percebeu “com preocupação que os juízes se aposentam com o término dos sete anos e requerem a recertificação para redesignação”. O Comitê considerou esta “uma prática que inclina-se a afetar a independência do Judiciário por negar a estabilidade do cargo”.³⁹ O comitê ainda recomendou ao Governo que “o requerimento para os juízes serem recertificados seja revisto e substituído por um sistema de mandatos estáveis e supervisão judiciária independente”.⁴⁰

A questão da revisão também estava sendo cogitada em relação à Lituânia, e o Comitê estava preocupado com o fato de que, apesar da existência de “novas providências direcionadas para garantir a independência do Judiciário, os juízes de Tribunais Distritais ainda tinham de passar por uma revisão pelo executivo após cinco anos de serviço, a fim de garantir mandato permanente”. Conseqüentemente, recomendase que “qualquer destes processos de revisão sejam relacionados apenas com a competência judicial, e sejam executados apenas por um grupo profissional independente”.⁴¹

³⁶ A Recomendação I.3 da Recomendação do Conselho da Europa No. R (94) 12 é idêntica ao Princípio 12.

³⁷ O Relator Especial sobre a autonomia de juízes e advogados tem sustentado que, enquanto “contratos por prazo determinado podem ser aceitáveis e não inconsistentes com o princípio de autonomia judiciária, um mandato de cinco anos é muito curto para gerar estabilidade”. Em sua opinião, “um mandato razoável poderia ser de 10 anos”; “doc. ONU E/CN.4/2000/61/Add.1, *Report on the Mission to Guatemala*, parágrafo 169(c).

³⁸ Doc. ONU GAOR, A/54/40 (vol. I), parágrafo 104.

³⁹ Doc. ONU GAOR, A/51/40, parágrafo 352.

⁴⁰ Idem, parágrafo 364.

⁴¹ Ver doc. ONU GAOR, A/53/40 (vol. 1), parágrafo 173.

Em decorrência disso, pela visão do Comitê de Direitos Humanos, a praxe de recertificação executiva ou revisão de juízes é contrária ao artigo 14 (1) do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos.

4.5.3 Segurança financeira

Os tratados internacionais e regionais não tratam expressamente sobre a questão da segurança financeira para o Judiciário e juízes, mas o Princípio 11 dos Princípios Básicos listados acima permitem que juízes possam ter remuneração e aposentadoria adequados.

A questão referente a uma remuneração adequada e justa é de extrema relevância, já que esta pode ajudar a atrair pessoas qualificadas aos tribunais e pode ainda tornar os juízes menos suscetíveis a cair em tentação da corrupção e política ou outras influências indevidas. Em alguns países os salários dos juízes são protegidos contra redução, apesar do fato que aumentos do pagamento possam depender do Executivo e Legislativo. Onde o Executivo e o Legislativo controlem o orçamento do Judiciário pode existir uma ameaça potencial à independência tardia.

No caso da *Manitoba Provincial Judges Assn. vs. Manitoba (Ministro da Justiça)*, a Corte Suprema do Canadá precisou decidir “se e como a garantia de independência judicial no parágrafo 11(d) da Carta de Direitos e Liberdades Canadense restringe a maneira próxima e longínqua sobre as quais os governos e legislaturas podem reduzir os salários dos juízes das Cortes Provinciais”.⁴² Como parte deste plano de redução do déficit orçamentário, a Província aprovou o Ato de Redução do Pagamento do Setor Público, através do qual foram reduzidos os salários dos juízes das Cortes Provinciais e outros pagamentos do erário público da província. Seguindo essas reduções de pagamento, diversas pessoas denunciadas desafiaram a constitucionalidade dos seus procedimentos na Corte Provincial, alegando que, por causa da redução salarial, a Corte teria perdido seu status de um Juízo independente e imparcial. A Corte Suprema concluiu que as reduções salariais “como parte de uma medida geral de economia pública era consistente com s. 11(d) da Carta”, na qual não havia “nenhuma evidência de que as reduções haviam sido introduzidas para influenciar ou manipular o Judiciário”.⁴³ O que constituiu uma violação da independência judiciária foi, contudo, a recusa do Governo de Manitoba em assinar uma recomendação conjunta ao Comitê de Remuneração Judicial, “a menos que os juízes concordassem em renunciar a suas disputas legais” da lei através da qual a redução salarial fora imposta. A Corte considerou que o Governo tinha, por meio disso, “instaurado pressão econômica sobre os juízes para que eles pudessem

⁴² (1997) 3 S.C.R. *Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Judges)* 3, no web site http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3_0003.html na página 5.

⁴³ Idem, página. 12.

conceder a constitucionalidade das mudanças salariais pretendidas”.⁴⁴ Sob este ângulo, “o componente da segurança da independência judiciária deve incluir proteção às habilidades dos juízes em desafiar a legislação que influam em suas próprias independências, livres da coerente preocupação de que o governo possa penalizá-los financeiramente por terem feito isso”.⁴⁵

4.5.4 Promoção

O Princípio 13 dos Princípios Básicos estipula que “promoção de juízes, onde quer que um sistema exista, deve ser baseada em critérios objetivos, em particular na habilidade, integridade e experiência”. Critérios impróprios não ligados aos méritos profissionais dos juízes não podem ser, deste modo, considerados para propósitos de promoção.⁴⁶ Tais fatores impróprios podem, por exemplo, incluir atitudes de discriminação baseadas em gênero, raça ou etnia.⁴⁷

4.5.5 Responsabilidade

Enquanto não há discordância quanto à necessidade de disciplina judiciária dentre os juízes, o questionamento surge sobre como decidir quais as possíveis sanções em caso de falta grave, quem deve decidir, e quais devem ser as sanções. É ainda imperativo que juízes não sejam sujeitos a ações disciplinares por causa de oposição ao mérito da causa ou casos decididos pelo juiz em questão.

Com relação a Belarus, o Comitê de Direitos Humanos preocupou-se “com relação à alegação de que dois juízes foram demitidos pelo Presidente...no mesmo plano do desencargo de suas funções judiciais eles falharam em impôr e recolher uma pena imposta pelo executivo”.⁴⁸ O Comitê estava também preocupado que o Conselho Supremo de Magistratura Cambojano “não era independente da influência do governo” e

⁴⁴ Idem, loc. cit. O Comitê de Remuneração Judicial foi um órgão criado pelo Ato da Corte Provincial, com o propósito de emitir relatórios sobre os salários dos juízes para o Legislativo.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ A Recomendação do Conselho da Europa No. R (94) 12 enfatiza que “todas as decisões concernentes à seleção e carreira dos juízes devem ser baseadas no critério objetivo” e que não somente a seleção de juízes, mas também a carreira dos mesmos “deve ser baseada em mérito, levando em consideração as qualificações, integridade, habilidade e eficiência”; além disso, decisões relativas à carreira dos juízes devem ser independentes tanto do Governo quando da administração (Princípio I.2.c.).

⁴⁷ Com relação à representação minoritária na profissão jurídica nos Estados Unidos da América, ver relatório da Comissão da Ordem dos Advogados dos Estados Unidos da América sobre Diversidade Ética e Racial na Profissão, intitulado *Miles to Go 2000: Progress of Minorities in the Legal Profession*. De acordo com esse relatório, representação minoritária na profissão jurídica é significativamente menor que na maioria de outras profissões. Embora seja mais dirigida a advogados, o relatório contém também uma subseção sobre o Judiciário, ver web site www.abanet.org/minorities.

⁴⁸ Doc. ONU GAOR, A/53/40 (vol. I), parágrafo 149.

que “ainda não estava preparado para lidar com as alegações de incompetência judiciária e comportamento anti-ético”. Voltando sua atenção, entre outras coisas, para o fato de que o Ministro da Justiça emitiu circulares nas quais obrigava os juízes, o Comitê recomendou que o Estado Parte “deveria tomar medidas urgentes para fortalecer o Judiciário e para garantir a sua independência, e para assegurar que todas as alegações de corrupção ou pressão imprópria sobre o Judiciário fossem analisadas de imediato”.⁴⁹

Portanto, pareceria claro que o Comitê de Direitos Humanos considerasse que aquele termo “independente” no artigo 14(1) da Convenção exigisse que comportamento profissional anti-ético fosse tratado por um órgão totalmente independente da influência governamental.

A matéria sobre disciplina, suspensão e destituição de juízes é também tratada nos Princípios 17-20 dos Princípios Básicos da Organização das Nações Unidas, que preceitua o seguinte:

“17. Uma acusação ou denúncia feita contra um juiz na sua esfera de atuação judicial e profissional deve ser processada prontamente e de maneira justa sob um procedimento apropriado. O juiz deve ter o direito a uma audiência justa. O exame da matéria no seu ponto inicial deve ser confidencial, a menos que seja requerida pelo juiz.

18. Juízes devem ser sujeitos a suspensão ou destituição apenas por razões de incapacidade ou comportamento que os deixe incapacitados a cumprir suas obrigações.

19. Todos os procedimentos disciplinares, de suspensão ou de remoção devem ser determinados de acordo com os padrões estabelecidos de conduta judicial.

20. Decisões em procedimentos disciplinares, de suspensão ou de remoção, devem ser sujeitos a uma revisão independente. Este princípio pode não ser aplicado as decisões da mais alta corte e àquelas do legislativo sobre impugnação ou procedimentos similares.”

É digno de nota, de qualquer maneira, que o Princípio 17 se refere apenas a “um procedimento apropriado” e que o Princípio 20 recomenda que decisões em procedimentos disciplinares e outros “*devem* ser sujeitos a uma revisão independente” (grifo nosso). Pode assim, parecer que a interpretação do artigo 14(1) do Pacto

⁴⁹ Doc. ONU GAOR, A/54/40 (vol. I), parágrafos 299-300.

Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos do Comitê de Direitos Humanos vai além dos Princípios Básicos a este respeito.⁵⁰

Em um caso contra Burkina Faso, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos teve que considerar a falha do Estado em não dar nenhuma razão legal para justificar a manutenção da punição imposta a dois magistrados. Os dois estavam entre um número de magistrados que haviam sido suspensos, removidos ou forçados a se aposentar em 1987. Muitas das pessoas afetadas por esta medida foram subsequenteemente recolocadas em virtude da anistia, enquanto muitos outros, incluídos os dois magistrados que foram tema do caso perante a Comissão, não foram recolocados.⁵¹ Na visão da Comissão, esta falha constituiu uma violação aos Princípios 18 e 19 dos Princípios Básicos da Autonomia do Judiciário.⁵² Perante a recusa da Suprema Corte em receber as denúncias dos dois magistrados por danos, apresentadas quinze anos antes, constituiu-se uma violação ao artigo 7(1)(d) da Carta Africana, que garante o direito a ser julgado em um decurso razoável de tempo por um Juízo ou tribunal independente.⁵³

O caso da *Corte Constitucional* tratado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos referente à impugnação e remoção final pelas decisões legislativas de 28 de Maio de 1997 dos três juízes da Corte Constitucional. Estas decisões foram uma consequência de um processo complexo que começou em 1992, quando o Presidente Fujimori dissolveu tanto o Congresso como a Corte de Garantias Constitucionais. Em 1996 a nova Corte Constitucional foi chamada para examinar a constitucionalidade de uma lei que interpretou o artigo 112 da Constituição Peruana com relação às re-eleições

⁵⁰ O Princípio VI da Recomendação do Conselho da Europa No. R (94) 12 também trata sobre o não cumprimento de responsabilidades e contravenções disciplinares, e, dependendo dos princípios legais vigentes e das tradições dos Estados, medidas disciplinares podem, entre outras coisas, incluir: 1) retirada de casos do juiz; 2) transferência do juiz para outras tarefas judiciais dentro da corte; 3) sanções econômicas, tais como redução salarial por um período de tempo; e 4) suspensão (Princípio VI.1.). Entretanto, “juízes [indicados] não devem ser afastados permanentemente de suas funções sem razões válidas até a aposentadoria compulsória”, razões estas que “deveriam ser definidas em termos precisos pela lei”. Essas razões poderiam inclusive ser “aplicadas em países onde o juiz é eleito por um período certo, ou podem estar ligadas à incapacidade na performance das funções judiciais, cometimento de ofensas criminais ou sérias infrações às regras disciplinares” (Princípio VI.2). Além disso, onde as medidas mencionadas nos Princípios VI.1 e 2 “precisam ser adotadas, Estados deveriam considerar estabelecer, por lei, um órgão competente especial que tenha como tarefa aplicar sanções e medidas disciplinares, onde eles não lidem com isso pela corte, e cujas decisões *devem* ser controladas por um órgão judiciário superior, ou que ele mesmo seja o órgão judiciário superior.” (grifo nosso). A lei deveria também “prover procedimentos apropriados para assegurar que juízes em questão tenham ao menos os requerimentos do processo legal [da Convenção Européia de Direitos Humanos], por exemplo que o caso deve ter uma audiência dentro de um prazo de tempo razoável e que eles devem ter o direito a responder a todas as acusações” (Princípio VI.3).

⁵¹ ACHPR, *Mouvement Burkinabé des Droits de l’Homme et des Peuples v. Burkina Faso*, Communication No. 204/97, decisão adotada durante a 29^a. Sessão Ordinária, 23 de Abril – 7 de Maio de 2001, parágrafo 38; para a íntegra ver <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/204-97.html>.

⁵² *Idem*, loc. cit.

⁵³ *Idem*, parágrafo 40.

presidenciais. Depois que cinco dos sete membros consideraram que a lei relevante era “não-aplicável”, embora eles não a tenham declarado inconstitucional, os juízes formadores da maioria foram supostamente sujeitos a uma campanha de pressão, intimidação e assédio.⁵⁴ Como apontado pela Corte InteraMericana, a remoção dos três juízes foi um resultado da aplicação de uma sanção pelo poder legislativo dentro de uma estrutura de um julgamento político (“juicio político”),⁵⁵ e a Corte concluiu unanimemente que os artigos 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos fora violada a respeito dos três juízes anteriores da corte constitucional.

De acordo com artigo 8 da Convenção, ocorreu a violação à medida em que os procedimentos do julgamento político a que foram submetidos os três juízes não asseguraram o direito às garantias processuais e, além disso, como neste caso específico o Legislativo não concordara com a condição necessária de autonomia e imparcialidade na condução dos julgamentos políticos dos juízes.⁵⁶ Sobre a *falta de imparcialidade*, foi, entre outras coisas, decorrência do fato de que alguns dos 40 membros do Congresso que endereçaram uma carta à Corte Constitucional, requerendo que a mesma decidisse sobre a questão da constitucionalidade da lei sobre as eleições presidenciais, subseqüentemente participaram das várias comissões e sub-comissões constituídas durante os procedimentos de impugnação. Além disso, alguns desses membros, participando da votação para a remoção dos juízes, foram de fato expressamente proibidos de fazê-lo com base nas Regras do Congresso.⁵⁷ Com relação à violação do *direito às garantias processuais*, os três juízes em foco não receberam informação adequada e completa sobre as penas impostas a eles e o acesso dos mesmos às evidências contra si próprios foi limitado. O tempo disponível a eles para a preparação de suas defesas também foi “extremamente curto” (“extremadamente corto”). Finalmente, eles não foram autorizados a interrogar as testemunhas cujo testemunho compunha a base da decisão dos membros do Congresso em iniciar os procedimentos de impugnação e de suas eventuais decisões para a remoção dos três juízes.⁵⁸

Sobre o direito à proteção judicial, declarado no artigo 25 da Convenção Americana, aquele também fora violado. Os três juízes iniciaram de fato suas ações de *amparo* contra as decisões de removê-los, ações estas que foram consideradas infundadas pela Corte Superior de Justiça em Lima; estas decisões foram subseqüentemente confirmadas pela Corte Constitucional.⁵⁹ De acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o fracasso dessas ações ocorreu “em decorrência de apreciações não estritamente jurídicas” (“se debe a apreciaciones no estrictamente jurídicas”). Foi

⁵⁴ I-A Court HR, *Constitutional Court Case, Competence, julgamento de 24 de Setembro de 1999*, no doc OAS [Organização dos Estados Americanos] OEA/Ser.L/V/III.47, doc. 6, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1999*, parágrafo 2 às páginas. 374-378.

⁵⁵ I-A Court HR, *Constitutional Court Case (Aguirre Roca, Rey Terry and Revorado Marsano v. Peru)*, julgamento de 31 de Janeiro de 2001, parágrafo 67 da versão em espanhol do julgamento que pode ser encontrada no web site da Corte: http://www.corteidh.or.cr/serie_c/C_71_ESP.html.

⁵⁶ Idem, parágrafo 84.

⁵⁷ Idem, parágrafo 78.

⁵⁸ Idem, parágrafo 83.

⁵⁹ Idem, parágrafos 97 e 56.27.

demonstrado, por exemplo, que os juízes da Corte Constitucional que apreciaram as ações de amparo foram os mesmos que participaram, ou estiveram de outro modo envolvidos, nos procedimentos do Congresso; conseqüentemente, a Corte Constitucional não se sujeitou aos critérios da Corte Interamericana ocorre relacionados com a *imparcialidade do juiz*. Assim, as ações iniciadas pelas alegadas vítimas foram incapazes de produzir seus resultados pretendidos e foram fadadas ao fracasso, como de fato ocorreu.⁶⁰

Resumindo, a afirmação geral que pode ser feita, sob a legislação internacional, é que se deve garantir a juízes, sujeitos a procedimentos disciplinares, o devido processo legal perante um órgão *competente, independente e imparcial* que deve ser – ou deve ser controlado por – uma autoridade independente do Executivo. No entanto, pareceria que, ao menos sob a Convenção Americana de Direitos Humanos, procedimentos disciplinares podem ser colocados contra juízes das cortes constitucionais pelo Legislativo, contanto que o órgão que determine as penas respeite estritamente os princípios da *independência e imparcialidade* e que os procedimentos relevantes concordem com o *direito à garantia do processo* declarado no artigo 8 da Convenção.

4.5.6 Liberdade de expressão e associação

Os direitos dos juízes à liberdade de expressão e associação são essenciais em uma sociedade democrática que respeite o Estado de Direito e os direitos humanos. Sendo livres para formar associações, juízes são melhor qualificados a defender sua independência e outros interesses profissionais.

O Princípio 8 dos Princípios Básicos determina que:

“De acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, membros do Judiciário são, assim como outros cidadãos, titulares de liberdade de expressão, crença, associação e reunião; conquanto que, entretanto, exercendo tais direitos, juízes devam sempre conduzir a si mesmos de forma a preservar a dignidade de suas funções e a imparcialidade e independência do Judiciário”.⁶¹

4.5.7 Treinamento e ensino

O treinamento e ensino contínuo dos juízes sobre a legislação nacional e internacional de direitos humanos é essencial, se se pretender que isto se torne uma

⁶⁰ Idem, parágrafo 96.

⁶¹ Um pouco mais laconicamente, a Recomendação do Conselho da Europa No. R (94) 12 provê no Princípio IV que juízes “deveriam ser livres para formar associações quais, tanto sozinhos como com qualquer outro órgão, tenham a tarefa de salvaguardar sua autonomia e proteger seus interesses”.

realidade significativa a nível interno. Sem tal treinamento, a implementação da legislação de direitos humanos continuará ilusória. O Comitê de Direitos Humanos enfatizou em diversas ocasiões a importância em proporcionar treinamento em legislação de direitos humanos para juízes, outras profissões jurídicas e policiais.⁶²

O Comitê recomendou ainda que a República do Congo deveria dar “atenção particular.....ao treinamento de juízes e ao sistema que administra seu recrutamento e disciplina, para que os liberte das pressões política, financeira e outras, assegure sua estabilidade do cargo e habilite-os a devolver justiça pronta e imparcialmente”; desta forma, convidaram o Estado Parte “a adotar medidas efetivas àquela finalidade e a tomar os passos adequados para assegurar que mais juízes recebam treinamento adequado”.⁶³

Enquanto programas educacionais como, por exemplo, “educação social contextualizada” deveriam se tornar obrigatórios para os juízes, e, caso sejam, em qual caminho juízes podem ser responsabilizados por negar participação, é, entretanto, um tema que teve os debates aumentados no Canadá.⁶⁴

O ponto importante a enfatizar a este respeito é que, em qualquer caso, o próprio Judiciário ou as associações independentes de juízes é que deve, no final das contas, ser responsável pela promoção da educação profissional e/ou o treinamento em questão (cf. Princípio 9 dos Princípios Básicos).

4.5.8 O direito e dever de assegurar procedimentos judiciais justos e prolatar decisões fundamentadas

A independência de um tribunal é indispensável para procedimentos judiciais justos, sejam eles criminais ou civis. Conforme prescrito no Princípio 6 dos Princípios Básicos:

“O princípio da independência do Judiciário autoriza e requer o Judiciário a assegurar que os procedimentos judiciais sejam conduzidos de maneira justa e que os direitos das partes sejam respeitados.”

Como ficará claro nos capítulos seguintes, e em particular no Capítulo 7, no *Direito a um Julgamento Justo*, e Capítulo 16, referindo-se à *Administração da Justiça durante Estados de Emergência*, isso significa que juízes têm a obrigação de julgar os casos submetidos a eles de acordo com a lei, proteger direitos e liberdades individuais, e constantemente respeitar os variados direitos procedimentais que existem sob a legislação

⁶² Ver, com relação ao Líbia, doc. ONU GAOR, A/54/40 (vol. 1), parágrafo 134; e com relação ao Sudão, doc. ONU GAOR, A/53/40 (vol. I), parágrafo 132.

⁶³ Doc. ONU GAOR, A/55/40 (vol. I), parágrafo 280.

⁶⁴ Ver discurso proferido pelo Respeitável Antonio Lamer, P.C., Chefe de Justiça do Canadá, “*The Tension Between Judicial Accountability and Judicial Independence: A Canadian Perspective*” (Academia de Direito de Singapura, Conferência Anual de 1996), publicado no web site www.sal.org.sg/lect96.html, debate nas páginas. 8-9. Princípio V.3.g da Recomendação do Conselho da Europa “provê que juízes deveriam ter a responsabilidade de se submeter a qualquer treinamento necessário de forma a cumprir suas obrigações de uma forma apropriada e eficiente”.

nacional e internacional. Ademais, esta importante tarefa deve ser executada sem qualquer interferência inapropriada ou não garantida pelo processo judicial (Princípio 4 dos Princípios Básicos).

O Comitê de Direitos Humanos expressou preocupação de que o novo Judiciário no Camboja fosse susceptível a “suborno e pressão política” e que ele estava buscando “as opiniões do Ministro da Justiça sobre a interpretação das leis e que o Ministro emitisse circulares nas quais estivessem comprometendo juízes”. Conseqüentemente, foi recomendado que o Estado parte “devesse tomar medidas urgentes para fortalecer o Judiciário e garantir sua autonomia, e para assegurar que todas as acusações de corrupção ou pressão inadequada sobre o Judiciário fossem lidadas prontamente”.⁶⁵

É ainda inerente à noção de um tribunal competente, independente e imparcial que ele deva *fundamentar suas decisões*. Referindo-se ao artigo 6(1) da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos, a Corte Européia confirmou a esse respeito, no caso de *Higgins e Outros*, que esta obrigação “não pode ser entendida como uma requisição por uma resposta detalhada a toda argumentação”, mas que “a extensão deste encargo de dar razões adequadas pode variar de acordo com a natureza da decisão, e deve ser determinada à luz das circunstâncias do caso”.⁶⁶ Onde a Corte de Cassação falhou em seu julgamento de dar explicações expressas e específicas em uma denúncia que a Corte de Apelação não fora imparcial, a Corte encontrou uma violação ao artigo 6(1).⁶⁷

O Comitê de Direitos Humanos examinou inúmeros casos onde Cortes Jamaicanas falharam em proporcionar julgamentos fundamentados, nisso impedindo efetivamente os sentenciados a exercer seus direitos de apelar. Entretanto, antes de examinar este pleito dentro de uma estrutura de noção de independência e imparcialidade no artigo 14(1) da Convenção, o Comitê considerou isto sob o artigo 14(3)(c), que garante o direito a “ser julgado sem atrasos indevidos”, e artigo 14(5), que salvaguarda o direito à apelação em casos criminais.⁶⁸

⁶⁵ Doc. ONU. GAOR, A/54/40 (vol. I), parágrafo 299.

⁶⁶ Eur. Court HR, Case of Higgins and Others v. France, julgamento de 19 de Fevereiro de 1998, Relatórios 1998-I, página 60, parágrafo 42.

⁶⁷ Idem, página 61, parágrafo 43.

⁶⁸ Ver, por exemplo, o Comunicado No. 283/1988, A. *Little v. Jamaica* (posição adotada em 1º de Novembro de 1991, no doc. ONU GAOR, A/47/40, página 284, parágrafo 9 lida em conjunto com página 283, parágrafo 8.5 (violação do artigo 14(5) da Convenção, sem julgamento razoável realizado pela Corte de Apelação por mais de cinco anos depois de negada); e Comunicado No. 377/1988, A. *Currie v. Jamaica* (posição adotada em 29 de Março), no doc. ONU GAOR, A/49/49 (vol. II), página 77, parágrafo 13.5 (violação de ambos os artigos 14(3)(c) e (5) por falha da Corte de Apelação em emitir julgamento escrito treze anos depois da negativa à apelação).

A noção de independência do Judiciário significa também que

- *juízes devem gozar de **independência no desenvolvimento de seus encargos profissionais**; juízes têm um direito e uma obrigação de decidir casos incumbidos a eles de acordo com a lei, livres de interferências externas, incluindo a ameaça de represálias e críticas pessoais;*
- *juízes devem ser nomeados ou eleitos exclusivamente tomando por base suas **qualificações profissionais e integridade pessoal**;*
- *juízes devem gozar de **estabilidade do cargo**;*
- *juízes devem ser **remunerados adequadamente**;*
- *a **promoção de juízes** deve ser baseada em **fatores objetivos**;*
- *a questão da **responsabilidade dos juízes** por comportamento profissional anti-ético deve ser lidada por um órgão de total independência e imparcialidade assegurando o devido processo legal.*

4.6 A noção de imparcialidade

Como apontado previamente, o conceito de imparcialidade está intimamente ligado ao de independência e, algumas vezes, as duas noções são consideradas conjuntamente. A necessidade de imparcialidade está contida no artigo 14(1) do Pacto Internacional Sobre os Direitos Cíveis e Políticos, artigo 7(1) da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, artigo 8(1) da Convenção Americana de Direitos Humanos e artigo 6(1) da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos.

Princípio 2 dos Princípios Básicos também especifica que

“O Judiciário deve decidir as matérias a ele apresentadas de forma imparcial, baseado nos fatos e de acordo com a lei, sem nenhuma restrição, influências impróprias, induzimentos, pressões, ameaças ou interferências, diretas ou indiretas, de qualquer parte ou por qualquer razão.”

No caso de *Arvo O. Karttunen*, O Comitê de Direitos Humanos explicou que “a imparcialidade da corte e a publicidade dos procedimentos são importantes aspectos do direito ao julgamento justo” dentro do significado do artigo 14(1) da Convenção, somado à noção de imparcialidade “implica que os juízes não devem abrigar preconceções sobre

o assunto colocado a ele, e que eles não devem agir em caminhos que promovam os interesses de uma das partes”.⁶⁹ Especifica-se que, “quando as bases para desqualificação de um juiz são afirmadas pela lei, ela é incumbida perante o Juízo de considerar *ex officio* essas bases e de substituir membros da corte que estejam sob esses critérios de desqualificação....Um processo lesado pela participação de um juiz que, sob estatutos nacionais, deveria ter sido desqualificado, não pode ser considerado justo ou imparcial dentro do significado do artigo 14”.⁷⁰ Neste caso específico, a Corte Final de Apelação considerou, baseada apenas em evidências escritas, que a decisão da Corte Distrital “não fora influenciada pela presença do juiz leigo V. S., embora admitindo que V. S. manifestamente deveria ter sido desqualificado”.⁷¹ O juiz leigo fez algumas supostas observações impróprias durante o testemunho dado pela esposa do autor, observações estas que, admitidas pelo próprio Governo, “poderiam muito bem ter influenciado a obtenção de evidências e a matéria da decisão do Juízo”.⁷² O Comitê concluiu que, na ausência de procedimentos orais perante a Corte de Apelação, a qual fora o único modo de determinar “se a imperfeição do procedimento realmente afetou o veredicto da Corte Distrital”, houve uma violação ao artigo 14.⁷³

Conforme já enfatizado pelo Comitê de Direitos Humanos, *recorrendo a um juri*, o juiz presidente não deve dar instruções que sejam arbitrárias, equivalente à denegação da justiça, ou violar suas obrigações de imparcialidade.⁷⁴

No caso referente ao *Projeto de Direitos Constitucionais*, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos precisou, entre outras coisas, considerar a compatibilidade com o artigo 7(1)(d) da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos do Ato dos Distúrbios Civis (Tribunal Especial), sob os termos de que aquele tribunal deveria consistir em um juiz e quatro membros das forças armadas. Sob o ponto de vista da Comissão, o tribunal era “composto por pessoas pertencentes na maioria ao setor executivo do governo, o mesmo poder que aprovara o Ato de Distúrbios Civis”.⁷⁵ A Comissão então lembrou que o artigo 7(1)(d) da Carta “requer que a corte ou tribunal seja imparcial”, adicionando que, “desconsiderando as características dos membros

⁶⁹ Communication No. 387/1989, *Arvo O. Karttunen v. Finland* (posição adotada em 23 de Outubro de 1992), no doc. ONU GAOR, A/48/40 (vol. II), página 120, parágrafo 7.2.

⁷⁰ Idem., loc. cit.

⁷¹ Idem, página 120, parágrafo 7.3.

⁷² Idem, página 117, parágrafo 2.3 e página 119, parágrafo 6.3, lidos em conjunto.

⁷³ Idem, página 120, parágrafo 7.3.

⁷⁴ Communication No. 731/1996, *M. Robinson v. Jamaica* (posição adotada em 29 de Março de 2000), no doc. ONU GAOR, A/55/40 (vol. II), parágrafo 9.4 na página 128; nesse caso específico não havia evidência “para mostrar que as instruções do juiz no processo ou a condução do processo fora afetada por qualquer daqueles defeitos”.

⁷⁵ ACHPR, *Constitutional Rights Project v. Nigeria*, *Communication No. 87/93*, parágrafo 13; para a íntegra do julgamento, ver por exemplo o web site <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/87-93.html>. Ver também ACHPR, *International Pen, Constitutional Rights Project, Interights on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr. and Civil Liberties Organisation v. Nigeria*, *Communications Nos. 137/94, 139/94, 154/96 e 161/97*, *decisão de 1º de Outubro de 1998*, parágrafo 86; para a íntegra ver web site http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/137-94_139-94_154-96_161-97.html.

individuais de tais tribunais, sua composição sozinha cria a aparência, se não realmente a falta, de imparcialidade”. Conseqüentemente, houve uma violação da dita provisão neste caso.⁷⁶

De acordo com a condição de imparcialidade do artigo 6(1) da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos, a Corte Européia de Direitos Humanos tem determinado que esta possui duas exigências, uma subjetiva e outra objetiva. Em primeiro lugar “o tribunal necessita ser subjetivamente imparcial”, desse modo “nenhum membro do tribunal deverá ter qualquer preconceito ou tendência pessoal”, e esta “imparcialidade pessoal é presumida a menos que haja alguma evidência em contrário”.⁷⁷ Em segundo lugar, “o tribunal deverá manter a imparcialidade sob um ponto de vista objetivo”, desse modo “ele deverá dar garantias que eliminem qualquer dúvida legítima a esse respeito”.⁷⁸ Em se tratando do **teste objetivo**, o Juízo adicionou que deve ser determinado se há fatos apurados, que possam levantar dúvidas sobre a imparcialidade dos juízes, e que, portanto, “mesmo aparências podem ter certa importância”, porque “o que está em foco é a confiança que os Juízos em uma sociedade democrática devem inspirar ao público e acima de tudo às partes dos procedimentos em questão”.⁷⁹

Então, no caso de *Oberschlick*, a Corte Européia concluiu que o artigo 6(1) fora violado por falta de imparcialidade, uma vez que um juiz que participou da decisão anulando uma ordem recusando procedimentos criminais subseqüentemente tomou parte em uma audiência de uma apelação contra a condenação do requerente.⁸⁰ A possibilidade existe, não obstante, “que mesmo um alto ou o mais alto tribunal pode, em algumas circunstâncias, reparar uma violação inicial de uma das estipulações da Convenção”.⁸¹ Contudo, isto é apenas possível quando o controle subseqüente é exercido por um corpo Judiciário, detentor de “total jurisdição” e fornecendo as garantias previstas no artigo 6(1).⁸² Requisições que podem ter relevância para avaliara adequação da revisão, de um lado da lei, por exemplo, pode ser “a matéria subjetiva da decisão que foi apelada, a maneira que levou a decisão a chegar a tal ponto, e o conteúdo da disputa, incluindo a

⁷⁶ Idem, parágrafo 14.

⁷⁷ Eur. Court HR, *Case of Daktaras v. Lithuania*, julgamento de 10 de Outubro de 2000, parágrafo 30; grifo nosso.

⁷⁸ Idem, loc. cit.

⁷⁹ Idem, parágrafo 32.

⁸⁰ Eur. Court HR, *Case of Oberschlick v. Austria (1)*, julgamento de 23 de Maio de 1991, Series A, No. 204, página 13, parágrafo 16 e página 15 parágrafo 22. Para casos similares, ver também Eur. Court HR, *Case of Castillo Algar v. Spain*, julgamento de 28 de Outubro de 1998, Relatórios 1998-VIII, página 3124 e Eur. Court HR, *the Case of de Haan v. the Netherlands*, julgamento de 26 de Agosto de 1997, Relatórios 1997-IV, página 1379.

⁸¹ Eur. Court HR, *Case of de Haan v. the Netherlands*, julgamento de 26 de Agosto de 1997, Relatórios 1997-IV, página 1393, parágrafo 54.

⁸² Eur. Court HR, *Case of Kingsley v. the United Kingdom*, julgamento de 7 de Novembro de 2000, parágrafo 51; para a íntegra do julgamento, ver web site <http://www.echr.coe.int/>.

pretensão e as verdadeiras causas da apelação”.⁸³ Onde a alta corte não tiver plena jurisdição para realizar tal revisão, a Corte terá encontrado uma violação ao artigo 6(1).⁸⁴

No caso de *Daktaras*, a Corte concluiu que o artigo 6(1) fora violado porque as dúvidas do requerente quanto à imparcialidade da Suprema Corte da Lituânia “pode ter sido dita como **objetivamente** justificada”.⁸⁵ Neste caso, o Presidente da Divisão Criminal da Suprema Corte protocolou uma petição para cassação dos juízes daquela Divisão, por requerimento do juiz de primeira instância, que estava insatisfeito com o julgamento da Corte de Apelação. O Presidente propôs que a decisão apelada fosse anulada, mas o mesmo Presidente também nomeou o Juiz Relator e constituiu a câmara que estava examinando o caso. A petição de cassação do Presidente foi endossada **na audiência pelo promotor** e finalmente aceita pela Corte Suprema. Como o **teste subjetivo**, não havia evidência de **tendência pessoal** dos juízes da Suprema Corte,⁸⁶ mas, sob o **teste objetivo**, a conclusão foi diferente. Na visão da Corte, o parecer jurídico dado pelo Presidente ao submeter uma petição de cassação não pode ser considerada como neutra do ponto de vista das partes, pois, “recomendando que uma decisão em particular seja adotada ou anulada, [ele] necessariamente torna-se o aliado do réu ou seu oponente”.⁸⁷ A Corte Européia adicionou que, “quando o Presidente da Divisão Criminal não apenas dedica-se a um caso de acusação como também, somando-se as suas funções organizacionais e gerenciais, estrutura o Juízo, não pode ser dito que, sob um ponto de vista objetivo, há garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima sobre a ausência de uma pressão inadequada”. Ainda, o fato de que a intervenção Presidencial fora movida pelo juiz na primeira instância apenas agravou a situação.⁸⁸

A noção de imparcialidade é também aplicável aos **jurados**, e, no caso de *Sander*, a Corte Européia encontrou uma violação ao artigo 6(1) após um jurado ter feito observações e brincadeiras racistas e o subsequente encaminhamento do juiz ter falhado em dispersar a considerável impressão e medo de uma falta de imparcialidade. A Corte aceitou que, “apesar de que desagregar um júri pode nem sempre significar o alcance de um julgamento justo, existem certas circunstâncias onde isto é requerido pelo Artigo 6 § 1 da Convenção”.⁸⁹ Nesse caso específico, “o juiz se deparou com uma séria alegação de que o requerente se arriscou a ser condenado por causa de sua origem étnica”, e, ademais, “um dos jurados indiretamente admitiu ter feito comentários racistas”; dada “a importância **dedicada** por todos os Estados Contratantes à necessidade de combater o racismo”, a Corte considerou “que o juiz deveria ter agido de maneira mais robusta que meramente buscar vagas garantias de que os jurados poderiam deixar de lado seus

⁸³ Eur. Court HR, *Case of Bryan v. the United Kingdom*, julgamento de 22 de Novembro de 1995, Series A, No. 335-A, página 17, parágrafo 45.

⁸⁴ Eur. Court HR, *Kingsley v. the United Kingdom*, julgamento de 7 de Novembro de 2000, parágrafo 59.

⁸⁵ Eur. Court HR, *Case of Daktaras v. Lithuania*, julgamento de 10 de Outubro de 2000, parágrafo 38; grifo nosso.

⁸⁶ Idem, parágrafo 31.

⁸⁷ Idem, parágrafo 35.

⁸⁸ Idem, parágrafo 36.

⁸⁹ Eur. Court HR, *Case of Sander v. the United Kingdom*, julgamento de 9 de Maio de 2000, parágrafo 34; para a íntegra do julgamento, ver web site <http://www.echr.coe.int/>.

preconceitos e examinar o caso apenas pela evidência”.⁹⁰ Ela concluiu que, “tendo falhado nisso, o juiz não proveu garantias suficientes para excluir qualquer justificação objetiva ou dúvidas legitimadas pela imparcialidade do Juízo”, o qual não foi, conseqüentemente, “imparcial sob um ponto de vista objetivo”.⁹¹

Em um segundo caso referente a um jurado que alegadamente proferiu um insulto racista, a Corte também enfatizou que o artigo 6(1) da Convenção “impõe uma obrigação para todo o Juízo nacional para averiguar se, assim que constituído, é ‘um tribunal imparcial’ de acordo com o significado deste preceito... [onde] este é passado em um terreno que não parece imediatamente ser manifestamente sem mérito”.⁹² No caso de *Remli* o Juízo interessado não fez tal averiguação, e, conseqüentemente, o requerente foi privado “da possibilidade de reparação, se fosse provada necessária, uma situação contrária aos requisitos da Convenção”.⁹³

*A noção de **imparcialidade do Judiciário** é um aspecto essencial do direito a um julgamento justo. Isso significa que todos os juízes envolvidos devem atuar objetivamente e basear suas decisões em fatos relevantes e legislação aplicável, sem predisposições pessoais ou idéias pré-concebidas sobre o tema e pessoas envolvidas e sem promover os interesses de nenhuma das partes.*

4.7. Tribunais militares e outras cortes especiais

A criação, em situações especiais, de cortes militares e outras cortes de jurisdições especiais, tais como as Cortes de Segurança do Estado, é comum e muitas vezes tem como conseqüência o aumento de violações ao direito de julgamento dentro da lei. Enquanto os tratados internacionais examinados neste Manual não estabelecem nenhuma distinção expressa entre tribunais comuns e especiais, inclusive militares, o Comitê de Direitos Humanos deixou claro em seus Comentários Gerais nº. 13 que o previsto no artigo 14 da Convenção “aplica-se a todas as cortes e tribunais dentro do escopo daquele artigo, não importando se comuns ou especiais”.⁹⁴ Isso significa, por exemplo, que, da mesma maneira, tribunais militares ou outros tribunais especiais que processem civis devem se submeter à condição de independência e imparcialidade. O Comitê admitiu que este procedimento poderia gerar problemas, pois “muito freqüentemente, a razão para o

⁹⁰ Idem, loc. cit.

⁹¹ Idem. Para outros casos envolvendo noções de imparcialidade, ver por exemplo, *Eur. Court HR, Case of Diennet v. France, julgamento de 26 de Setembro de 1995, Series A, No. 325-A* (não violação); e os casos mencionados sob a seção que trata de “Tribunais Militares e Outras Cortes Especiais”

⁹² *Eur. Court HR, “Case of Remli v. France, julgamento de 30 de Março de 1996, Relatórios 1996-II*, página 574, parágrafo 48.

⁹³ Idem, loc. cit.

⁹⁴ *United Nations Compilation of General Comments*, página 123, parágrafo 4.

estabelecimento destas cortes é possibilitar que procedimentos excepcionais sejam aplicados, os quais não se conformam com os padrões normais de justiça”.⁹⁵ Ainda assim, “enquanto a Convenção não proíbe tais espécies de cortes, não obstante as condições que ela impõe indiquem claramente que o julgamento de civis por tais cortes deva ser realmente excepcional e acontecer sob condições que verdadeiramente assegurem todas as garantias estipuladas no artigo 14”.⁹⁶

No caso de *R. Espinoza de Polay*, o Comitê de Direitos Humanos expressou ainda seu ponto de vista de que nos tribunais especiais compostos de anônimos, chamados de “sem face”, juízes não são compatíveis com o prescrito no Artigo 14, pois eles “falham ao garantir o aspecto principal de um julgamento justo dentro do sentido do artigo 14, especificamente, “que o tribunal deve ser, e deve ter a aparência de ser independente e imparcial”.⁹⁷ Acrescenta que, “num sistema de julgamento por “juízes sem face”, nem a independência nem a imparcialidade dos juízes estão garantidas, pois o tribunal estabelecido dessa maneira pode ser composto de membros ativos das forças armadas.⁹⁸ O Comitê também criticou severamente o sistema de julgamento de civis por “juízes sem face” numa corte militar durante a consideração sobre os relatórios periódicos do Peru, pois era o mesmo corpo militar que aprisionava, acusava e julgava as pessoas acusadas de terrorismo, sem a existência de qualquer possibilidade de recurso a uma corte independente e imparcial mais alta.⁹⁹ O Comitê enfatizou que “julgamentos de pessoas não militares devem ser conduzidos em cortes civis perante um Judiciário independente e imparcial”.¹⁰⁰

O Comitê ainda expressou sua preocupação que o Governo da Nigéria “não havia anulado os decretos estabelecendo tribunais especiais ou aqueles revogando garantias normais constitucionais de direitos fundamentais, bem como sobre a jurisdição de cortes normais”.¹⁰¹ Enfatizou que “todos os decretos revogando ou limitando garantias de direitos ou liberdades fundamentais devem ser anulados”, e que, “todos os tribunais e cortes devem enquadrar-se nos procedimentos de julgamento justo e garantias de justiça prescritos no artigo 14 da Convenção.”¹⁰² Da mesma maneira, o Comitê notou, com preocupação, que cortes especiais no Iraque “podem sentenciar à morte”, apesar de que elas mesmas não fornecem todas as garantias processuais estabelecidas pelo artigo 14 da Convenção, em especial o direito de apelar”. Informou ao Estado Parte que, neste aspecto, que “Cortes exercendo jurisdição criminal não devem ser constituídas senão por juízes independentes e imparciais, em obediência ao artigo 14, parágrafo 1, da

⁹⁵ Idem, loc. cit.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Communication No. 577/1994, *R. Espinoza de Polay v. Peru* (posição adotada em 6 de Novembro de 1997), no doc. ONU GAOR, A/53/40 (vol. II), página 43, parágrafo 8.8.

⁹⁸ Idem, loc. cit. Na opinião do Comitê esse sistema também “falha em salvaguardar a presunção de inocência tal como garantida” artigo 14(2), idem. Ver também Comunicado No. 688/1996, *C. T. Arredondo v. Peru*, (posição adotada em 27 de Julho de 2000), no doc. ONU GAOR, A/55/40 (vol. II) página 60, parágrafo 10.5.

⁹⁹ Doc. ONU GAOR, A/51/40, página 62, parágrafo 350; ver também página 64, parágrafo 363.

¹⁰⁰ Idem, página 62, parágrafo 350.

¹⁰¹ Idem, página 51, parágrafo 278.

¹⁰² Idem, página 53, parágrafo 293.

Convenção” e, ainda, que “a jurisdição de tais cortes devem ser expressamente definidas por lei e que todas as garantias processuais protegidas pelo artigo 14, incluindo o direito de apelação, devem ser integralmente respeitadas”.¹⁰³

A questão de tribunais militares também aparece em relação à República de Camarões, com o Comitê expressando sua preocupação sobre a jurisdição de cortes militares sobre civis e sobre a extensão de tal jurisdição a ofensas que não são por si mesmas de natureza militar, como por exemplo, todas as ofensas envolvendo armas de fogo. O Comitê, em consequência, recomendou ao Estado Parte que este “deveria assegurar que a jurisdição de tribunais militares seja limitada a ofensas militares cometidas por militares”.¹⁰⁴ No que diz respeito à Guatemala, o Comitê notou que “a ampla jurisdição de cortes militares para processar todos os casos envolvendo julgamentos de militares e seu poder de decidir sobre casos que deveriam ser julgados em cortes comuns contribui para a impunidade gozada pelos militares e previne sua punição por sérias violações de direitos humanos. O Comitê conseqüentemente informou que o Estado Parte “deveria “emendar a lei para limitar a jurisdição das cortes militares ao julgamento de militares acusados de crimes de natureza exclusivamente militar”.¹⁰⁵ A mesma recomendação foi feita ao Uzbequistão depois que o Comitê expressou sua preocupação sobre “a ampla jurisdição” das cortes militares, as quais “não se restringem a casos criminais, envolvendo membros das forças armadas, mas também inclui casos civis e criminais quando, na opinião do Executivo, as circunstâncias excepcionais de um caso em particular não permitem o julgamento por cortes de jurisdição geral”.¹⁰⁶ Depois de ter também considerado, com preocupação “a ampla abrangência da jurisdição de cortes militares” no Líbano, o Comitê recomendou que o Estado Parte “deveria rever a jurisdição das cortes militares e transferir a competência [destas] cortes, em todos os processos envolvendo civis e todos os casos concernentes à violação de direitos humanos por militares, para cortes comuns”.¹⁰⁷

A Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos concluiu que, entre outras coisas, o artigo 7 (1) (d) da Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos foi violada em um caso sobre tribunais especiais estabelecidos na Nigéria pela Lei sobre Armas de Fogo e Roubos (disposições especiais). Estes tribunais consistem em três pessoas, a saber, um juiz, um oficial do exército, marinha ou aeronáutica e um policial. Como apontado pela Comissão Africana, a jurisdição foi “dessa maneira transferida das cortes normais para um tribunal composto sobretudo por pessoas pertencentes ao Poder Executivo, o mesmo poder que aprovou o Decreto sobre Armas de Fogo e Roubos, cujos membros não têm necessariamente qualquer especialização jurídica”. A Comissão então concluiu que tais cortes violaram a condição estabelecida no artigo 7 (1) (d) da Carta Africana que requer que a corte ou tribunal seja imparcial; “sem levar em conta o caráter

¹⁰³ Doc. ONU GAOR, A/53/40, páginas 20-21, parágrafo 104.

¹⁰⁴ Doc. ONU GAOR, A/55/40 (vol. I), parágrafos 215-216.

¹⁰⁵ Doc. ONU GAOR, A/56/40 (vol. I), página 96, parágrafo 20.

¹⁰⁶ Idem, página 61, parágrafo 15.

¹⁰⁷ Doc. ONU GAOR, A/52/40 (vol. I), página 55, parágrafo 344

dos indivíduos, membros de tais tribunais, a sua composição por si só cria a aparência, senão o fato, da falta de imparcialidade”.¹⁰⁸

A questão da compatibilidade de tribunais puramente militares com a Carta Africana esteve em discussão no caso da *Agenda dos Direitos da Imprensa* sobre o julgamento secreto perante um Tribunal Militar Especial de Niran Malaolu, editor de um jornal nigeriano independente, *The Diet*. O Tribunal condenou Mr. Malaolu à prisão perpétua depois de julgá-lo culpado de traição.¹⁰⁹ No que concerne à posição geral sobre a questão de julgamentos de civis por Tribunais Militares, a Comissão Africana lembrou os termos de sua resolução sobre Direito a um Julgamento Justo e Assistência Jurídica na África, onde fica determinado que:

“Em muitos países Africanos, Cortes Militares e Tribunais Especiais existem ao lado de instituições judiciais regulares. O propósito das Cortes Militares é julgar causas sobre ofensas de natureza puramente militar cometidas por militares. No exercício desta função, Cortes Militares são obrigadas a respeitar os padrões de um julgamento justo”.¹¹⁰

A Comissão acrescentou que as cortes militares ***“não devem, sob nenhuma circunstância, ter jurisdição sobre civis. Da mesma maneira, Tribunais Especiais não devem julgar ofensas que se enquadrem na jurisdição de cortes regulares”.***¹¹¹ A Comissão considerou, entre outras coisas, que a criação do Tribunal Especial Militar para julgamento de traição e outras ofensas correlatas infringiram a independência do Judiciário, uma vez que tais ofensas estavam sendo reconhecidas na Nigéria dentro da jurisdição de cortes regulares; e que o processo mediante a Corte, além disso, violou o direito a julgamento justo como garantido pelo artigo 7 (1) (d) da Carta Africana e o Princípio 5 dos Princípios Básicos sobre a Independência do Judiciário, os quais estabelecem que:

“Todos têm o direito de ser julgados por cortes ou tribunais ordinários através de procedimentos legalmente estabelecidos. Tribunais que não usem procedimentos formalmente estabelecidos do processo legal não devem ser criados para mudar a jurisdição pertencente às cortes ordinárias ou tribunais judiciais”.

¹⁰⁸ ACHPR, Constitutional Rights Project (relativo a Wahab Akamu, Gbolahan Adeaga and Others) v. Nigeria, Communication No. 60/91, decisão adotada em 3 de Novembro de 1994, 16^a. sessão, parágrafos 36-37; íntegra pode ser encontrada no web site <http://www.up.ac.za/chr/>; para caso similar, ver ACHPR, Constitutional Rights Project (relativo a Zamani Lekwot and 6 Others) v. Nigeria, Communication No. 87/93, decisão adotada durante a 16^a. sessão, Outubro de 1994, parágrafos 30-31; para a íntegra, ver web site já citado.

¹⁰⁹ ACHPR, *Media Rights Agenda (on behalf of Niran Malaolu) v. Nigeria*, Communication No. 224/98, decisão adotada durante a 28^a. sessão, 23 de Outubro – 6 de Novembro de 2000, parágrafos 6-8; para a íntegra da decisão, ver web site <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/224-98.html>.

¹¹⁰ Idem, parágrafo 62; ênfase da própria Comissão.

¹¹¹ Idem, loc. cit.; grifo nosso.

Além disso, o Tribunal também violou o artigo 26 da Carta, de acordo com o qual os Estados Parte “terão a obrigação de garantir a independência dos juízos”.¹¹²

Por último, em um caso referente a um Tribunal Militar Especial estabelecido sob o Governo Militar Nigeriano, a Comissão Africana teve de considerar *que eram justos os procedimentos legais adotados por esse juízo contra oficiais militares acusados de ofensas puníveis nos termos da disciplina militar*. Neste caso, a Comissão declarou que

“...deve ficar claro que o tribunal militar em questão existe sob um regime militar não democrático. Em outras palavras, as autoridades do Executivo e do Legislativo têm sido sujeitas às regras do regime militar. Longe de sugerir que os governantes militares tenham carta branca para governar pelo poder das armas, queremos enfatizar o fato que leis de direitos humanos, justiça e equidade, ainda devem prevalecer”.¹¹³

Era, ainda, o ponto de vista da Comissão que “as previsões do artigo 7 devem ser considerados irrevogáveis, porque provêm um mínimo de proteção a cidadãos e oficiais militares, especialmente sob regimes militares arbitrários e não democráticos. Em seguida, a Comissão se referiu ao Comentário Geral nº. 13 do Comitê de Direitos Humanos, bem como a jurisprudência da Comissão Européia de Direitos Humanos, de acordo com o qual “o propósito de se requerer que cortes sejam “estabelecidas por lei” é que a organização da justiça não pode depender da discricção do Executivo, mas deve ser regulada por leis advindas do Parlamento”. A Comissão Africana adicionou em relação a tribunais militares que “o fator crítico é se o processo é equilibrado, justo e imparcial”.¹¹⁴ Enquanto considerando que “um tribunal militar por si só não é ofensivo aos direitos contidos na Carta” e não pressupõe “um processo desequilibrado ou injusto”, a Comissão argumentou que

“Tribunais Militares devem ser submetidos aos mesmos requisitos de equilíbrio, transparência e justiça, independência e processo legal, como em qualquer outro processo. O que causa ofensa é a não observância de padrões básicos e fundamentais que poderiam assegurar o equilíbrio”.¹¹⁵

Em vista do fato que o tribunal militar neste caso já havia sido reprovado no teste de independência, a Comissão não achou necessário decidir sobre se o fato do tribunal ser presidido por um oficial militar era ou não outra violação da Carta.¹¹⁶

¹¹² Idem, parágrafo 66.

¹¹³ ACHPR, *Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project v. Nigeria, Communication No. 218/98, decisão adotada durante a 29ª. Sessão Ordinária, 23 de Abril – 7 de Maio d 2001*, na página 3 do texto publicado no web site <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/218-98.html>.

¹¹⁴ Idem, loc. cit.

¹¹⁵ Idem, página 6, parágrafo 44.

¹¹⁶ Idem, loc. cit.

No julgamento do mérito do caso de *Castillo Petruzzi e outros*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que os tribunais militares que haviam julgado as vítimas por crimes de traição “não cumpriram os requisitos implícitos de garantias de independência e imparcialidade que o Artigo 8(1) da Convenção Americana reconhece como essenciais ao processo legal.”¹¹⁷ Em 1992, um decreto lei estendeu a competência de cortes militares para julgar civis acusados de traição “sem considerações temporais”, enquanto previamente eles tinham autorização para tal somente quando o país estivesse em guerra além fronteiras. DINCOTE, a Agência Nacional Contra Terrorismo,” recebeu autoridade investigativa e um procedimento sumário no local em que ocorreu, como estipulado pelo Código Militar de Justiça”.¹¹⁸ As partes da sentença proferida pela Corte referentes a esse assunto são as seguintes:

“128. Transferindo a jurisdição de cortes civis para cortes militares, desta forma permitindo que cortes militares julguem civis acusados de traição, significa que o tribunal competente, independente e imparcial previamente estabelecido por lei fica impedido de julgar esses casos. Com efeito, tribunais militares não são os tribunais previamente estabelecidos por lei para civis. Não tendo funções ou deveres militares, civis não podem ter comportamentos que sejam interpretados como comportamentos que violem deveres militares. Quando uma corte militar assume a jurisdição sobre matéria que cortes regulares deveriam apreciar, o direito do indivíduo de ser julgado por um tribunal competente, independente e imparcial previamente estabelecido por lei e, mais ainda, seu direito a um processo legal são violados. Aquele direito ao processo legal, por sua vez, está intimamente ligado ao próprio direito de acesso às cortes.

129. Um princípio básico da independência do Judiciário é que toda pessoa tem o direito de ser julgada por cortes comuns, de acordo com procedimentos previamente estabelecidos por lei. Estados não devem criar ‘tribunais que não se utilizam de procedimentos devidamente estabelecidos do processo legal... para mudar a jurisdição que pertence a cortes ordinárias ou tribunais judiciais’.¹¹⁹

130. Sob o artigo 8 (1) da Convenção Americana, um juiz que preside deve ser competente, independente e imparcial. No caso em consideração, as forças armadas, totalmente engajadas na luta contra a

¹¹⁷ *I-A Court HR, Castillo Petruzzi et al. case v. Peru, julgamento de 30 de Maio de 1999*, no documento OAS [Organização dos Estados Americanos] OEA/Ser.L/V/III.47, doc. 6, *Annual Report I-A Court HR 1999*, Appendix IX, página 263, parágrafo 132.

¹¹⁸ *Idem*, página 262, parágrafo 127.

¹¹⁹ Aqui a Corte citou os Princípios Básicos das Organizações das Nações Unidas sobre a Autonomia do Judiciário.

insurgência, também estão processando pessoas associadas com grupos insurgentes. Isto enfraquece consideravelmente a imparcialidade que todo juiz deve ter. Ainda mais, sob o Estatuto da Justiça Militar, os membros da Suprema Corte de Justiça Militar, o mais alto órgão no Judiciário militar, são nomeados pelo ministro do setor pertinente. Membros da Suprema Corte de Justiça Militar também decidem quem, entre seus subordinados, serão promovidos, e quais incentivos serão oferecidos para quem; eles também determinam funções. Este fato sozinho é suficiente para colocar a independência dos juízes militares sob sério questionamento”.¹²⁰

Com relação ao fato de que os juízes eram “sem face” a Corte disse, mais especificamente, que em tais casos “acusados não têm como saber a identidade de seus juízes e, assim, medir sua competência”. Um problema adicional foi “o fato que a lei não permite que esses juízes se recusem a julgar.”¹²¹

No caso de *Genie Lacayo*, entretanto, a Corte apontou que o fato de que havia envolvimento de uma corte militar não significava, por si só, que os direitos humanos garantidos à parte acusada pela Convenção estavam sendo violados.¹²² Neste caso em particular, o apelante teve “a possibilidade de participar nos procedimentos militares, de apresentar provas, teve à sua disposição os recursos legais e, finalmente, teve a possibilidade de apelar à Suprema Corte de Justiça da Nicarágua”; conseqüentemente, ele não podia argumentar que a aplicação dos decretos sobre julgamentos militares havia restringido seus direitos processuais protegidos pela Convenção.¹²³ Sobre a alegação de que os decretos sobre julgamentos militares violaram o princípio de independência e imparcialidade dos tribunais militares, não somente devido à sua composição, especialmente na segunda instância, onde oficiais graduados das forças armadas estavam envolvidos, mas também por causa do possível uso de elementos ideológicos, tais como a “consciência jurídica Sandinista” na avaliação das provas, a Corte colocou que

“...apesar daqueles dispositivos estarem em vigor quando o caso militar foi julgado e... poderem ter prejudicado a independência e imparcialidade dos tribunais militares que julgaram o caso, eles não foram aplicados neste caso específico.”¹²⁴

Por outro lado, a Corte admitiu que na corte militar de primeira instância a corte havia, entre outros, invocado o dispositivo legal em que a expressão “Lei Sandinista” era

¹²⁰ Idem, páginas 262-263, parágrafos 128-130.

¹²¹ Idem, página 263, parágrafo 133. A Comissão Interamericana dos Direitos Humanos também criticou severamente os “juízes sem-face” no Peru; ver doc. OAS [Organização dos Estados Americanos] OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1996*, páginas 736-737.

¹²² *I-A Court HR, Genie Lacayo Case, julgamento de 29 de Janeiro de 1997*, no doc. OAS [Organização dos Estados Americanos] doc. OAS/Ser.L/V/III.39, doc. 5, *Annual Report I-A Court HR 1997*, página 54, parágrafo 84.

¹²³ Idem, página 54, parágrafo 85.

¹²⁴ Idem, página 54, parágrafo 86.

usada; entretanto, esse termo tinha “somente uma conotação ideológica superficial” e que “não havia sido provado que sua utilização havia diminuído a imparcialidade e independência dos tribunais ou violado os direitos processuais do Sr. Raymond Genie-Peñalba.”¹²⁵

Sob a luz das diferentes linhas de raciocínio nestes dois julgamentos proferidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a questão pode ser colocada se, em relação ao segundo caso, não havia sido apropriada a aplicação do princípio de que a justiça não precisa apenas ser feita, mas também parecer ter sido feita.

Por último, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomendou a todos os membros da Organização dos Estados Americanos para

“...tomar as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para, de acordo com o artigo 2 da Convenção Americana, assegurar que civis acusados de ofensas criminais de qualquer espécie sejam julgados por cortes ordinárias que ofereçam todas as garantias essenciais de independência e imparcialidade, e que a jurisdição dos tribunais militares seja confinada estritamente a ofensas militares.”¹²⁶

Enquanto a Corte Européia de Direitos Humanos decidiu, com relação à Turquia, que considera que a “sua função não é determinar, *in abstracto*, a necessidade do estabelecimento de Cortes de Segurança Nacional”, ela ainda tem a função de avaliar se, “examinadas objetivamente”, os envolvidos em questão, sendo civis, “tinham uma razão legítima para temer que [a corte que os julgava] não era independente e imparcial.”¹²⁷ No caso *Sürek*, entre outros, o apelante foi processado na Corte de Segurança Nacional de Istambul por ter revelado a identidade de oficiais envolvidos na luta contra o terrorismo; a Corte concluiu que era compreensível que ele “estivesse apreensivo em ser julgado por um tribunal que incluía um oficial ativo do exército, que era um membro do Serviço Legal Militar (¹²⁸). Seguiu-se que:

“Ele podia legitimamente temer que a Corte de Segurança Nacional de Istambul se deixasse influenciar por considerações que não estavam relacionadas com a natureza do caso. Em outras palavras, os temores do apelante sobre a falta de independência e imparcialidade da corte podem ser objetivamente justificadas. Os procedimentos na Corte de Cassação

¹²⁵ Idem, parágrafo 87.

¹²⁶ OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1996*, página 761.

¹²⁷ Ver por exemplo *Eur. Court HR, Case of Sürek v. Turkey, julgamento de 8 de Julho de 1999*.

¹²⁸ Idem, loc. cit.

não poderiam dirimir estes temores, já que esta não tinha total jurisdição.”¹²⁹)

Sobre o julgamento de oficiais do exército por cortes marciais, a Corte Européia de Direitos Humanos tem sido levada a avaliar, em diversos casos, se tais cortes no Reino Unido têm sido “independentes e imparciais” conforme o disposto no enunciado do artigo 6(1) da Convenção Européia de Direitos Humanos. No caso de *Findlay*, por exemplo, ela concluiu que a corte marcial não cumpriu com estes requisitos em vista, em particular, do papel central desenvolvido na ação pelo oficial coordenador, que “decidiu quais acusações deveriam ser apresentadas e que tipo de corte marcial era a mais apropriada”; ele ainda “convocou a corte marcial e nomeou seus membros e os oficiais de acusação e defesa”.¹³⁰ Além disso, os membros da corte nomeados pelo oficial coordenador eram subordinados em hierarquia a ele, e muitos desses membros, incluindo o presidente, “estavam diretamente ou hierarquicamente sob seu comando”. O oficial coordenador também tinha o poder, apesar de em circunstâncias especiais, de dissolver a corte marcial antes ou durante o julgamento”.¹³¹ A Corte Européia concluiu que, “para manter a confiança na independência e imparcialidade da corte, a aparência pode ser importante” e que, uma vez “que membros da corte marcial ... eram subordinados em comando ao oficial coordenador e estavam em sua linha de comando, as dúvidas do Sr. Findlay sobre a independência e imparcialidade do tribunal poderiam ser objetivamente justificadas”.¹³²

Para a Corte Européia de Direitos Humanos também foi importante que o oficial coordenador era o “oficial revisor”, no sentido de que “a decisão da corte marcial não era efetiva até ser ratificada por ele e que ele tinha o poder de modificar a sentença imposta como julgasse necessário.”¹³³ Na visão da Corte, esta competência era

“... contrária ao princípio pacificamente estabelecido de que o poder de proferir uma decisão obrigatória que pode não ser alterada por autoridade não judicial é inerente à própria noção de ‘tribunal’ e também pode ser vista como um componente da ‘independência’ requerida pelo Artigo 6, § 1”¹³⁴

¹²⁹ Idem. Para casos similares ver por exemplo *Eur. Court HR, Case of Incal v. Turkey, julgamento de 9 de Junho de 1998, Relatórios 1998-IV*, página 1547; *Eur. Court HR, Case of Çiraklar v. Turkey, julgamento de 28 de Outubro de 1998, Relatórios 1998-VI*, página 3059; e *Eur. Court HR, Case of Okçuoglu v. Turkey, julgamento de 8 de Julho de 1999*; para a íntegra desse julgamento, ver web site <http://www.echr.coe.int>.

¹³⁰ *Eur. Court HR, Case of Findlay v. the United Kingdom, julgamento de 21 de Janeiro de 1997, Relatórios 1997-I*, página 281, parágrafo 74.

¹³¹ Idem, página 282, parágrafo 75.

¹³² Idem, parágrafo 76.

¹³³ Idem, parágrafo 77.

¹³⁴ Idem., loc. cit. Para casos similares, ver por exemplo *Eur. Court HR, Case of Coyne v. the United Kingdom, julgamento de 24 de Setembro de 1997, Relatórios 1997-V*, página 1842, e *Eur. Court HR, Case of Cable and Others v. the United Kingdom, julgamento de 18 de Fevereiro 1999*; ver web site <http://www.echr.coe.int>.

As garantias do processo justo ou do processo legal na lei internacional de direitos humanos, incluindo a condição de independência e imparcialidade do Judiciário, aplicam-se plenamente às cortes ou tribunais militares e especiais também no julgamento de civis.

De acordo com a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, tribunais militares não devem, sob circunstância alguma, julgar civis, e tribunais especiais não devem tratar de casos que estejam dentro da jurisdição de cortes legais comuns.

Ainda que o Comitê de Direitos Humanos não tenha acolhido, como deveria, o fato de que o julgamento de civis por cortes militares sejam ilegais em qualquer circunstância à luz do artigo 14 da Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a tendência clara é a recomendação que os Estados parte transfiram a competência de tais cortes em todos os casos envolvendo civis para as cortes de direito ordinárias.

5. Lei Internacional e a Independência dos Promotores

5.1. Regras sobre a Função dos Promotores, 1990

A necessidade de autoridades da promotoria fortes, independentes e imparciais para a efetiva manutenção do estado de direito e dos padrões de direitos humanos, já foi enfatizada neste capítulo. Enquanto os deveres profissionais específicos dos promotores sob a lei internacional de direitos humanos serão apreciados mais adiante, neste Manual, esta seção se limitará a prover uma visão geral dos conteúdos das Diretrizes sobre a Função dos Promotores, as quais foram adotadas pelo Oitavo Congresso da Organização das Nações Unidas sobre a Prevenção de Crimes e Tratamento do Delinqüente em 1990 “para auxiliar os Estados Membro em suas tarefas de assegurar e promover a eficiência, imparcialidade e equidade dos promotores em procedimentos criminais” (parágrafo final do preâmbulo).

Este documento provê 24 diretrizes sobre as seguintes questões: qualificações, seleção e treinamento; status e condições de serviço; liberdade de expressão e associação; papel nos procedimentos criminais; funções discricionárias; alternativas para o processo; relações com outras agências governamentais ou instituições; procedimentos disciplinares; e observância das diretrizes.

Conforme mencionado no quinto parágrafo do preâmbulo sobre as Diretrizes, quando lidas em conjunto com o segundo parágrafo do preâmbulo, “promotores desempenham um papel crucial na administração da justiça, e as regras sobre o desempenho de suas importantes responsabilidades deveriam promover seu respeito e sua obediência ... os princípios da igualdade perante a lei, a presunção de inocência e o direito a um julgamento justo e público perante um tribunal independente e imparcial...” a fim de “contribuir para uma justiça criminal justa e imparcial e a efetiva proteção dos cidadãos contra o crime”.

5.2. Qualificações Profissionais

Diretrizes 1 e 2 provêm respectivamente que “pessoas selecionadas como promotores devem ser indivíduos com integridade e habilidade, com treinamento apropriado e qualificações”, e que os Estados devem assegurar que “o critério de seleção para promotores possua garantias contra nomeações baseadas em parcialidade ou preconceito” em suas diversas formas, “exceto que não será considerado discriminatório que um candidato para ocupar o cargo na promotoria seja necessariamente da cidadania do país em questão”. Além disso, de acordo com a Diretriz 2(b), os Estados devem assegurar que “promotores tenham educação apropriada e treinamento e tenham conhecimento dos ideais e deveres éticos de suas funções, das proteções estatutárias e constitucionais dos direitos do suspeito e da vítima, e dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidas por leis nacional e internacional”.

5.3. Status e condições de serviço

Enquanto promotores, “como agentes essenciais da administração de justiça, deverão sempre manter a honra e dignidade de sua profissão” (Diretriz 3), os Estados deverão, da parte deles, “assegurar que promotores sejam capazes de desempenhar suas funções profissionais sem intimidação, obstáculos, assédios, interferência imprópria ou exposição injustificada a responsabilidades civis, penais ou qualquer outra” (Diretriz 4). Além disso, “promotores e suas famílias devem ser fisicamente protegidos pelas autoridades quando sua segurança pessoal for ameaçada por consequência do desempenho de suas funções de promotoria” (Diretriz 5). A lei ou regulamentos publicados devem, entre outros, estabelecer “condições razoáveis de serviço para promotores e remuneração adequada” e, sempre que um sistema de promoção existir, ele “deverá ser baseado em fatores objetivos, em especial qualificações profissionais, habilidade, integridade e experiência, decidido de acordo com procedimentos justos e imparciais” (Diretrizes 6 e 7)

Vale notar que, diferentemente destas Diretrizes, os Princípios Básicos para Independência do Judiciário não contêm provisão específica sobre o dever dos Estados de proteger a segurança pessoal dos juízes quando necessário.

5.4 Liberdade de expressão e associação

“Promotores, assim com outros cidadãos, têm direito à liberdade de expressão, crença, associação e assembleia”, e eles têm, em especial, “o direito de participar de discussão pública sobre matérias que dizem respeito à lei, à administração da justiça e à promoção e proteção de direitos humanos, e de juntar-se ou formar organizações locais, nacionais e internacionais e comparecer às suas reuniões, sem sofrer qualquer desvantagem profissional causada pela sua ação legal nesse âmbito ou sua participação em qualquer organização legal”. Entretanto, “no exercício destes direitos, promotores devem sempre se comportar de acordo com a lei e os padrões reconhecidos e ética de sua profissão”. (Diretriz 8)

5.5 O papel em procedimentos criminais

Quanto a seu papel em procedimentos criminais, “a função dos promotores deve ser estritamente separada de funções judiciais (Diretriz 10). Além disso, promotores

“devem desempenhar um papel ativo nos procedimentos criminais, incluindo na instituição da promotoria e, quando autorizado por lei ou consistente com práticas locais, na investigação ou crime, supervisão da legalidade dessas investigações, supervisão da execução das decisões judiciais e o exercício de outras funções como representantes do interesse público” (Diretriz 11).

Tal como juízes, promotores não podem agir de acordo com suas próprias preferências mas têm o dever de atuar “de acordo com as lei” e de

“desempenhar suas funções de forma justa, consistentemente e de maneira rápida, e respeitar e proteger a dignidade humana e sustentar direitos humanos, contribuindo assim para assegurar a existência de processo legal e o fácil funcionamento do sistema de justiça criminal” (Diretriz 12).

No desempenho de suas funções, promotores deverão, entre outros, “executar suas funções de maneira imparcial e evitar toda discriminação política, social, religiosa, racial, cultural, sexual ou de qualquer outra forma” e

“dar atenção devida à promotoria de crimes cometidos por oficiais públicos, especialmente corrupção, abuso de poder, graves violações aos direitos humanos e outros crimes reconhecidos por lei

internacional e, quando autorizados por lei ou consistente com a prática local, a investigação de tais ofensas” (Diretriz 5).

Promotores têm uma obrigação especial no que diz respeito a “provas contra suspeito que eles sabem ou acreditam em bases razoáveis foram obtidas através de métodos ilegais, o que constitui uma violação grave dos direitos humanos do suspeito, especialmente envolvendo tortura, ou tratamento degradante, desumano ou cruel ou punição, ou outros abusos dos direitos humanos”. Em situações deste tipo eles devem “recusar o uso de tal prova contra qualquer pessoa, exceto aqueles que utilizaram tais métodos, ou informar a Corte sobre isso, e tomar todas as medidas necessárias para assegurar que os responsáveis pelo uso de tais métodos sejam submetidos à justiça” (Diretriz 16)

O Comitê de Direitos Humanos expressou preocupação em relação à França “sobre procedimentos existentes de investigação contra a polícia por abuso de direitos humanos”, e também “pela falha ou inércia de promotores em aplicar a lei na investigação de violações de direitos humanos onde oficiais de polícia estavam envolvidos e os atrasos e procedimentos legais longos, sem motivo, na investigação e no processo de alegadas violações a direitos humanos envolvendo oficiais de polícia”. Em seguida recomendou que o Estado parte “tomasse as medidas apropriadas de maneira plena para garantir que todas as investigações e processos sejam desenvolvidos em acordo com as provisões dos artigos 2(3), 9 e 14 da Convenção.¹³⁵

5.6 Alternativas à promotoria

As Diretrizes relativas a tais alternativas à promotoria, especialmente em casos onde os promotores estão lidando com menores (Diretrizes 18 e 19) serão tratadas no Capítulo 10 sobre “Os Direitos da Criança na Administração da Justiça.”

5.7. Responsabilidade

Procedimentos disciplinares contra promotores acusados de terem “atuado de maneira claramente fora dos padrões profissionais deverão ser processados de forma rápida e justa dentro de procedimentos apropriados”. Promotores “devem ter o direito a um processo justo”; e, no que diz respeito aos juízes, a decisão “deve estar sujeita a revisão independente”, um requisito que elimina a possibilidade de interferência indevida pelo Executivo e fortalece a independência dos promotores (Diretriz 21).

¹³⁵ Doc. ONU GAOR, A/52/40 (vol. I), parágrafo 402.

Promotores desempenham uma função essencial na administração da justiça e devem ser estritamente separados do Judiciário e do Executivo.

Promotores devem, em particular:

- *ser capazes de executar suas obrigações profissionais em procedimentos criminais em segurança, sem interferência ou perseguição;*
- *atuar objetivamente e imparcialmente, respeitar os princípios de igualdade perante a lei, a presunção de inocência e garantias do processo legal;*
- *dar devida atenção aos abusos de direitos humanos cometidos por oficiais públicos, incluindo oficiais de polícia;*
- *não usar prova obtida por meios ilegais que violem os direitos humanos (confissão obtida através de tortura, etc.).*

6. Legislação Internacional e Independência de Advogados

6.1 Legislação internacional aplicável

Além de juízes e procuradores imparciais e independentes, advogados constituem o terceiro pilar fundamental para que se mantenha o estado de direito numa sociedade democrática e para que se garanta a proteção eficiente dos direitos humanos. Conforme estabelecido no nono parágrafo do preâmbulo dos Princípios Básicos sobre a Função dos Advogados, que foram adotados pelo Oitavo Congresso da Organização das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento do Delinqüente, em 1990:

“...a proteção adequada dos direitos humanos e liberdades fundamentais a que todas as pessoas têm direito, sejam econômicos, sociais e culturais, ou civis e políticos, requer que todas as pessoas tenham acesso efetivo a serviços legais prestados por uma profissão jurídica independente”.

Para que possam executar seus deveres profissionais com eficiência, não basta que aos advogados sejam conferidas todas as garantias do processo legal, sustentado pela lei

interna e internacional, mas eles precisam também ser livres de pressões de qualquer espécie, descritas previamente com relação a juízes e promotores: em outras palavras, uma administração justa e eficiente da justiça requer que advogados também sejam permitidos a trabalhar sem que sejam sujeitos a ataques físicos, assédio, corrupção e outras formas de intimidação.

As diversas garantias processuais previstas na legislação internacional que permitem que advogados representem os interesses de seus clientes de forma independente e eficiente em procedimentos civis e criminais serão abordadas em outras partes desse Manual. Aqui, a análise se limitará a ressaltar alguns dos mais importantes princípios previstos nos Princípios Básicos sobre a Função dos Advogados, assim como algumas declarações feitas, e casos decididos pelo órgão internacional de monitoramento dos direitos de advogados.

6.2 Deveres e responsabilidades

O Princípio 12 dos Princípios Básicos prevê que “advogados devem a todo momento manter a honra e a dignidade de sua profissão, como agentes fundamentais à administração da justiça” e, de acordo com o Princípio 13, seus deveres “devem incluir:

- (a) Aconselhar clientes quanto aos seus direitos e obrigações e quanto ao funcionamento do sistema legal à medida que for relevante para os direitos e obrigações dos clientes;
- (b) auxiliar clientes de maneira apropriada e tomar as medidas necessárias para proteger seus interesses;
- (c) auxiliar clientes perante cortes, tribunais ou autoridades administrativas, quando apropriado”.

Ao “proteger os direitos de seus clientes e ao promover a causa da justiça”, advogados devem também “procurar resguardar direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela lei nacional e internacional e devem, a todo momento, agir de forma livre e diligente, de acordo com a lei e com os padrões reconhecidos e a ética da profissão jurídica” (Princípio 14). Finalmente, “advogados devem sempre respeitar lealmente os interesses de seus clientes” (Princípio 15).

6.3 Garantias para o exercício da profissão de advogados

De acordo com o Princípio 16 dos Princípios Básicos sobre a Função dos Advogados,

“Governos devem garantir que advogados (a) sejam capazes de executar todas as suas funções profissionais sem intimidação, impedimento, assédio ou interferência não apropriada; (b) sejam capazes de viajar e prestar consultoria a seus clientes livremente tanto nos seus próprios países como no exterior; e (c) não sofram ou sejam ameaçados de ter um processo instaurado contra eles ou de ter sanções administrativas, econômicas ou outras em razão de qualquer de seus atos praticados de acordo com os deveres profissionais reconhecidos, padrões e a ética.”

Ademais, “quando a segurança de advogados é ameaçada como resultado de um impedimento de exercer suas funções, eles devem ser protegidos adequadamente pelas autoridades” (Princípio 17).

Conforme mencionado anteriormente, todo ano muitos advogados são assassinados, ameaçados, intimidados ou assediados de diversas maneiras com a finalidade de extinguir a defesa de clientes que buscam reclamar seus direitos e liberdades. É, portanto, essencial que Governos façam todo o possível para proteger os advogados contra esse tipo de interferência no exercício de seus deveres profissionais.

A Comissão Africana concluiu que o direito de defesa como garantido pelo artigo 7(1)(c) da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos foi violado em determinado caso onde dois grupos de defesa foram “intimidados para desistir da defesa dos acusados”.¹³⁶

Outra regra importante está presente no Princípio 18, segundo o qual “advogados não devem ser identificados por seus clientes ou pelas causas de seus clientes como resultado de desligamento de suas funções”. A questão da identificação de advogados com relação aos seus clientes tem sido tratada por um Relator Especial no tocante à independência de juízes e advogados, que, em 1998, por exemplo, declarou ter “com certa preocupação o aumento no número de reclamações relacionadas a Governos que identificam advogados pela causa de seus clientes, acrescentando que advogados “representando pessoas acusadas em casos politicamente delicados são freqüentemente sujeitos a tais acusações”.¹³⁷ Entretanto, “a identificação de advogados pelas causas de

¹³⁶ ACHPR, *International Pen, Constitutional Rights Project, Interights (on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr. And Civil Liberties Organisation) v. Nigeria, Communications Nos. 137/94, 139/94, 154/96 e 161/97, decisão adotada em 31 de Outubro de 1998*, parágrafo 101; íntegra da decisão pode ser encontrada no web site: http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/137-94_139-94_154-96_161-97.html.

¹³⁷ Doc. ONU E/CN.4/1998/39, *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*, parágrafo A.1 das *Conclusões*.

seus clientes, a não ser que exista provas a esse respeito, poderia ser interpretada como uma forma de intimidar e assediar os advogados relacionados ao caso”. De acordo com o Relator Especial, “Governos têm a obrigação de proteger esses advogados da intimidação e assédio”.¹³⁸ Se Governos têm provas que indiquem que advogados se identificam com as causas de seus clientes, “cabe a [eles] fazer uma acusação perante o devido órgão disciplinar da profissão jurídica”, como foi enfatizado o Relator Especial¹³⁹ onde, como descrito abaixo, eles serão tratados de acordo com o devido processo legal.

A questão da identificação de advogados por seus clientes é particularmente relevante quando eles são chamados a representar defensores de direitos humanos. Entretanto, nesse caso também advogados devem ter as mesmas garantias de segurança, permitindo que eles executem seus deveres profissionais de maneira eficiente e independente, sem interferência governamental ou qualquer outra interferência indevida. Novamente, qualquer conduta profissional imprópria alegada deveria ser levada aos órgãos independentes estabelecidos.

Com relação às garantias para o exercício das funções de advogados, o Princípio 19 dos Princípios Básicos também prevê que

“Nenhuma corte ou autoridade administrativa mediante quem o direito de ser representado por advogado seja reconhecido, pode se recusar a reconhecer o direito de um advogado a aparecer diante dele em nome de seu cliente, a não ser que esse advogado tenha sido desqualificado de acordo com a lei interna e com a prática e em conformidade com esses princípios.”

Por fim, o Princípio 20 acrescenta que

“Advogados devem gozar de imunidade civil e penal por declarações relevantes feitas de boa fé em defesas escritas ou orais nas suas aparições profissionais perante cortecourt, tribunal ou outra autoridade legal ou administrativa.”

6.4 Advogados e liberdades fundamentais

O Princípio 23 dos Princípios Básicos sobre a Função dos Advogados prevê que

¹³⁸ Idem, loc. cit.

¹³⁹ Idem, parágrafo 2

“Advogados, como outros cidadãos, têm direito à liberdade de expressão, crença, associação e assembléia. Particularmente, eles devem ter o direito de participar de discussões públicas de assuntos relativos à lei, à administração da justiça e à promoção e proteção dos direitos humanos e associar-se ou constituir associações locais, nacionais e internacionais e frequentar suas reuniões sem que sofram restrições profissionais em razão de seus atos legais ou sua filiação a uma organização legal. No exercício desses direitos, advogados devem sempre ter conduta de acordo com a lei e os padrões reconhecidos e a ética da profissão jurídica.”

O Princípio 24 estabelece ainda que advogados “devem ter o direito de constituir e se associar a associações profissionais autônomas para representar seus interesses, promover sua educação continuada e treinamento, e proteger sua integridade profissional”. Além disso, de acordo com esse princípio, “o órgão executivo de associações profissionais deve ser eleito pelos seus membros e deve exercer suas funções sem interferência externa”. Decorre desse princípio que essas associações devem visar salvaguardar os interesses profissionais dos advogados e fortalecer a independência da profissão jurídica. Conforme mencionado pelo Relator Especial, as Ordens de Advogados não devem, conseqüentemente, ser usadas “para favorecer políticas partidárias” uma vez que isso poderia comprometer “a independência da profissão jurídica”.¹⁴⁰

6.4.1 Permissão Executiva para o exercício da profissão jurídica

Uma das chaves para assegurar a independência de advogados é permitir que trabalhem livremente sem que sejam obrigados a obter permissão do Executivo para exercer suas profissões. Essa visão foi confirmada pela Comissão de Direitos Humanos com relação a Belarus quando destacou com preocupação que “a adoção do Decreto Presidencial para Atividades de Advogados e Tabeliões de 3 de Maio de 1997, que outorga ao Ministério da Justiça a competência para emitir licenças para a atuação de advogados, e os obriga a serem membros de um Colégio centralizado e controlado pelo Ministério para que possam exercer suas profissões, desta forma minando a autonomia dos advogados”. Ressaltando que “a autonomia do Judiciário e da profissão jurídica é fundamental para uma boa administração da justiça e para manter a democracia e a eficácia da lei”, o Comitê determinou ao Estado parte “que tomasse todas as medidas apropriadas, incluindo a revisão da Constituição e das leis, a fim de assegurar que juízes e advogados sejam independentes de qualquer pressão política ou qualquer outra pressão externa”¹⁴¹ A esse respeito, o Comitê chamou a atenção do Estado parte para os

¹⁴⁰ Doc. ONU E/CN.4/1995/39, *Report of the Special Rapporteur on the independence and impartiality of the judiciary, jurors and assessors and the independence of lawyers*, parágrafo 72.

¹⁴¹ Doc. ONU GAOR, A/53/40, parágrafo 150.

Princípios Básicos para a Independência do Judiciário, assim como os Princípios Básicos sobre a Função dos Advogados.¹⁴²

O Comitê também expressou “sérias dúvidas” tanto com relação à independência do Judiciário na Líbia, como com relação “à liberdade dos advogados para exercer suas profissões livremente, sem que sejam funcionários do Estado, e para oferecer serviços legais”; recomendou “que medidas sejam tomadas para assegurar a obediência absoluta ao artigo 14 da Convenção, assim como com os Princípios Básicos das Organizações das Nações Unidas para a Independência do Judiciário e com os Princípios Básicos sobre a Função dos Advogados”.¹⁴³

Não resta dúvida, portanto, que a obrigação em determinados Estados que advogados sejam *contratados pelo governo* se contrapõe às garantias de julgamento justo previsto no artigo 14 da Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos..

6.4.2 Direito a assembléia pacífica

No caso *Ezelin*, a Corte Européia de Direitos Humanos examinou a justificativa de uma interferência com a autorização de um advogado na França exercer seu direito a assembléia pacífica. Nesse caso específico, a Corte examinou a reclamação com base no artigo 11 da Convenção Européia de Direitos Humanos, que assegura o direito à assembléia pacífica, como uma *lex specialis* relacionada ao artigo 10 da Convenção, que assegura o direito à liberdade de expressão. O advogado havia sido reprimido por participar de uma demonstração, no curso da qual ocorreram certos incidentes de desordem. Ele foi punido por não ter se desassociado de tais incidentes, apesar de ele não ter sido de qualquer forma violento ou ter participado da desordem . Essa conduta foi julgada “incompatível com as obrigações de sua profissão”.¹⁴⁴ A corte examinou, “à luz do caso como um todo”, se a reprimenda fora “proporcional ao objetivo , relacionado à importância especial da liberdade de assembléia pacífica e liberdade de expressão, que estão intimamente ligadas nesse caso”.¹⁴⁵ Concluiu que

“o princípio da proporcionalidade exige que se estabeleça um equilíbrio entre os requerimentos dos propósitos listados no Artigo 11 §2 e aqueles dos direitos à livre expressão de opiniões por palavras, gestos ou mesmo silêncio por pessoas reunidas em ruas ou outros locais públicos. A busca de um

¹⁴² Idem, loc. cit.

¹⁴³ Doc. ONU GAOR, A/54/40, parágrafo 134.

¹⁴⁴ Eur. Court HR, *Ezelin v. France* julgamento de 26 de Abril de 1991, Series A, No. 202, página 20, parágrafo 38.

¹⁴⁵ Idem, página 23, parágrafo 51.

equilíbrio justo não pode resultar no desencorajamento de *advogados* por medo de sanções disciplinares por deixarem claras as suas crenças em tais ocasiões”.¹⁴⁶

Apesar de “mínima” nesse caso, a sanção aplicada ao Sr. Ezelin “não parece ter sido ‘necessária em uma sociedade democrática’” e, portanto, violou o artigo 11 da Convenção.¹⁴⁷ A Corte Europeia de Direitos Humanos consequentemente interpreta muito estritamente as possibilidades para os Estados Parte limitarem o exercício do direito de assembléia pacífica, mesmo no caso de advogados.

6.4.3 O direito à liberdade de associação

Em um caso contra a Nigéria, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos teve que avaliar se a Emenda ao Decreto sobre Profissionais de Direito 1993, era compatível com os termos da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Esse decreto estabeleceu um novo órgão administrativo da Ordem dos Advogados Nigeriana; do total de 128 membros desse órgão, denominado “Body of Benchers”, somente 31 haviam sido indicados pela Ordem dos Advogados, enquanto os demais membros foram indicados pelo Governo.¹⁴⁸

Conforme ressaltado pela Comissão, a “Body of Benchers” foi “dominada por representantes do governo” e possuía “amplos poderes discricionários, entre eles poderes de disciplinar advogados”; como “uma associação de advogados legalmente independente do governo, a Ordem dos Advogados Nigeriana deveria poder escolher seu próprio corpo administrativo”. A Comissão acrescentou que “a interferência com a autonomia administrativa da Ordem dos Advogados pode limitar ou negar as razões pelas quais os advogados decidem, em primeiro lugar, criar uma associação”.¹⁴⁹ A Comissão ressaltou a seguir que

“...decidido muitos anos atrás que, quando a regulação do direito à liberdade de associação é necessária, as autoridades competentes não deveriam publicar dispositivos que limitem o exercício dessa liberdade ou sejam contra as obrigações previstas na Carta. As autoridades competentes não deveriam sobrepor as previsões constitucionais ou reduzir o alcance

¹⁴⁶ Idem, parágrafo 52.

¹⁴⁷ Idem, parágrafo 53.

¹⁴⁸ *ACHPR, Civil Liberties Organisation v. Nigeria (relativo à Associação Nigeriana de Advogados), Communication No. 101/93, decisão adotada durante a 17ª. Sessão Ordinária, Março de 1995, parágrafo 1º.*; para a íntegra da decisão, ver web site <http://www.up.ac.za/chr/>.

¹⁴⁹ Idem, parágrafo 24.

dos direitos fundamentais assegurados pela constituição e por instrumentos internacionais de direitos humanos”.¹⁵⁰

No presente caso, a intervenção governamental na administração da Ordem dos Advogados Nigeriana foi “incompatível com o preâmbulo da Carta Africana, onde os Estados reafirmam que aderem aos princípios de direitos humanos e das pessoas previstos em declarações como o documento da Organização das Nações Unidas – Princípios sobre a Independência do Judiciário, e portanto constituiu uma violação ao Artigo 10 da Carta Africana”, que assegura o direito da liberdade de associação.¹⁵¹

6.4.4 O direito à liberdade de expressão

No caso de *Schöpfer*, a Corte Europeia de Direitos Humanos concluiu que não havia ocorrido uma violação ao artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos quando o Conselho de Supervisão de Advogados no Cantão de Lucerna, Suíça, impôs uma multa de 500 francos suíços ao requerente por violação de ética profissional, depois que ele convocou uma reunião de imprensa onde ele criticou as ações do prefeito distrital e de dois escreventes distritais em um caso pendente no qual ele estava envolvido. A Corte confirmou sua jurisprudência anterior, de acordo com a qual “o status especial de advogados lhes dá uma posição central na administração da justiça como intermediários entre o público e as cortes”, acrescentando que “essa posição é a causa das restrições usuais na conduta de membros da Ordem”.¹⁵² Considerando que “as cortes – os garantidores da justiça, cujo papel é essencial em um Estado baseado no estado de direito – devem gozar de confiança pública”, e ainda, com relação ao “papel essencial de advogados nessa área, é legítimo esperar que eles contribuam para administração apropriada da justiça e assim manter a confiança pública”.¹⁵³ De forma significativa enfatizou que

“Também não é necessário dizer que a liberdade de expressão é também assegurada a advogados, que certamente têm direito a fazer comentários em público sobre a administração da justiça, mas suas críticas não devem ultrapassar certos limites. Nesse sentido, deve-se considerar a necessidade de balancear os diversos interesses envolvidos, que incluem o direito do público receber informações sobre questões provindas de decisões judiciais, as necessidades da administração própria da justiça e a dignidade da profissão jurídica. Devido ao seu contato direto e contínuo com seus membros, as autoridades das Ordens de

¹⁵⁰ Idem, parágrafo 25; notas omitidas.

¹⁵¹ Idem, parágrafo 26; notas omitidas.

¹⁵² Eur. Court HR, *Schöpfer case v. Switzerland*, julgamento de 20 de Maio de 1998, Relatórios 1998-III, página 1052, parágrafo 29.

¹⁵³ Idem página. 1053.

Advogados e as cortes de um país estão em posição mais favorável do que uma corte internacional para determinar como, em determinado momento, o equilíbrio adequado pode ser atingido. É por isso que eles têm uma certa margem de discricionariedade na avaliação da necessidade de uma intervenção nessa área, mas essa margem está sujeita à supervisão Européia tanto no tocante às leis relevantes quanto à aplicação das mesmas”.¹⁵⁴

A Corte concluiu nesse caso que, na aplicação de uma multa de “valor modesto”, as autoridades não haviam ultrapassado a margem de discricionariedade na punição de um advogado. Destacou que o advogado nesse caso “levantou em público suas reclamações na matéria de procedimentos criminais que àquele momento não estavam decididos pela corte criminal” e, “além da forma generalizada, da gravidade e do tom das asserções do advogado”, ele havia “primeiro convocado uma reunião de imprensa, declarando ser seu último recurso e somente depois apresentou uma apelação perante a Corte de Apelação de Lucerna, que foi parcialmente concedido”; finalmente, ele também deixou de apelar à Promotoria, “que não teve sua eficiência questionada a não ser por meio de meros comentários”.¹⁵⁵

6.5 Códigos de disciplina profissionais

Com relação a disciplina profissional, o Princípio 26 dos Princípios Básicos prevê que

“Códigos de conduta profissional para advogados devem ser estabelecidos pela profissão jurídica através de seus órgãos apropriados, ou por lei, de acordo com a lei nacional e costumes e de normas e padrões internacionais reconhecidos.”

Reclamações contra advogados “devem ser julgadas de forma rápida e justa por meio dos procedimentos adequados”, e advogados “devem ter o direito a um julgamento justo, incluindo o direito a ter a assistência do advogado de sua escolha” (Princípio 27). Ademais, “procedimentos disciplinares contra advogados devem ser levados diante de um comitê disciplinar imparcial estabelecido pela profissão jurídica, diante de uma autoridade estatutária independente ou perante uma corte, e deve estar sujeito a uma revisão judiciária independente ” (Princípio 28). Finalmente, todos esses procedimentos “devem ser determinados de acordo com o código de conduta profissional e outros

¹⁵⁴ Idem, páginas 1053-1054, parágrafo 33.

¹⁵⁵ Idem, página 1054, parágrafo 34.

padrões reconhecidos, a ética da profissão jurídica e à luz desses princípios” (Princípio 29).

Decorre desses princípios que qualquer procedimento disciplinar contra advogados acusados de terem deixado de se conduzir de acordo com os padrões reconhecidos e com a ética de suas profissões deverá ser verdadeiramente independente do Poder Executivo e assegurado o devido processo legal durante os procedimentos.

Advogados constituem o pilar fundamental para a manutenção do estado de direito e para assegurar a proteção efetiva dos direitos humanos. Para que possam exercer seus deveres profissionais plenamente, advogados devem, notadamente:

- *poder trabalhar com verdadeira autonomia, livres de pressões políticas externas ou qualquer outra, ameaças e assédio; por exemplo, eles não devem ter que obter permissão do Poder Executivo para exercer seus deveres profissionais;*
- *ter asseguradas as garantias do processo legal, que incluem o direito e dever de aconselhar e prestar assistência a seus clientes de toda forma apropriada a fim de proteger seus interesses;*
- *poder agir para garantir direitos humanos reconhecidos nacional e internacionalmente;*
- *poder responder pelas violações de regras de conduta profissional perante um conselho disciplinar independente, respeitadas as garantias do processo legal.*

Advogados também gozam das liberdades fundamentais de associação, assembléia e expressão.

7. Conclusões finais

Como foi enfatizado através desse capítulo, juízes, procuradores e advogados formam três grupos profissionais que têm um papel crucial na administração da justiça e na prevenção da impunidade por violação de direitos humanos. Eles também são, conseqüentemente, essenciais para a preservação de uma sociedade democrática e por um justo estado de direito. É, portanto, indispensável que os Estados assumam seus deveres

legais internacionais derivados das diversas fontes de direito internacional, através dos quais devem permitir que juízes, promotores e advogados exerçam suas responsabilidades profissionais de forma independente e imparcial sem interferência indevida do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou grupos privados ou indivíduos. O dever do Estado de assegurar a independência e a imparcialidade de juízes e procuradores e a independência de advogados não é necessariamente preenchida de forma passiva simplesmente permitindo que esses profissionais desempenhem seus trabalhos: através da criação de obrigações legais que *assegurem* sua independência, os Estados poderão ter que tomar ações positivas para proteger juízes, advogados e procuradores contra a violência, intimidação, impedimento, assédio ou outras formas de interferência imprópria, de forma a permitir que eles desempenhem todas as suas funções profissionais eficientemente.

Em situações onde juízes, procuradores e advogados não estejam dispostos ou não consigam assumir suas responsabilidades de forma plena, entre outras investigações e instituindo procedimentos criminais contra autoridades públicas, suspeitos de corrupção e graves violações dos direitos humanos, o estado de direito não poderá ser mantido e os direitos humanos não poderão ser obrigados. Não são só os indivíduos que sofrerão em uma situação como essa: é toda ordem constitucional, democrática e livre do Estado em questão que em último caso estará ameaçada.



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

Objetivos da Aprendizagem

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

Perguntas

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

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

Instrumentos Legais Relevantes

Instrumentos Universais

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

Instrumentos Regionais

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

1. Introdução

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Três casos relevantes

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

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

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

4. Prisões e Detenções Legais

4.1 Os textos legais

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Outros instrumentos legais referidos neste capítulo são os seguintes:

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

4.2 As noções de legalidade e arbitrariedade: seu significado

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

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

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

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

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

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

O caso Mukong

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2.1 Detenções não-reconhecidas, seqüestros e desaparecimentos involuntários

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

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

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

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

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

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

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

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

O Tribunal especificou ainda que

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

The caso Çakici

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

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

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

4.3 Detenção após a condenação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.5.1 O significado de “razoabilidade”

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

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

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

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

The caso de Fox, Campbell e Hartley

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

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

4.6 Detenção para impedir a fuga

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.7 Detenção administrativa

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

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

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

4.7.1 Privação da liberdade para fins de supervisão educacional

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

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

4.7.2 Privações da liberdade por razões de sanidade mental

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

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

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

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

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

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

Mais informações sobre detenções por razões de sanidade mental

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.7.4 Detenção preventiva e detenção por razões de ordem pública

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O caso de Castillo Petruzzi et al.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.9.1 O órgão legítimo responsável pela tomada de decisão

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.1 A noção de “tempo razoável”

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

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

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

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

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

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

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

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

O caso de Assenov

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O artigo 7(6) da Convenção Americana estabelece:

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

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

O artigo 5(4) da Convenção Europeia estabelece que

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

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

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

Os casos Vuolanne e Hammel

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

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

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

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

6.1 Os procedimentos legais que cumprem este requisito

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

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

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

O caso de *A. v. Austrália*

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

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

Entretanto, no parecer do Comitê:

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

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

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

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

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

2. Os Estados Membros comprometem-se a:

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

b. Desenvolver as possibilidades do remédio judicial; e

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

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

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

Além disso,

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

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

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

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

No caso de Suárez Rosero, o Tribunal enfatizou novamente que os remédios legais regidos pelo artigo 7(6) “devem ser eficazes, visto que seu propósito... é obter sem demora uma decisão ‘sobre a legalidade da [sua] prisão ou detenção,’ e, caso seja ilegal, obter, também sem demora, uma ‘ordem judicial [para] sua libertação””; o Tribunal invocou ainda seu Parecer Jurídico sobre Habeas Corpus em Situações de Emergência, no qual considerou que “para que o *habeas corpus* alcance seu propósito, que é o de obter uma decisão judicial sobre a legalidade de uma detenção, é necessário que a pessoa detida seja levada perante a um juiz ou tribunal competente com jurisdição sobre ela (ênfase acrescentada). Neste caso, o *habeas corpus* desempenha um papel vital para assegurar que a vida de uma pessoa e sua integridade física sejam respeitadas, impedindo seu desaparecimento ou mantendo seu paradeiro em segredo e protegendo-a contra tortura ou outras punições ou tratamentos degradantes ou desumanos. ...”(189)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Detenção por razões de sanidade mental:

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

Detenção de menores para supervisão educacional: O caso de Bouamar

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. O Direito de Acesso e Assistência de um Advogado

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9. O Detenção incomunicada

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

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

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

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

10. Comentários Finais

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



..... **Capítulo 6**
O DIREITO A UM JULGAMENTO
JUSTO: PARTE I – DA INVESTIGAÇÃO
AO JULGAMENTO

Objetivos do Estudo

- *Familiarizar os participantes do curso com algumas das principais normas legais internacionais acerca dos direitos individuais que devem ser garantidos durante investigações criminais e a aplicação dessas regras por órgãos internacionais de monitoramento;*
- *Sensibilizar os participantes sobre a importância da aplicação dessas normas para proteção dos direitos humanos em uma sociedade fundada no estado de direito;*
- *Criar uma consciência entre os juízes, promotores e advogados participantes, do seu papel primordial na efetivação do estado de direito, bem como dos direitos individuais, durante investigações criminais;*
- *Criar uma consciência de que o cumprimento das regras de um julgamento justo contribui não somente para aumentar a proteção dos direitos humanos no sentido mais amplo, mas também para fomentar o investimento econômico e promover a paz e a segurança nacional e internacional.*

Perguntas

- *Você está familiarizado com as normas internacionais e a jurisprudência relacionadas a investigações criminais?*
- *Elas já fazem parte do sistema legal dentro do qual você trabalha?*
- *Nesse caso, qual é a posição que elas assumem dentro do sistema, elas já podem ser aplicadas?*
- *Em face da sua experiência, você tem alguma preocupação particular – ou já teve algum problema específico – no momento de assegurar os direitos humanos de uma pessoa em um estágio de pré-julgamento?*
- *Nesse caso, quais foram as preocupações ou problemas e como você os abordou, considerando o sistema legal dentro da qual você trabalha?*

- *Quais assuntos você gostaria que fossem especificamente tratados pelos facilitadores / instrutores durante o curso?*

Instrumentos Legais Relevantes

Instrumentos Universais

- A Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948
- O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, 1966
- A Convenção contra Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, 1984
- O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, 1998

- O Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, 1979
- Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, 1988
- As Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, 1955
- Orientações sobre o Papel dos Promotores, 1990
- Os Princípios Básicos sobre o Papel dos Advogados, 1990
- As Regras de Procedimento dos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda e para a antiga Iugoslávia

Instrumentos Regionais

- A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, 1981
- A Convenção Americana dos Direitos Humanos, 1969

A Convenção Européia dos Direitos Humanos, 1950

1. Introdução

Este capítulo tratará primeiramente do princípio abrangente da *igualdade perante a lei*, que condiciona processos cíveis e criminais desde o início, bem como do princípio da *presunção de inocência*, de importância fundamental em processos criminais. Tais noções são de igual relevância para o Capítulo 7, porém, não serão recapituladas em tal contexto. Dessa forma, este capítulo analisará especificamente alguns dos direitos humanos a serem respeitados no estágio de investigações criminais, até o início do julgamento propriamente dito. Entretanto, deve-se observar que a questão sobre a administração da justiça competente para apreciar às questões relativas à criança e ao adolescente será tratada de forma específica no Capítulo 10.

É importante salientar que este capítulo não estabelece uma lista exaustiva de direitos a serem garantidos no estágio de pré-julgamento, mas simplesmente enfoca alguns direitos humanos que são considerados de particular importância em investigações criminais. (1) Alguns desses direitos são também essenciais no estágio de julgamento e serão analisados novamente no Capítulo 7. A seleção dos assuntos a serem tratados neste capítulo se deu segundo o critério prático, considerando a seqüência dos eventos normalmente presentes durante o inquérito criminal e eventual julgamento posterior para determinação da culpa. Como os direitos gozados nos estágios de pré-julgamento e julgamento estão intimamente relacionados, algumas sobreposições são inevitáveis, mas foram, na medida do possível, minimizadas.

2. Tutela Efetiva do Direito a um Julgamento Justo: Um Desafio Mundial

Todas as pessoas têm o direito a um julgamento justo, tanto na esfera civil como na esfera penal. A tutela efetiva dos direitos humanos depende muito da disponibilidade, em tempo integral de acesso aos Juízos competentes, independentes e imparciais, capazes, assim, de administrar a justiça de maneira justa. Adicione a isso a atuação de promotores e advogados, os quais contribuem, cada qual em seu campo de atuação, para tornar o direito a um julgamento justo uma realidade, e nós temos o suporte legal de uma sociedade democrática respeitável em um estado de direito.

Entretanto, um Judiciário independente e imparcial capaz de assegurar um

processo de julgamento justo é de grande importância para proteção dos direitos e interesses dos seres humanos, bem como das pessoas jurídicas, sejam estas pequenas empresas ou grandes corporações, as quais, freqüentemente, dependem do Judiciário para, entre outras coisas, dirimir disputas de vários tipos. Por exemplo, empreendimentos nacionais e estrangeiros apresentarão relutância para investir em países onde os tribunais não são capazes de administrar a justiça de maneira imparcial. Outrossim, é fato que em países onde as pessoas físicas ou jurídicas prejudicadas podem ter livre acesso aos tribunais a fim de reivindicar os seus direitos, a tensão social pode ser mais facilmente gerenciada e a tentação de tomar a lei em suas próprias mãos é mais remota. Dessa forma, obtém-se o abrandamento das tensões sociais, podendo o Judiciário contribuir com o aumento da segurança, não somente no âmbito nacional, como também no âmbito internacional, uma vez que tensões internas têm freqüentemente um perigoso efeito de proliferação além das fronteiras.

Todavia um olhar para a jurisprudência dos órgãos internacionais de monitoramento torna claro o fato de que o direito a um julgamento justo é freqüentemente violado em todas as partes do mundo. Na verdade, a grande maioria dos casos conduzidos pela Comissão dos Direitos Humanos segundo o Protocolo Opcional, por exemplo, se referem às supostas violações dos direitos de pré-julgamento e julgamento. Faremos, a seguir, uma breve análise dos aspectos mais relevantes da jurisprudência internacional, acompanhada da descrição das normas legais relevantes.

3. Os Textos Legais

Os textos legais mais importantes devem ser encontrados no Artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, no Artigo 7º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, no Artigo 8º da Convenção Americana dos Direitos Humanos, e no Artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. As disposições relevantes desses Artigos serão tratadas abaixo sob os títulos apropriados, enquanto os textos completos serão distribuídos em forma de apostilas.

As regras adicionais, às quais serão referidas abaixo, estão, entre outras coisas, contidas nos seguintes instrumentos das Nações Unidas: a Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei; o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão; as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros; as Orientações sobre o Papel dos Promotores e os Princípios Básicos sobre o Papel dos Advogados; as Regras de Procedimento dos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Iugoslávia e para

Ruanda; e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

4. O Direito à Igualdade perante a Lei e Igual Tratamento pela Lei

O direito à igualdade perante a lei e igual tratamento pela lei, ou, em outras palavras, o princípio da não-discriminação, condiciona a interpretação e a aplicação não somente das leis sobre direitos humanos, no sentido mais estrito, mas também da lei humanitária internacional. (2) Segundo o Artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, por exemplo, “todas as pessoas são iguais perante a lei e têm o direito, sem qualquer discriminação, à igual proteção da lei”. Disposições semelhantes estão contidas no Artigo 3º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e no Artigo 24 da Convenção Americana dos Direitos Humanos. Além disso, o Artigo 20(1) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda e o Artigo 21(1) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia estabelecem que “todas as pessoas devem ser iguais perante esses Tribunais”.

Por outro lado, o princípio da igualdade ou a proibição da discriminação não significa que todas as distinções são proibidas. A esse respeito, a Comissão dos Direitos Humanos tem defendido que o tratamento diferenciado entre os povos ou grupos de pessoas “deve estar fundamentado em critérios objetivos e razoáveis”.(3) Entretanto, mais detalhes acerca das interpretações do princípio da igualdade e da proibição da discriminação serão fornecidos no Capítulo 13 abaixo.

O específico direito à igualdade perante os tribunais é um princípio fundamental no qual está baseado o direito a um julgamento justo e pode ser encontrado *expressis verbis* no Artigo 14(1) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de acordo com o qual “todas as pessoas devem ser iguais perante as cortes e tribunais”.(4) Embora não esteja contido nos Artigos correspondentes sobre julgamento justo das convenções regionais, o direito à igualdade perante a Justiça é abrangido pelo princípio geral da igualdade protegido pelas mesmas.

O princípio da igualdade perante a Justiça significa, *em primeiro lugar*, que, independente do sexo, raça, origem ou posição financeira de uma pessoa, cada pessoa presente perante um Juízo tem o *direito de não ser discriminada tanto no curso do processo ou na maneira em que a lei é aplicada*. Além disso, sejam os indivíduos suspeitos pela prática de um pequeno delito, sejam pela prática de um crime grave, os direitos devem ser igualmente assegurados a todos. *Em segundo lugar*, o princípio da igualdade significa que *todas as pessoas devem ter igual acesso ao Judiciário*.

Igual acesso ao Judiciário: O caso Oló Bahamonde

O princípio da igualdade esteve em destaque no caso *Oló Bahamonde* analisado segundo o Artigo 14(1) do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, onde o autor reclamou que ele tinha tentado, sem sucesso, obter reparação perante a Justiça local por suposta perseguição empreendida pelas autoridades governamentais a que esteve sujeito. A Comissão observou a esse respeito “... que a noção de igualdade perante a Justiça abrange o próprio acesso ao Judiciário, e que a situação em que são frustradas as tentativas de um indivíduo para alcançar os foros competentes a fim de reparar uma injustiça é contrária às garantias previstas no Artigo 14, parágrafo 1”. (5)

Igual acesso ao Judiciário por mulheres: Outro aspecto essencial do direito à igualdade é que ***as mulheres devem ter igual acesso ao Judiciário para serem efetivamente capazes de reivindicar os seus direitos***. Dois casos importantes ilustram bem esta regra básica. No primeiro, uma mulher não teve o direito de processar os inquilinos de dois apartamentos que lhe pertenciam. A Comissão dos Direitos Humanos acreditou que houve violação dos Artigos 3º, 14(1) e 26 do Pacto. Isto porque, segundo o Código Civil do Peru, apenas o marido, não a mulher casada, tinha o direito de representar a comunhão de bens perante os tribunais, o que é contrário à lei internacional dos direitos humanos. (6) No segundo caso, o pagamento de custas processuais impediram uma mulher de obter acesso ao Judiciário para requerer a separação judicial de seu marido, bem como não teve qualquer assistência jurídica para esse processo complexo. Assim, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos entendeu pela violação do Artigo 6º(1) da Convenção Europeia. (7)

O direito das mulheres de acesso ao Judiciário será tratado mais detalhadamente no Capítulo 11 abaixo, porém, esses exemplos já mostram a amplitude da proteção proporcionada pelo princípio da igualdade.

O princípio da igualdade deve ser assegurado durante todos os estágios do pré-julgamento e do julgamento, onde cada pessoa suspeita ou acusada tem o direito de não ser discriminada, tanto em relação à maneira como as investigações ou julgamentos são conduzidos, quanto em relação à aplicação da lei.

O princípio da igualdade também determina que cada ser humano deve ter igual acesso ao Judiciário para reivindicar os seus direitos. Em particular, mulheres devem ter acesso ao Judiciário em pé de igualdade com os homens, para que possam reivindicar os seus direitos de maneira efetiva.

5. O Direito de ser Presumido Inocente: Garantia Geral da Suspeita a Condenação ou a Absolvição

O direito de ser presumido inocente até a prova de culpa efetiva é outro princípio que condiciona o tratamento ao qual uma pessoa acusada deve estar sujeita durante o inquérito criminal e o julgamento, até a apelação final. O Artigo 14(2) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos dispõe que “qualquer pessoa acusada de um crime deve ter o direito de ser presumida inocente até que seja provada sua culpa”. O Artigo 7º(1)(b) da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, o Artigo 8º(2) da Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Artigo 6º(2) da Convenção Européia dos Direitos Humanos também garantem o direito à presunção de inocência, e o Artigo 11(1) da Declaração Universal dos Direitos Humanos salvaguarda o mesmo direito para todas as pessoas “acusadas de um crime... até que a culpa seja provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual elas tiveram todas as garantias necessárias para a sua defesa “. Mais recentemente, o princípio da presunção da inocência foi especificamente incluído no Artigo 20(3) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, no Artigo 21(3) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, e no Artigo 66(1) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Conforme observado pela Comissão dos Direitos Humanos no Comentário Geral No. 13, o princípio da presunção de inocência significa que

“o ônus da prova de acusação é responsabilidade da promotoria e o acusado tem o benefício da dúvida. Nenhuma culpa pode ser presumida até que a acusação seja provada sem qualquer dúvida razoável. Além disso, a presunção da inocência implica em um direito a ser tratado de acordo com este princípio. É, portanto, um dever de todas as autoridades públicas se absterem de pré-julgar o resultado de um julgamento”.⁽⁸⁾

Comentários públicos adversos feitos por autoridades: No caso *Gridin*, as autoridades deixaram de exercer a restrição exigida pelo Artigo 14(2) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos para preservar a presunção de inocência da pessoa acusada. O autor tinha alegado, entre outras coisas, que um oficial de alto nível responsável pela aplicação da lei tinha feito declarações públicas descrevendo-o como culpado de estupro e assassinatos e que essas afirmações tinham recebido

grande cobertura por parte da imprensa. A Comissão observou que o Tribunal Superior tinha “se referido a este assunto, mas deixou de lidar com o mesmo de maneira específica quando ouviu o recurso do autor”. (9) Conseqüentemente, houve uma violação do Artigo 14(2) nesse caso.

Juízes anônimos: O direito de ser presumidamente inocente garantido no Artigo 14(2) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos também foi violado no caso *Polay Campos*, onde a vítima foi julgada por um tribunal especial de “juízes sem face”, inominados, e que não constituíam um tribunal independente e imparcial. (10)

Mudança de foro: O direito de ser presumido inocente, conforme assegurado pelo Artigo 14(2) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, não foi violado em um caso em que o autor tinha reclamado que a recusa do juiz competente em mudar o seu foro o privou do direito a um julgamento justo e de ser presumido inocente. A Comissão observou que o pedido tinha sido “detalhadamente considerado pelo juiz no início do julgamento” e que este tinha salientado “que os temores do autor estavam relacionados às expressões de hostilidade contra ele proferidas muito antes do julgamento, bem como que o autor era o único dos cinco co-acusados a solicitar mudança de foro”. (11) O juiz ouviu as apresentações das partes e “ficou satisfeito que os jurados foram selecionados de maneira apropriada”, e, após, “exerceu o seu juízo permitindo que o julgamento continuasse” sem mudança de foro. (12) Nessas circunstâncias, a Comissão não considerou que a decisão de não alterar o foro violou o direito do autor a um julgamento justo ou o direito de ser presumido inocente. A Comissão defendeu, em particular, que “um elemento de juízo é necessário em decisões tais como a do juiz em relação ao argumento do foro, afastando qualquer evidência de arbitrariedade ou expressão de injustiça referente à decisão” e que “não estava em posição de substituir a sua conclusão pela do juiz do julgamento”. (13)

“O direito de ser presumido inocente até que seja provado culpado por uma corte ou tribunal competente” segundo o Artigo 7º(1)(b) da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos foi violado num caso em que representantes chefes do Governo Nigeriano pronunciaram as pessoas acusadas culpadas de crimes durante várias entrevistas coletivas à imprensa, bem como perante as Nações Unidas. Os acusados foram posteriormente condenados e executados após o julgamento perante um tribunal que não era independente conforme exigido pelo Artigo 26 da Carta. (14)

O direito a presunção de inocência no Artigo 6º(2) da Convenção Européia dos Direitos Humanos foi defendido para constituir “um dos elementos de um julgamento criminal justo que é exigido pelo parágrafo 1º” daquele Artigo, e é um direito que, como outros direitos contidos na Convenção, “*deve ser interpretado de forma a assegurar os direitos que são práticos e efetivos em contraposição aos*

teóricos e ilusórios”.(15)

A presunção de inocência será então violada, por exemplo, “se uma decisão judicial referente a uma pessoa acusada de um crime refletir um juízo em que ela é considerada culpada antes de ter sido provada a sua culpa de acordo com a lei”, e é suficiente, “mesmo na falta de qualquer conclusão formal de que há algum motivo sugerindo que o tribunal considera o acusado como sendo culpado”.(16)

Comentários públicos adversos feitos por autoridades: O caso Allenet de Ribemont

A “presunção de inocência pode ser infringida não somente por um juiz ou tribunal mas também por outras autoridades públicas”.(17) No caso *Allenet de Ribemont*, o requerente tinha acabado de ser preso pela polícia, quando uma entrevista coletiva à imprensa foi realizada acusando-o do assassinato de um Membro Francês do Parlamento. Na coletiva à imprensa, que em princípio se tratava do orçamento da Polícia Francesa para os próximos anos, estavam presentes o Ministro do Interior, o Diretor do Departamento de Investigação Criminal de Paris, e o Chefe do Esquadrão do Crime. O próprio requerente ainda não tinha nesse estágio sido acusado de qualquer crime. No referido caso, o Tribunal Europeu entendeu pela violação do Artigo 6º(2), observando que “alguns dos oficiais do alto escalão da Polícia Francesa referiram-se ao Sr. Allenet de Ribemont, sem qualquer qualificação ou reserva, como um dos instigantes do assassinato e, portanto, como cúmplice”. Na visão do Tribunal isto “foi claramente uma declaração de que o requerente era culpado, a qual, primeiramente, encorajou o público a acreditar na sua culpa, e em segundo lugar, pré-julgou a avaliação dos fatos pela autoridade judicial competente”. (18)

Avaliação dos custos e a implicação de culpa: O Tribunal Europeu tem defendido que o Artigo 6º(2) “não confere à pessoa ‘acusada de um delito’ o direito ao ressarcimento das custas legais, quando o processo ajuizado contra ela é suspenso”, mas que a decisão de recusar o ressarcimento ao ex-acusado das custas e despesas necessárias, enquanto estiver suspenso o processo criminal “pode originar uma questão fundada no Artigo 6º, § 2, se a razão de manutenção do custeio, a qual não pode ser dissociada das provisões de operação, corresponder, em essência, a uma determinação de culpa do ex-acusado, sem que essa culpa tenha sido previamente comprovada, nos termos da lei e, em particular, sem ele ter tido a oportunidade de exercer seu direito de defesa”. (19)

Assim, o Tribunal entendeu pela violação do Artigo 6º(2) da Convenção

Européia no caso *Minello*, tendo em vista que a Câmara do Tribunal de Alçada do Cantão de Zurique, ao decidir sobre os custos incorridos por um **promotor particular**, tinha concluído que, na ausência de limitação legal, o requerente teria, “muito provavelmente”, sido condenado por difamação, baseado em um artigo publicado que continha acusações de fraude contra uma determinada companhia. (20) De acordo com o Tribunal Europeu, “a Câmara do Tribunal de Alçada demonstrou que ficou convencida da culpa do” requerente, que, porém “não teve o benefício das garantias previstas no” Artigo 6º(1). (3) As avaliações da Câmara foram, portanto, “contrárias à presunção de inocência”.(21) O fato de o Tribunal Federal ter “adicionado determinadas nuances” à decisão antes mencionada prejudicou a decisão, uma vez que deveria estar “limitada a esclarecer as razões da decisão, sem alterar o seu significado ou escopo”. Quando da recusa do recurso do requerente, o Tribunal Federal confirmou a decisão da Câmara e simultaneamente “aprovou a decisão nos pontos essenciais”. (22)

Entretanto, o resultado foi diferente no caso *Leutscher*, no qual o requerente tinha sido condenado à revelia (*in absentia*) por vários crimes de natureza tributária, porém, em apelação, a acusação foi considerada prescrita pelo Tribunal. Em resposta ao pedido do requerente por ressarcimento de custas e honorários, o Tribunal observou, com relação aos honorários advocatícios, que não havia nada no processo que apresentasse “qualquer causa para duvidar que condenação fosse correta”. (23) Entretanto, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos concluiu que o Artigo 6º(2) não havia sido violado por estes fatos, visto que o Tribunal teve um “amplo alcance de arbítrio” para decidir, com base na equidade, se as despesas do requerente deviam ser pagas pelos fundos públicos, e, assim o fazendo, poderia ter considerado a suspeita que ainda pesa contra o requerente, decorrente do fato de que a sua condenação tinha sido revogada em grau de recurso somente porque a ação estava prescrita”.(24) De acordo com o Tribunal, a decisão contestada não poderia ser interpretada como uma nova avaliação de culpa do requerente.(25)

O direito de ser presumido inocente até declarado culpado condiciona tanto a fase de inquérito o processo criminal; é responsabilidade das autoridades denunciantes provarem, sem qualquer sombra de dúvida, que a pessoa acusada é culpada do delito. Declarações públicas adversas feitas por oficiais podem comprometer a presunção de inocência.

6. Direitos Humanos durante o Inquérito Criminal

Durante o inquérito criminal, os indiciados continuam a gozar dos seus

direitos e liberdades fundamentais, apesar de algumas limitações inerentes à privação de liberdade daqueles atingidos pela medida. Enquanto alguns direitos, como a ausência de tortura, são, como será visto abaixo, válidos para todas as pessoas em todos os tempos, o direito à vida privada e familiar pode ser gradativamente comprometido, por exemplo, através de meios sofisticados de escuta telefônica. Alguns exemplos da jurisprudência internacional ilustrarão esse problema. Deve ser novamente lembrado que esta cláusula não proporcionará um relato exaustivo dos direitos garantidos durante as investigações criminais, mas enfocará somente alguns dos direitos básicos que devem ser protegidos nesse estágio importante.

6.1 O direito à inviolabilidade da vida privada, lar e correspondência dos indivíduos.

O direito à inviolabilidade da vida privada, família, lar e correspondência do indivíduo é garantido, em diferentes termos, pelos Artigos 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, 11 da Convenção Americana dos Direitos Humanos e 8º da Convenção Européia dos Direitos Humanos. Entretanto, restrições no seu exercício podem ser impostas em determinadas circunstâncias. O Artigo 17(1) do Pacto Internacional, dispõe que “ninguém será sujeito à interferência arbitrária ou ilegal em sua privacidade, família, lar ou correspondência, nem à ataques ilegais a sua reputação ou honra”. O Artigo 11 da Convenção Americana está redigido de maneira semelhante, iniciando, porém, com a seguinte redação: “ninguém pode ser objeto de interferência arbitrária e abusiva com...”. De acordo com o Artigo 8º da Convenção Européia, “não deverá haver qualquer interferência por autoridade pública com o exercício do” direito ao respeito pela vida privada, família, lar e correspondência do indivíduo

“... salvo se, de acordo com a lei e com os interesses da sociedade democrática, for necessária para a proteção da segurança nacional, da segurança pública, do bem estar econômico, para a prevenção da desordem ou crime, a proteção da saúde e dos princípios morais, bem como para a tutela dos direitos e liberdades de outros em uma sociedade democrática”.

Os problemas associados ao direito à privacidade serão analisados em relação à utilização de **escuta telefônica, buscas e interferência com correspondência**, medidas usualmente utilizadas em um estágio inicial de investigações para provar as suspeitas de atividade criminosa, e que podem ou não conduzir ao ajuizamento de acusações formais.

6.1.1 Escuta telefônica

Apesar de a Comissão de Direitos Humanos e do Tribunal Inter-Americano de Direitos Humanos não terem tratado, ainda, da questão acerca da interceptação de conversas telefônicas para efeitos de investigação criminal, o assunto tem sido

destaque em diversos casos tratados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O Tribunal Europeu tem defendido, de maneira consistente, que a escuta telefônica implica em “uma interferência pelo poder público” no direito à inviolabilidade da vida privada e de correspondência, que estão assegurados pelo Artigo 8 da Convenção Europeia, a qual, para ser legítima, deve, conforme visto acima, ser “de acordo com a lei”, buscando um ou mais dos objetivos previstos no Artigo 8º(2), e finalmente, deve ser ainda “necessária em uma sociedade democrática” para alcançar um ou mais desses objetivos legítimos.(26)

Sem examinar detalhadamente a jurisprudência do Tribunal em relação a noção de “de acordo com a lei”, é suficiente neste contexto salientar que a utilização de escuta telefônica deve estar fundamentada em lei nacional, a qual deve ser não somente “*acessível*”, mas também “*previsível*”, no que tange “ao significado e a natureza das medidas aplicáveis”.(27) Em outras palavras, o Artigo 8º(2) “não faz referência simplesmente à lei nacional, mas também à **qualidade da lei**, exigindo que a mesma seja compatível com o estado de direito”.(28) Isto significa, em particular, “que deve haver uma medida de proteção prevista em lei contra interferências arbitrárias por autoridades públicas com base nos direitos salvaguardados pelo” Artigo 8º(1), porque, especialmente “onde o poder do executivo é exercido em segredo, os riscos de arbitrariedade são evidentes”.(29) Embora “a condição de previsibilidade não possa significar que um indivíduo deve poder prever quando as autoridades estão prestes a interceptar as suas comunicações, podendo, assim, este ajustar a sua conduta de maneira apropriada”, a lei deve, contudo,

“ser suficientemente clara em seus termos para proporcionar aos cidadãos uma indicação adequada das circunstâncias e das condições nas quais as autoridades públicas têm o poder de recorrer a essa sigilosa e potencialmente perigosa interferência no à inviolabilidade da vida privada e da correspondência”.(30)

A condição de tutela legal implica, em outras palavras, que uma lei nacional deve prever salvaguardas legais adequadas contra abusos e que, por exemplo, onde a lei conferir o poder de arbítrio às autoridades competentes, a lei deve também “indicar o escopo de tal juízo”.(31)

O caso Huvig

No caso Huvig os requerentes foram submetidos à escuta telefônica por quase dois dias pelo juiz que estava investigando as acusações de sonegação fiscal e fraude. O Tribunal Europeu aceitou que as medidas contestadas estavam fundamentadas no Código de Processo Penal Francês, e que tal previsão era acessível. Entretanto, com relação à qualidade da lei, o Tribunal concluiu que “não foi indicado com clareza razoável o escopo e a forma de discricionariedade conferida às autoridades públicas”; conseqüentemente, os requerentes “não gozaram do mínimo grau de proteção que os cidadãos têm direito em um estado democrático de direito”. (32) Em outras palavras, o sistema legal não “proporcionou salvaguardas adequadas contra vários abusos possíveis”. Por exemplo, “as categorias de pessoas sujeitas a terem suas conversas telefônicas grampeadas por ordem judicial e a natureza das ofensas que poderiam fundamentar tal ordem” não foram “em nenhuma parte definidas”, bem como não havia disposição obrigando o juiz “a estabelecer um prazo para a duração da escuta telefônica”.(33) Além disso, a lei não especificou “as circunstâncias nas quais as gravações podem e devem ser apagadas ou as fitas destruídas, especialmente quando um acusado tiver sido dispensado em fase de investigação ou absolvido por um tribunal”.(34) Ocorreu que, uma vez que os requerentes não tinham gozado do mínimo grau de proteção exigido em um estado democrático de direito, houve violação do Artigo 8º.

O Tribunal Europeu também encontrou violações do Artigo 8º em outros casos semelhantes, como os casos Kruslin e Malone, as quais, como no caso Huvig, fundamentaram-se no fato de as práticas de violação não terem obedecido os requisitos advindos da expressão “de acordo com a lei” no Artigo 8º(2) da Convenção. (35)

O caso Lampert

De acordo com a leitura do julgamento do mais caso Lampert, nota-se que, em 1991, a França aprovou uma emenda ao Código de Processo Penal relativa à confidencialidade das mensagens de telecomunicações, estabelecendo “regras claras, detalhadas”, bem como especificando “com clareza suficiente o escopo e a forma de exercício da discricionariedade conferida às autoridades públicas”. (36) No entanto, o Artigo 8º foi também violado nesse caso, visto que o requerente “não teve a efetiva proteção da lei nacional, que não faz qualquer distinção com relação as pessoas cujas linhas estavam sendo grampeadas”. (37)

Ocorreu que o requerente foi acusado de negociar produto proveniente de roubo qualificado, após a interceptação de algumas das suas conversas com pessoa cuja linha telefônica estava grampeada. O advogado do requerente apelou contra a utilização das conversas gravadas pela escuta telefônica, mas o Supremo Tribunal entendeu “que o requerente não tinha ‘*locus standi*’ para contestar a extensão do monitoramento da linha telefônica a um terceiro”. (38) O Tribunal Europeu entendeu que a interferência no direito do requerente de inviolabilidade de sua privacidade e correspondência e “foi determinada para o estabelecimento da verdade em conexão com o processo criminal e portanto para impedir a desordem”.(39) Entretanto, o fato de o Supremo Tribunal ter recusado *locus standi* do requerente para contestar a extensão da escuta telefônica, poderia, do ponto de vista do Tribunal Europeu, “levar a decisões pelas quais um grande número de pessoas seriam privadas da proteção legal, a saber, todos aqueles que mantêm conversas em uma linha telefônica que não a sua própria” que “tornaria na prática o mecanismo de proteção largamente destituído de substância”. Ocorreu que o requerente não teve “acesso ‘ao efetivo controle’, ao qual os cidadãos têm direito em um estado de direito, capaz de restringir a interferência em questão às ‘necessidades de uma sociedade democrática’”. (40)

Em que pese existir risco de ocorrer exageros pela jurisprudência européia, pareceria razoável concluir que, também segundo o Pacto Internacional e a Convenção Americana, o direito das autoridades de utilizar a interceptação de conversas telefônicas deverá ser interpretado de maneira favorável ao direito à inviolabilidade da privacidade do indivíduo, e que, no mínimo, a interferência no exercício desse direito deve ser claramente fundamentada em lei nacional, imposta para um fim específico e legítimo, bem como deve estar acompanhada de salvaguardas e recursos adequados para as pessoas cujos telefones sejam grampeados.

6.1.2 Buscas

A Lei Internacional de Direitos Humanos não estabelece regras detalhadas

acerca da legalidade referente a buscas, mas a esse respeito também a jurisprudência europeia pode proporcionar alguma orientação. Vale a pena lembrar, entretanto, que o caso seguinte não diz respeito à emissão de um mandado de busca para a polícia, mas à concessão de um mandado para uma particular em um processo civil.

No caso Chappel, *que não se tratava de um processo criminal, mas sim uma de ação versando sobre direitos autorais*, o Tribunal Europeu analisou a compatibilidade de uma busca realizada nas instalações do negócio do requerente, com o propósito de resguardar provas para a defesa dos direitos autorais do demandante contra violação não autorizada, com o Artigo 8º da Convenção Europeia. O Governo admitiu que ter interferido no direito do requerente de inviolabilidade da vida privada e do seu lar, tendo o requerente, de sua parte, concordado com a legitimidade da busca, nos termos do Artigo 8º(2), para a proteção dos “direitos de outros”. (41) A questão que tinha que ser decidida pelo Tribunal era, portanto, se a medida foi conduzida “de acordo com a lei” e se era “necessária à sociedade democrática”. O mandado de busca atinente utilizado foi o chamado “mandado Anton Piller”, que é um mandado judicial interlocutório com o objetivo de preservar provas pendentes de julgamento; ele é concedido em pedidos *ex parte* sem o réu ser notificado e sem ser ouvido.

O Tribunal ficou satisfeito nesse caso, tendo em vista que a busca foi fundamentada na lei inglesa, que respeita as condições de *acessibilidade* e de *previsibilidade*. Quanto à primeira condição, os textos legais relevantes e a jurisprudência foram todos publicados e, portanto eram acessíveis, e, quanto à segunda condição, “os termos e condições básicas para a concessão dessa medida, no tempo adequado, foram estabelecidos de forma precisa, permitindo que o atendimento ao critério da ‘previsibilidade’ pudesse ser considerado satisfatório”, apesar de ter havido “algumas variações” no conteúdo dos mandados individuais.(42)

Quando da analisada, se “necessária para a sociedade democrática” a medida, o Tribunal observou, outrossim, que o mandado foi acompanhado “por salvaguardas calculadas para manter o seu impacto dentro de limites razoáveis”, por exemplo: (1) foi “concedido por um breve período de tempo somente”; (2) “restrições foram impostas com relação aos horários e ao número de pessoas que poderiam empreender a busca”; e, além disso, (3) “quaisquer materiais apreendidos poderiam ser usados somente para um fim específico”.(43) Adicionalmente, os demandantes, ou os seus advogados deram uma série de garantias e “uma variedade de recursos estava disponível ao requerente se o mesmo julgasse que o mandado tinha sido executado de maneira indevida”.(44)

Entretanto, o Tribunal aceitou que existiram algumas “falhas no procedimento seguido” no momento de execução do mandado, considerando, por exemplo, que deve ter sido perturbador para o Sr. Chappel ter as buscas pela polícia e pelos demandantes realizadas ao mesmo tempo; mesmo assim elas não foram consideradas

“tão sérias que a execução do mandado” pudesse, “nas circunstâncias do caso, ser considerada desproporcional ao objeto legítimo procurado”.⁽⁴⁵⁾ Conseqüentemente, não houve violação do Artigo 8º nesse caso.

6.1.3 Intervenção na correspondência

A intervenção na correspondência por autoridades locais pode constituir um problema para as pessoas que são privadas de sua liberdade, e, por essa razão, numerosas reclamações têm sido apresentadas ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos a esse respeito. Quando apresentadas por prisioneiros *condenados* por crimes, tais reclamações serão tratadas no Capítulo 8. No caso Pfeifer e Plankl, entretanto, *os requerentes mantinham correspondência um com o outro durante detenção preventiva*, e em uma carta, o juiz da investigação rabisçou e deixou ilegível certas passagens que ele considerou que continham “piadas de natureza ofensiva contra os oficiais da prisão”.⁽⁴⁶⁾ O Tribunal considerou que a eliminação das passagens constituiu uma intervenção injustificada na correspondência dos requerentes. Ele concordou com a Comissão Européia dos Direitos Humanos “que a carta consistia, em maior extensão, de críticas das condições carcerárias e, em particular, do comportamento de certos funcionários da prisão” e observou que, apesar de “algumas das expressões usadas serem, sem dúvida, bastante fortes, ... elas faziam parte de uma carta particular que, segundo a legislação aplicável... devia ter sido lida apenas pelo Sr. Pfeifer e pelo juiz competente durante a investigação”.⁽⁴⁷⁾ Subseqüentemente, referiu-se a sua sentença no caso *Silver e Outros*, sustentando “que inexistente ‘necessidade para a sociedade democrática’ que justifique a interrupção de cartas particulares ‘com o propósito de ridicularizar autoridades’ ou contendo ‘material deliberadamente direcionado para ridicularizar autoridades da prisão’ ...”; embora a exclusão das passagens no *Pfeifer e Plankl* ter sido “reconhecidamente uma interferência menos séria”, esta foi “desproporcional” nas circunstâncias do caso e violou o Artigo 8º da Convenção.⁽⁴⁸⁾

O caso *Schönenberg e Durmaz* tratou de *correspondência mantida entre um advogado e uma pessoa detida preventivamente*. O requerente, um taxista, foi preso em Genebra, por suspeita de conexão com o tráfico de drogas, sendo, após, transferido para Zurique. Poucos dias depois, a esposa do Sr. Durmaz pediu ao Sr. Schönenberg para que fizesse a defesa de seu marido. No mesmo dia, o Sr. Schönenberg enviou uma carta ao acusado, com anexo para a promotoria, conforme exigido pela legislação da Suíça, solicitando que a carta fosse encaminhada ao destinatário. Na sua carta, o Sr. Schönenberg disse ao Sr. Durmaz que ele tinha sido instruído pela esposa para defendê-lo e solicitando que este lhe enviasse os formulários outorgando-lhe poderes para representá-lo. Escreveu, também, entre outras coisas, que era seu dever salientar que ele tinha o direito de se recusar a fazer declarações e que qualquer coisa que dissesse poderia ser usada contra ele. ⁽⁴⁹⁾ O promotor reteve esta carta com anexo e nunca informou o Sr. Durmaz sobre esta. Em decorrência de determinação, a promotoria decidiu não comunicar a carta ao Sr. Durmaz, tendo nomeado, ao invés disso um advogado de Zurique para representá-

lo.(50)

O Tribunal aceitou que o objetivo da retenção da carta era “a prevenção de desordem ou crime”, fundamentando com a jurisprudência segundo a qual “a busca desse objetivo pode ‘justificar medidas de interferência mais amplas em relação a um ... prisioneiro [condenado] do que em relação a uma pessoa em liberdade’”; segundo o Tribunal, “o mesmo raciocínio pode ser aplicado para evitar o risco de conluio em relação à pessoa que, tal como o Sr. Durmaz, estando detido preventivamente e sujeito a interrogatórios com a finalidade de iniciar processos criminais, ”.(51) Entretanto, o Tribunal finalmente concluiu que a interferência contestada não era justificável, uma vez que não era “necessária para a sociedade democrática”, rejeitando os argumentos do Governo de que a carta dava conselhos ao Sr. Durmaz que podiam comprometer a adequada condução do processo, bem como que a carta não foi enviada por um advogado instruído pelo Sr. Durmaz. Observou-se a esse respeito que

“O Sr. Schönenberg tentou informar o segundo requerente do seu direito ‘em recusar a fazer qualquer declaração’, orientando-o que exercer tal direito seria em seu ‘proveito’. ... Dessa maneira, ele estava recomendando que o Sr. Durmaz adotasse uma determinada tática, legal, por assim dizer, uma vez que, segundo a jurisprudência do Tribunal Federal da Suíça – equivalente a de outros Estados Contraentes– é permitido que uma pessoa acusada permaneça em silêncio. ... O Sr. Schönenberg poderia, ainda, adequadamente, considerar um dever, durante um encontro com o Sr. Durmaz, informá-lo acerca do seu direito e das possíveis conseqüências em exercê-lo. De acordo com a visão do Tribunal, a orientação prestada nesses termos não poderia criar um perigo de conivência entre o remetente da carta e o seu destinatário e não apresentava uma ameaça à conduta normal da promotoria.”(52)

O Tribunal ainda deu “pouca importância” ao argumento do Governo de que o referido advogado não tinha sido instruído pelo Sr. Durmaz, uma vez que ele “estava agindo segundo as instruções da Sra. Durmaz e tinha assim notificado o... promotor por telefone”. No ponto de vista do Tribunal,

“esses vários contatos corresponderam às etapas preliminares necessárias para possibilitar o

segundo requerente de ter o benefício da assistência de um advogado de defesa de sua escolha e, por meio deste, exercer um direito previsto em outra disposição fundamental da Convenção, a saber, o Artigo 6º. ... Nas circunstâncias, o fato de que o Sr. Schönenberger não tinha sido formalmente nomeado é, portanto, de conseqüência insignificante”(53)

Houve, assim, uma violação ao Artigo 8º nesse caso, o qual estabelece que a relação entre a pessoa suspeita, acusada ou indiciada por um crime e o seu advogado, embora possível, é uma relação privilegiada, a qual as autoridades nacionais devem resguardar cuidadosamente. Entretanto, este assunto será tratado mais adiante na item 6.4 abaixo.

Segundo a Lei Internacional dos Direitos Humanos, interferências com o direito à privacidade de uma pessoa no curso das investigações criminais devem ser lícitas e servirem a um propósito legítimo em relação ao qual a medida relevante deve ser proporcional.

6.2 O direito ao tratamento humanitário e o direito a não ser submetido à tortura

O tratamento de pessoas detidas e presas será abordado mais detalhadamente no Capítulo 8, mas, considerando a frequência do recurso à tortura e outros meios maus-tratos de pessoas privadas de sua liberdade durante as investigações criminais, é indispensável enfatizar aqui que o direito a não ser submetido à tortura, tratamento ou punição cruel ou desumana é garantido por todos os tratados mais importantes e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (Artigo 7º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos; Artigo 4º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; Artigo 5º(2) da Convenção Americana dos Direitos Humanos; Artigo 3º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que não contém o termo “cruel”; e Artigo 4º da Declaração Universal). Em alguns instrumentos legais este direito é reiterado para pessoas privadas de sua liberdade, através do direito a um tratamento humanitário e com respeito à dignidade humana (Artigo 10(1) do Pacto; Artigo 5º(2) da Convenção Americana). Considerando a gravidade da prática da tortura, da qual nenhuma parte do mundo está livre, Tratados com o objetivo de promover a abolição dessa prática ilegal de maneira eficiente têm sido elaborados sob o auspício das Nações Unidas e de duas organizações regionais, a saber, a Organização dos Estados Americanos (OAS) e o Conselho da Europa. (54)

Os direitos dos indivíduos durante a investigação também são tratados no Artigo 55 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Por conseguinte, o Artigo 55(1)(b) estabelece que uma pessoa sob investigação não deverá “estar sujeita a

qualquer forma de coerção, intimidação ou ameaça, a tortura ou a qualquer outra forma de tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante.

No curso das investigações criminais e do processo judicial, a proibição universal e absoluta da tortura e de outros tratamentos ou punições desumanas ou degradantes, deve ser, conseqüentemente, ***respeitada em tempo integral, ainda que nas circunstâncias mais terríveis.***⁽⁵⁵⁾ Isto significa que as pessoas presas, detidas, ou de qualquer outro modo submetidas às autoridades policiais ou de de acusação, para serem interrogadas acerca de supostas atividades criminais, seja na condição de suspeitos ou de testemunhas, sempre têm o direito de serem tratadas com humanidade e de não sofrerem qualquer violência psicológica ou física, coerção ou intimidação. Conforme será mostrado abaixo, o uso de qualquer confissão extraída sob coação é ilegal, de acordo com a Lei Internacional dos Direitos Humanos. Isto está descrito especificamente no Artigo 1º da Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes.

Instrumentos legais também foram redigidos para grupos profissionais envolvidos em investigações criminais. O Código de Conduta para os Responsáveis pela Aplicação da Lei, de 1979, dispõe, entre outras coisas, no seu Artigo 5º que “nenhum oficial responsável pela aplicação da lei pode infligir, instigar ou tolerar qualquer ato de tortura ou outro tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante”. As Diretrizes sobre o Papel dos Promotores de 1990, contém, em particular, a seguinte disposição importante:

“16. Quando os promotores tomarem posse de provas contra suspeitos que eles saibam ou acreditem, com fundamentação razoável, que tais provas foram obtidas através da utilização de métodos ilegais, que constitua grave violação dos direitos humanos da pessoa suspeita, especialmente quando envolver tortura, tratamentos ou punições cruéis, desumanas ou degradantes, ou outros abusos dos direitos humanos, eles devem recusar a utilização de tais provas contra qualquer um, a não ser contra aqueles que usaram tais métodos, ou informar o Juízo competente, bem como tomar todas as medidas necessárias para assegurar que aqueles responsáveis pelo uso de tais métodos sejam trazidos a julgamento.”

Ainda, o Artigo 54(1)(c) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional prevê que um dos deveres do Promotor em relação às investigações é o de “respeitar absolutamente o direito das pessoas que submetidas a este Estatuto”, isto significa,

entre outras coisas, o direito descrito no Artigo 55(1)(c), referente à proibição da utilização de coerção e tortura.

Além disso, conforme descrito no preâmbulo do parágrafo 7º dos Princípios Básicos da Independência do Judiciário de 1985, “os juízes são responsáveis pela decisão final em relação à vida, às liberdades, aos direitos, aos deveres e à propriedade dos cidadãos”, e, portanto, é também dever dos juízes estarem alertas a qualquer sinal de maus-tratos, coerção ou intimidação de qualquer tipo que possa ter ocorrido no curso das investigações criminais e de privação da liberdade, e tomar as medidas necessárias sempre que confrontados com a suspeita de maus-tratos.⁽⁵⁶⁾

Juízes, promotores e advogados devem estar alertas para qualquer sinal de tortura, incluindo estupro, e outras formas de abuso sexual e maus-tratos de *mulheres e crianças* sob custódia. A tortura e os maus-tratos desses grupos vulneráveis, enquanto submetidos a oficiais de polícia e funcionários da prisão, são práticas comuns em muitos países, e, para colocar um fim nessas práticas ilegais, é indispensável que os operadores do direito desempenhem, em tempo integral, um papel ativo em relação à sua prevenção, investigação e punição.

A tortura e outras formas de maus-tratos são proibidas em tempo integral, inclusive durante investigações criminais, e não podem nunca ser justificadas; esses atos devem ser evitados, investigados e punidos. Juízes, promotores e advogados devem estar alertas para qualquer sinal de tortura ou maus-tratos de mulheres e crianças sob custódia.

6.3 O direito de ser informada sobre as acusações em uma língua que a pessoa compreenda

O Artigo 14(3) (a) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estipula que, na determinação de qualquer acusação criminal contra qualquer indivíduo, todos deverão ter o direito “de ser informados prontamente e detalhadamente, em uma língua que compreendam, sobre a natureza e os motivos da acusação contra eles”. O Artigo 6º(3)(a) da Convenção Européia está redigido de maneira semelhante, e, de acordo com o Artigo 8(2)(b) da Convenção Americana dos Direitos Humanos, o acusado tem o direito de receber “notificação prévia detalhada... das acusações manifestadas contra ele”. A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos não contém qualquer disposição expressa garantindo o direito de o acusado ser informado acerca das acusações criminais manifestadas contra ele. Entretanto, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos defende que as pessoas presas “devem ser informadas prontamente de quaisquer acusações contra elas”. ⁽⁵⁷⁾ Em relação a uma pessoa detida, o Princípio 10 do Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Prisão estabelece que tal pessoa

“deverá ser prontamente informada de quaisquer acusações contra ela”.

O direito de ser informado das acusações *em uma língua que a pessoa possa compreender* implica, obviamente, que as autoridades nacionais devem fornecer tradutores e intérpretes apropriados para o cumprimento dessa exigência, que é essencial para permitir que um suspeito se defenda de maneira adequada. Este direito mais genérico de fornecer interpretação durante a investigação está especificamente previsto no Princípio 14 do Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, de acordo com o qual

“Uma pessoa que não compreenda ou fale adequadamente a língua usada pelas autoridades responsáveis por sua prisão, detenção ou aprisionamento tem o direito de receber prontamente em uma língua que ela compreenda as informações referidas no princípio 10, no princípio 11, parágrafo 2º, no princípio 12, parágrafo 1º, e no princípio 13. Além disso, ela deverá ter assistência gratuita, caso necessite de um intérprete para os procedimentos que sucederem a sua prisão.”

O dever de informar um suspeito sobre os seus direitos durante a investigação “em uma língua que o suspeito fale e compreenda” também está previsto, por exemplo, no Artigo 42 (A) das Regras de Procedimento e Evidência dos Tribunais Penais de Ruanda e da Iugoslávia, que garantem igualmente o direito do suspeito “a ter assistência gratuita de um intérprete” se ele “não puder compreender ou falar a língua a ser usada para interrogatório”.

De acordo com a Comissão dos Direitos Humanos, o direito de ser informado no Artigo 14(3)(a) “aplica-se a todos os casos de acusações criminais, *incluindo aqueles de pessoas que não estão em detenção*”, e o termo “‘prontamente’ requer que a informação seja prestada na maneira descrita tão logo seja feita a acusação por uma autoridade competente”.⁽⁵⁸⁾ A Comissão especificou a esse respeito que

“esse direito deve passar a existir quando, no curso de uma investigação, um Juízo ou uma autoridade da promotoria decidir tomar medidas processuais contra uma pessoa suspeita de um crime ou publicamente citá-la como tal. As exigências específicas do sub-parágrafo 3(a) podem ser cumpridas através do estabelecimento da acusação, verbalmente ou por escrito, desde que a informação indique *a lei*

e os supostos fatos em que se baseia a acusação.(59)

De acordo com a Comissão, isto também significa que as “informações detalhadas acerca das acusações contra o acusado não devem ser fornecidas imediatamente quando da sua prisão, ***mas com o início da investigação preliminar ou o agendamento de alguma outra audiência que suscite uma clara suspeita oficial contra o acusado***”. (60) O dever de informar o acusado, segundo o Artigo 14(3)(a) do Pacto, é, desse modo, também “mais preciso do que aquele para pessoas detidas segundo” o Artigo 9º(2) do Pacto e, contanto que o acusado tenha sido prontamente trazido perante o juiz conforme determinação no Artigo 9º(3), “os detalhes da natureza e do motivo da acusação não precisam ser necessariamente fornecidos para o acusado imediatamente quando da sua prisão”.(61) Em um caso anterior a Comissão defendeu, entretanto, que “a exigência da pronta informação ... somente se aplica uma vez que o indivíduo tenha sido formalmente indiciado por um crime”, e que não, conseqüentemente, “se aplica às pessoas em prisão preventiva aguardando o resultado do inquérito criminal”, uma situação prevista no Artigo 9º(2) do Pacto.(62)

A questão, todavia, é se o entendimento, nesse segundo caso, está adequado ao ponto de vista da Comissão exposto no Comentário Geral ou nos casos referidos anteriormente.

Na aplicação do princípio da pronta informação, a Comissão concluiu que o Artigo 14(3)(a) não tinha sido violado em caso em que o autor reclamou que tinha sido detido por seis semanas antes de ser acusado do crime pelo qual ele foi posteriormente condenado. A Comissão concluiu, simplesmente, que era evidente, com base em material relevante, que o autor tinha sido “informado dos motivos de sua prisão e das acusações contra ele formuladas no momento em que a audiência preliminar teve início”. (63)

Entretanto, o Artigo 14(3)(a) tinha sido violado no caso em que a vítima não tinha sido informada sobre as acusações formuladas contra ela antes da mesma ser julgada *in camera* por um tribunal militar que a sentenciou a 30 anos de prisão e 15 anos de medidas de segurança especiais; além disso, ela nunca teve a chance de contatar o advogado designado para ela. (64)

Julgamentos à revelia apresentam um problema particular. Sem proibir tais procedimentos de modo geral, segundo o Artigo 14, a Comissão defende que eles “são em algumas circunstâncias (por exemplo, quando o acusado, embora informado do processo com antecedência suficiente, se recusa a exercer a comparecer) admissíveis no interesse da devida administração da justiça”; no entanto, exige-se precauções especiais a esse respeito, e “o efetivo exercício dos direitos segundo o Artigo 14, pressupõe que as providências necessárias sejam tomadas para informar o acusado com antecedência acerca do processo movido contra ele”. segundo o Artigo

14(3)(a), embora deva também haver “determinados limites aos esforços que podem ser devidamente esperados das autoridades responsáveis em estabelecer contato com o acusado”. (65)

O caso Mbenge

Os limites na responsabilidade das autoridades locais em localizar uma pessoa acusada não foram alcançados no caso *Mbenge*, no qual o Estado “não contestou a argumentação do autor de que este tomou conhecimento dos julgamentos através de reportagens da imprensa somente após a sua realização”. Embora as duas sentenças relevantes tenham afirmado “explicitamente que intimações para comparecer em juízo foram expedidas pelo escrevente do tribunal”, não havia “qualquer indicação... de quaisquer medidas efetivamente tomadas pelo Estado a fim de transmitir as intimações ao autor, cujo endereço na Bélgica [estava] corretamente reproduzido em” uma das sentenças e “era, portanto, conhecido pelas autoridades judiciais”. (66) Na verdade, o fato é que, de acordo com a sentença do segundo julgamento, a intimação tinha sido emitida somente três dias antes do início das audiências perante o tribunal, e confirmou a Comissão na sua conclusão “que o Estado deixou de envidar esforços suficientes para informar o autor acerca dos procedimentos no tribunal prestes a serem realizados, e deste modo possibilitar que ele preparasse a sua defesa”. Conseqüentemente, o Artigo 14(3)(a), (b), (d) e (e) do Pacto foi violado. (67)

O Artigo 8º(2)(b) da Convenção Americana dos Direitos Humanos foi violado no caso *Castillo Petruzzi et al.*, no qual “os acusados não receberam notificação detalhada com antecedência suficiente sobre as acusações contra eles formuladas”; na verdade, o indiciamento foi apresentado em 2 de janeiro de 1994, e os advogados somente puderam ter acesso aos autos no dia 6 de janeiro, “por um período de tempo muito breve”, sendo a sentença pronunciada no dia seguinte. (68)

Com base no Artigo 6º(3)(a) da Convenção Européia dos Direitos Humanos, o Tribunal Europeu defendeu que o recebimento pelos requerentes de um “boletim de ocorrências” dentro de dez horas e uma hora e um quarto, respectivamente, após as suas prisões foi suficiente; esses boletins de ocorrências continham informações sobre a acusação (violação da paz), bem como a data e o local da sua perpetração. (69)

Entretanto, houve violação do Artigo 6º(3)(a) no caso em que o requerente, que era de origem estrangeira, tinha informado às autoridades italianas sobre sua

dificuldade em compreender a notificação judicial que lhe tinha sido entregue. Solicitou que as autoridades lhe enviassem as informações em sua língua materna ou em uma das línguas oficiais das Nações Unidas. Ele não recebeu qualquer resposta para a sua carta e as autoridades continuaram a redigir os documentos na língua italiana. O Tribunal observou que “as autoridades judiciais da Itália deveriam ter tomado as providências necessárias para satisfação do pedido do requerente, a fim de assegurar a observância das exigências do [Artigo 6º(3)(a)], ao menos que pudessem se assegurar de que o requerente, de fato, tinha conhecimento suficiente da língua italiana para compreender o teor da carta que o notificou acerca das acusações formuladas contra ele”.⁽⁷⁰⁾

Cada pessoa acusada de um crime deve ser informada prontamente em uma língua em que possa compreender as acusações formuladas contra ela, com detalhes acerca dos fatos e da lei que fundamentam a acusação.

Essas informações devem ser prestadas em tempo hábil antes do julgamento, permitindo que a pessoa acusada prepare a sua defesa de maneira eficaz.

6.4 O direito à assistência jurídica

O direito de solicitar assistência jurídica mediante prisão e detenção é fundamental em muitos aspectos, tanto para garantir o direito a uma defesa eficiente bem como para proteger a integridade física e mental da pessoa privada de sua liberdade. Enquanto todos os Tratados relevantes sobre direitos humanos asseguram o direito ao acusado de escolher o seu próprio advogado (Artigo 14(3)(d) do Pacto Internacional, Artigo 7º(1)(c) da Carta Africana e Artigo 6º(3)(c) da Convenção Européia), o Artigo 8º(2)(d) da Convenção Americana dos Direitos Humanos estabelece igualmente que, durante o processo criminal, cada pessoa acusada tem o direito “*de se comunicar de maneira livre e privada com o seu advogado*” (destaque adicionado). Nem o Pacto Internacional, nem a Carta Africana e nem a Convenção Européia contêm proteção expressa de confidencialidade da relação cliente-advogado.

Entretanto, a Regra 93 das Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Prisioneiros das Nações Unidas de 1955 estabelece que

“Para efeito da sua defesa, deverá ser permitido a um prisioneiro ainda não julgado buscar assistência jurídica gratuita, quando tal assistência estiver disponível, e receber visitas

fornecer ao prisioneiro instruções confidenciais. Com tais propósitos, ele poderá, se assim o desejar, receber material necessário para escrever. As entrevistas entre o prisioneiro e o seu advogado podem ocorrer dentro do escopo de visão, mas fora do alcance de audição, da polícia ou do funcionário da instituição”.

O Princípio 18 do Corpo de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Prisão de 1988 estipula detalhes adicionais a esse respeito:

- “1. Uma pessoa detida ou presa deverá ter o direito de consultar e de se comunicar com o seu advogado.
2. Uma pessoa detida ou presa deverá ter tempo e recursos adequados para consultar o seu advogado.
3. O direito de uma pessoa detida ou presa de receber a visita de seu advogado, consultá-lo e se comunicar com este, sem demora ou censura e em total confidencialidade, não pode ser suspenso ou restrito, salvo em circunstâncias excepcionais a serem especificadas pela lei ou por regulamentos, quando for considerado indispensável por uma autoridade judicial ou por outra autoridade para a manutenção da segurança e da ordem.
4. As entrevistas entre uma pessoa detida ou aprisionada e o seu advogado podem ocorrer dentro do escopo de visão, mas fora do alcance de audição, de um oficial responsável pela aplicação da lei.
5. As comunicações mencionadas neste princípio ocorridas entre uma pessoa detida ou presa e seu advogado não serão usadas contra a pessoa detida ou presa, salvo se esta estiver associadas a um crime contínuo ou contemplado.”

De acordo com o Princípio 15 do Conjunto de Princípios, “a comunicação da pessoa detida ou presa com o mundo externo, e com a sua família ou advogado, não deverá ser negada por mais de uma questão de dias”. A própria Comissão dos Direitos Humanos declarou em seu Comentário Geral No. 20, no Artigo 7º, que disposições “devem... ser estabelecidas contra a detenção sem comunicação”.⁽⁷¹⁾

O direito à assistência jurídica, incluindo assistência jurídica sem pagamento quando o suspeito não tem recursos suficientes, é também garantido pela Regra 42(A)(i) das Regras de Procedimento e Evidência dos Tribunais de Ruanda e da Iugoslávia. Adicionalmente, a Regra 67(A) das Regras de Detenção do Tribunal da Iugoslávia estabelece que “cada detido deverá ter o direito de se comunicar totalmente e sem restrições com o seu advogado, com a assistência de um intérprete quando necessário” e, ainda, que “toda a respectiva correspondência e comunicação será privilegiada”. Finalmente, a Regra 67(D) das Regras de Detenção estipula que as entrevistas “com o advogado e o intérprete serão conduzidas dentro do escopo de visão, mas fora do alcance da audição, seja direta ou indireta, dos funcionários da unidade de detenção”. Disposições semelhantes estão previstas na Regra 65 das Regras de Detenção do Tribunal de Ruanda.

O direito ao acesso à assistência jurídica deve estar efetivamente disponível, caso contrário, a Comissão dos Direitos Humanos tem deliberado que houve violação do Artigo 14(3). ⁽⁷²⁾ Esta disposição foi obviamente também violada quando a pessoa envolvida não teve acesso a qualquer assistência jurídica durante os dez primeiros meses da sua detenção e, além disso, não estava presente quando foi julgada.⁽⁷³⁾ Entretanto, este, bem como muitos outros casos tratados pela Comissão dos Direitos Humanos, foi um caso extremo, uma vez que se referia a situação de detidos mantidos na sombra da ditadura.

Na sua Resolução sobre o Direito ao Recurso e a um Julgamento Justo, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos reiterou o direito de defesa previsto no Artigo 7º(1)(c) da Carta Africana sustentando que na determinação de acusações contra eles, os indivíduos terão em particular o direito de “se comunicarem em sigilo com o advogado de sua escolha”. Este direito foi violado no caso da Media Rights Agenda, no qual o Sr. Niran Malaolu, teve negado seu acesso a um advogado, além de não ter sido representado por um advogado de sua própria escolha. ⁽⁷⁴⁾

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos observou que “a Convenção Européia não garante expressamente o direito de uma pessoa acusada de um crime de se comunicar com o advogado de defesa sem impedimentos”; mas, ao invés disso, entre outras coisas, referiu-se ao Artigo 93 das Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Prisioneiros adotado pela Comissão de Ministros do Conselho da Europa através da Resolução (73) 5, que prevê o quanto segue:

“Uma pessoa sem ter sido julgada terá o direito, assim que aprisionada, de escolher o seu representante legal, ou de solicitar assistência legal gratuita quando tal assistência estiver disponível, bem como de receber visitas do seu advogado, para preparar a sua defesa e entregar ao acusado, bem como receber instruções confidenciais. Mediante o seu pedido, ela receberá todos os recursos necessários para este fim. Em particular, ela receberá a assistência gratuita de um intérprete para todos os contatos essenciais com a administração e para a sua defesa. As entrevistas entre o prisioneiro e o seu consultor jurídico podem ocorrer dentro do escopo de visão, mas fora do alcance de audição, seja direto ou indireto, de um policial ou de um funcionário da instituição.” (75)

O Tribunal ainda afirmou que “considera que o direito de um acusado de se comunicar com o seu advogado fora do alcance da audição de um terceiro faz parte dos requerimentos fundamentais de um julgamento justo em uma sociedade democrática e resulta do” Artigo 6º(3)(c) da Convenção. “Se o advogado não puder se comunicar com o seu cliente e receber instruções confidenciais do mesmo sem qualquer vigilância, a sua assistência perderá a sua utilidade, enquanto a Convenção tem o objetivo de assegurar os direitos práticos e eficazes.”(76)

O caso S. v. Suíça

No caso *S. v. Suíça*, o requerente reclamou de uma violação do Artigo 6º(3)(c), pela vigilância realizada pelas autoridades Suíças durante os encontros com o seu advogado, as quais somente o autorizaram a consultar uma fração dos autos do processo. Também parece com base nos fatos que algumas cartas do requerente para o seu advogado foram interceptadas e que, em uma ocasião, os policiais, supervisionando o encontro, até mesmo fizeram anotações. O Governo argumentou perante o Tribunal que a vigilância era justificada por razões de “conluio” uma vez que havia o perigo que os diferentes advogados dos dois acusados coordenariam as suas estratégias de defesa. Entretanto, o Tribunal concluiu que o direito do requerente, segundo o Artigo 6º(3)(c), de se comunicar com o seu advogado foi violado porque “não obstante a seriedade das acusações contra o requerente”, a possibilidade de conluio não poderia “justificar a restrição em questão e nenhum outro motivo convincente apresentado para assim o fazer”. De acordo com o Tribunal, não havia “nada de extraordinário em haver colaboração entre os advogados de defesa para coordenar as suas estratégias de defesa”, e nem “a ética profissional” do advogado de defesa nomeado pelo Tribunal “nem a legalidade de sua conduta foram a qualquer tempo contestadas nesse caso”. Além disso, “a restrição em questão durou mais de sete meses”. (77)

Conforme observado, a jurisprudência dos órgãos internacionais de monitoramento confirma que as regras de um julgamento justo contidas nos Tratados internacionais de direitos humanos, embora pareçam objetivar especialmente a garantia de um processo justo no tribunal, elas também podem ser aplicadas nos estágios de pré-julgamento da investigação criminal, pelo menos na extensão necessária para assegurar uma subsequente audiência justa perante um Juízo de direito independente e imparcial.

Isto resulta, entre outras coisas, da jurisprudência da Comissão de Direitos Humanos sobre o direito de acesso a um advogado segundo o Artigo 14, que será tratado ainda mais detalhadamente no Capítulo 7. Além disso, no que diz respeito ao Artigo 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos, o Tribunal Europeu defende que o Artigo 6º(3) “pode ser relevante antes que um caso seja enviado para julgamento se e na medida em que a equidade do julgamento puder ser seriamente prejudicada por uma falha inicial no cumprimento de suas disposições”. (78) Em relação ao Artigo 6º(3)(c), que se refere ao direito de se defender pessoalmente ou através da assistência de um advogado de escolha do próprio indivíduo, a forma de sua aplicação “durante a investigação preliminar depende das características especiais dos procedimentos envolvidos e das circunstâncias do caso”.(79) No caso *Murray*, o Tribunal Europeu explicou a sua posição nos seguintes termos:

“63. As leis nacionais podem imputar

conseqüências à atitude de um acusado nos estágios iniciais do interrogatório policial, que são de caráter decisivo para a defesa em qualquer processo criminal subsequente. Em tais circunstâncias, o Artigo 6º normalmente determinará que seja permitido ao acusado se beneficiar da assistência de um advogado logo nos estágios iniciais do interrogatório policial. Entretanto, este direito, que não é explicitamente previsto na Convenção, pode estar sujeito à restrições por justa causa. A questão, em cada caso, é se a restrição, tendo em vista o processo como um todo, privou o acusado de uma audiência justa.” (80)

Pronto Acesso a um Advogado: O caso Murray

No caso Murray, foi negado ao requerente acesso a um advogado durante as primeiras 48 horas da sua detenção, o que foi decidido com fundamento no Artigo 15 da Lei da Irlanda do Norte (Disposições Emergenciais) de 1987 “baseado no fato de que a polícia tinha motivos razoáveis para acreditar que o exercício do direito ao acesso interferiria, entre outras coisas, na coleta de informações sobre a perpetração de atos de terrorismo ou tornaria mais difícil prevenir tal interferência”.⁽⁸¹⁾ O requerente foi advertido segundo o Regulamento de Provas Criminais (Irlanda do Norte) de 1988 que, se ele escolhesse permanecer em silêncio, inferências poderiam ser feitas para servir de suporte à provas existentes contra ele. O Tribunal Europeu considerou que a disposição contida em tal determinação

“...é de importância fundamental para os direitos da defesa que um acusado tenha acesso a um advogado nos estágios iniciais do interrogatório policial. Observa-se... que, segundo o Regulamento, no início do interrogatório policial, o acusado é confrontado com o dilema fundamental relacionado a defesa. Se ele escolher permanecer em silêncio, inferências adversas podem ser feitas contra ele de acordo com as disposições do Regulamento. Por outro lado, se o acusado optar por quebrar o seu silêncio durante o curso do interrogatório, ele corre o risco de prejudicar a sua defesa sem necessariamente remover a possibilidade da serem realizadas inferências contra ele. ⁽⁸²⁾

A conclusão foi que, “em tais condições o conceito de equidade previsto no Artigo 6º estabelece que o acusado tenha o benefício da assistência de um advogado logo nos estágios iniciais do interrogatório policial”, e que “negar acesso a um advogado durante as primeiras 48 horas do interrogatório policial, em uma situação na qual os direitos da defesa podem ser irreparavelmente prejudicados, é – seja qual for a justificativa para tal recusa – incompatível com os direitos do acusado segundo o Artigo 6º”.⁽⁸³⁾

Quando submetida à privação da sua liberdade, uma pessoa tem o direito de acesso a um advogado sem demora, bem como de poder consultar o seu defensor em particular. Ter pronto acesso a um advogado no estágio inicial das investigações policiais pode ser essencial para evitar danos irreparáveis em relação aos direitos de defesa.

6.5 O direito de não ser forçado a testemunhar contra si mesmo / O direito de permanecer em silêncio

O Artigo 14(3)(g) do Pacto Internacional assegura o direito de cada indivíduo “de não ser obrigado a testemunhar contra si mesmo, nem se confessar culpado”, e o Artigo 8º(2)(g) da Convenção Americana prevê o direito de cada indivíduo “de não ser forçado a testemunhar contra si mesmo, nem se confessar culpado”, uma disposição que é reforçada pelo Artigo 8º(3) de acordo com o qual “a confissão de culpa pelo acusado será válida somente se for feita sem coerção de qualquer tipo”. A Carta Africana e a Convenção Européia não contêm disposição semelhante. A efetiva proteção desse direito é de importância fundamental no curso das investigações preliminares, quando a tentação pode ser maior para exercer pressão nas pessoas suspeitas para fazer com que estas confessem a culpa. Vale a pena notar que a Diretriz 16 das Diretrizes sobre o Papel dos Promotores também dispõe que os promotores devem recusar provas que tiverem sido obtidas através do recurso a métodos ilegais. (84)

O direito de não ser forçado a incriminar a si mesmo nem se confessar culpado está também previsto no Artigo 55(1)(a) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional e nos Artigos 20(4)(g) e 21(4)(g) dos respectivos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda e para a antiga Iugoslávia.

O Artigo 14(3)(g) do Pacto foi violado em várias ocasiões, tais como quando o autor foi “forçado através de tortura a se confessar culpado”. Ele tinha, na verdade, sido mantido incomunicável por três meses, período durante o qual foi “objeto de extremos maus-tratos e forçado a assinar uma confissão”. (85) Enquanto situações muito graves deste tipo são claramente incompatíveis com a proibição da incriminação forçada de si mesmo, há, como será visto abaixo, outras circunstâncias nas quais pode ser mais difícil avaliar a legalidade da coerção a qual o acusado esteve sujeito.

Do direito de não ser forçado a testemunhar contra si mesmo deriva **o direito de permanecer em silêncio**, embora os quatro Tratados dos direitos humanos

analisados neste Manual não contemplem este direito durante o interrogatório policial ou durante o processo criminal. Entretanto, a Regra 42(A)(iii) das Regras de Procedimento e Evidência tanto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, como o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia fazem referência expressa a este direito, como assim o faz o Artigo 55(2)(b) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Além disso, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem defendido claramente que

“não pode haver dúvida de que o direito de permanecer em silêncio em interrogatório policial e o privilégio contra a auto-incriminação são geralmente padrões internacionais reconhecidos fundamentados no cerne da noção de um procedimento justo segundo o Artigo 6°. ... Quando se proporciona ao acusado proteção contra a coerção indevida pelas autoridades, essas imunidades contribuem para evitar erros judiciais e assegurar os objetivos do Artigo 6°.”(86)

É absoluto o direito de permanecer em silêncio? Ponto de Vista do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Nesse caso particular, o requerente foi preso segundo a Lei de Prevenção ao Terrorismo (Disposições Temporárias) de 1989 e advertido pelo oficial de polícia de acordo com o Artigo 3° do Regulamento de Provas Criminais (Irlanda do Norte) de 1988 que, considerando que, embora não tivesse que dizer nada a menos que assim o desejasse, o seu silêncio poderia ser entendido como suporte de qualquer prova relevante contra ele; ele foi subseqüentemente advertido várias vezes. O requerente foi preso descendo as escadas de uma casa na qual supostos terroristas do IRA foram presos junto com a vítima. Durante o julgamento pelo crime de co-autoria em assassinato, o requerente permaneceu em silêncio, mas foi novamente advertido pelo Juízo que, no momento em que fosse decidir pela culpa do acusado, poderia levar em consideração contra ele “na medida em que considerasse adequada” a sua “recusa em fornecer provas ou responder quaisquer perguntas”. (87) Ele foi julgado culpado cúmplice pelo crime de prisão ilegal de um homem contra o qual havia conspiração de assassinato, mas foi absolvido das outras acusações.

O Tribunal Europeu se absteve nesse caso de produzir “uma análise sumária do escopo do” direito de permanecer em silêncio e do privilégio contra a auto-incriminação e, em particular, do que constitui nesse contexto ‘coação indevida’”, porque o que estava em risco era

“se essas imunidades são absolutas no sentido em que o exercício por um acusado do direito ao silêncio não pode, sob qualquer circunstância, ser usado contra ele no julgamento ou,

alternativamente, se informá-lo antecipadamente, em determinadas condições, que o seu silêncio pode ser usado dessa maneira, é sempre considerado ‘coação indevida’.⁽⁸⁸⁾

Enquanto era “auto-evidente” para o Tribunal “que é incompatível com as imunidades sob análise basear uma condenação unicamente ou especialmente no silêncio do acusado, na recusa em responder perguntas ou no fato dele próprio fornecer provas”, era “igualmente óbvio que essas imunidades não podem e não devem impedir que o silêncio do acusado, em situações que claramente demandam uma explicação deste seja levado em consideração na apreciação da afirmação das provas alegadas pela promotoria”. Ocorreu que, “onde quer que a linha entre esses dois extremos seja delineada”, a questão se o direito de permanecer em silêncio “é absoluto deve ser respondida na negativa”.⁽⁸⁹⁾ Portanto, ainda deu-se que “não pode ser dito... que a decisão de um acusado de permanecer em silêncio durante todo o processo criminal não deve necessariamente ter implicações quando o tribunal de julgamento tentar avaliar as provas contra ele”. Concordando com o Governo depoente, o Tribunal ainda observou que “padrões internacionais estabelecidos nessa área, na disposição do direito ao silêncio e do privilégio contra a auto-incriminação são omissos nesse ponto”.⁽⁹⁰⁾ Isto também significou que a questão se

“... a realização de inferências adversas baseadas no silêncio do acusado infringe o Artigo 6º é uma questão a ser determinada em face de todas as circunstâncias do caso, tendo especial consideração as situações em que inferências podem ser feitas, o peso dado a elas pelos tribunais nacionais na sua avaliação das provas e do grau de coerção é inerente à situação”.⁽⁹¹⁾

O Tribunal Europeu analisou cuidadosamente os poderes do juiz do julgamento na esfera nacional e concluiu que ele somente poderia fazer “inferências de bom senso que [ele] julgasse adequadas, tendo em vista as provas contra o acusado”. Adicionalmente, o juiz do julgamento teve “a discricção de decidir se uma inferência deveria ser feita com base nos fatos do caso específico” e, finalmente, o exercício do juízo foi “objeto de análise dos tribunais de apelação”.⁽⁹²⁾ Contra os antecedentes desse caso particular, o Tribunal Europeu eventualmente recusou que “a realização de inferências razoáveis baseadas no comportamento do requerente tivesse o efeito de transferir o ônus da prova da promotoria para a defesa a fim de infringir o princípio de presunção da inocência”.⁽⁹³⁾

É, entretanto, muito cedo para saber se a interpretação europeia acima do direito ao silêncio será compartilhada pela Comissão dos Direitos Humanos e/ou pelos outros órgãos regionais de monitoramento.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional: Observa-se a esse respeito que o Artigo 55(2)(b) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional estabelece que um suspeito deverá ser informado antes do interrogatório que ele tem o direito de “permanecer em silêncio, *sem que tal silêncio seja considerado um motivo para a determinação da culpa ou consciência*” (destaque adicionado). Enquanto os termos desse Estatuto não podem ser considerados uma interpretação oficial dos tratados dos direitos humanos analisados neste Manual, eles constituem um documento legal com peso jurídico significativo. Este assunto de fundamental importância suscita as seguintes perguntas:

- Pode a decisão do Tribunal Europeu no caso Murray ser considerada como consistente no Artigo 55(2)(b) do Estatuto do Tribunal Criminal Internacional?
- A confiança no papel desempenhado pelas “implicações do bom senso” fornece garantias suficientes contra possíveis erros judiciais?
- Esta noção é clara o suficiente para ocupar um lugar na avaliação das provas em processos criminais?
- E se, por exemplo, o suspeito se recusar a falar por temer represálias pelos co-acusados e outras pessoas?

Um suspeito não deve, em qualquer tempo ou circunstância, ser obrigado a incriminar a si mesmo ou confessar a sua culpa e tem o direito de permanecer em silêncio em tempo integral.

6.6 O dever de fazer o registro do interrogatório

É essencial efetuar registros dos interrogatórios para prevenir e, se necessário, provar a ocorrência de tratamentos proibidos pela Lei Internacional de Direitos Humanos, e, conseqüentemente, também para eventuais processos judiciais, deixando-os disponíveis tanto para as autoridades de acusação, como para a defesa. Sobre este assunto, a Comissão de Direitos Humanos declarou no seu Comentário Geral No. 20 em relação ao Artigo 7º do Pacto Internacional que “o horário e o local de todos os interrogatórios devem ser registrados, juntamente com os nomes de todas as pessoas presentes e as informações devem estar disponíveis para processos judiciais ou administrativos.” (94)

O Princípio 23 do Corpo de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Prisão aborda o dever de efetuar registros dos

interrogatórios nos seguintes termos:

“1. A duração de qualquer interrogatório de uma pessoa detida ou aprisionada e os intervalos entre os interrogatórios bem como a identidade dos oficiais que conduziram os interrogatórios e das outras pessoas presentes devem ser registradas e autenticadas conforme previsto pela lei.

2. Uma pessoa detida ou aprisionada, ou o seu advogado, deverá ter acesso às informações descritas no parágrafo 1 deste princípio, na forma designada por lei.”

A Regra 43 das Regras de Procedimento e Evidência dos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda e para a antiga Iugoslávia estabelece que os interrogatórios de suspeitos “devem ser gravados em áudio ou vídeo”, de acordo com um procedimento especial definido em tal regra, devendo o suspeito receber uma cópia da respectiva transcrição (Regra 43(iv)).

Registros detalhados dos interrogatórios devem ser guardados em tempo integral, devendo ficar disponíveis ao suspeito e ao seu advogado.

6.7 O direito de ter tempo e recursos adequados para preparação da sua defesa

O Artigo 14(3)(b) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estabelece que quando do estabelecimento de qualquer acusação criminal, todos têm o direito “de ter o tempo e os recursos adequados para a preparação da defesa e de se comunicar com o advogado de sua escolha”. O Artigo 8º(2)(c) da Convenção Americana dos Direitos Humanos assegura ao acusado “tempo e meios adequados para a preparação de sua defesa”, enquanto o Artigo 6º(3)(b) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos fala de “tempo e recursos adequados para a preparação da defesa”. O Artigo 7º(1) da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos garante em âmbito mundial “o direito à defesa, incluindo o direito de ser defendido pelo advogado de sua escolha”. Os Artigos 20 e 21, respectivamente, dos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda e para a antiga Iugoslávia, foram fortemente inspirados pelo Artigo 14 do Pacto Internacional e ambos estabelecem que o acusado deverá “ter o tempo e os recursos adequados para a preparação de sua defesa e para se comunicar com o advogado de sua própria escolha” (Artigos 20(4)(b) e 21(4)(b)). Como analisaremos mais detalhadamente esse direito no Capítulo 7, exporemos apenas alguns exemplos da jurisprudência internacional, os quais tais

exemplos se referem mais precisamente à falta de tempo e de recursos necessários para a preparação da defesa do acusado no estágio inicial das investigações.

Conforme enfatizado pela Comissão dos Direitos Humanos, “o direito de uma pessoa acusada de ter tempo e recursos adequados para a preparação da sua defesa é um elemento importante da garantia de um julgamento justo e um corolário do princípio da igualdade”. (95) No Comentário Geral No. 13 do Artigo 14, a Comissão também explicou que o significado de “*tempo adequado*’ depende das circunstâncias de cada caso, mas os *recursos* devem incluir o acesso a *documentos e a outras provas* que o acusado solicitar para preparar o seu caso, bem como a oportunidade de encontrar e se comunicar com o seu *advogado*. Quando o acusado não desejar se defender pessoalmente ou solicitar uma pessoa ou um representante de sua escolha, ele deve poder recorrer a um advogado.”(96) Esta disposição também “estabelece que o advogado se comunique com o acusado em condições que *respeitem completamente a confidencialidade das suas comunicações*”, e os advogados “devem poder orientar e representar os seus clientes de acordo com os seus padrões e julgamentos profissionais estabelecidos sem quaisquer restrições, influências, pressões ou interferência indevida de qualquer origem”.(97)

Quando o autor reivindicou que ele não teve tempo adequado para a preparação da sua defesa, a Comissão observou que ele estava na verdade “sendo representado no julgamento pelo mesmo advogado que o tinha representado no interrogatório preliminar”, e ainda, que “nem o autor, nem o advogado tinham solicitado ao Tribunal mais tempo para preparar a defesa”; conseqüentemente, não houve violação do Artigo 14(3)(b).(98) *Se a defesa considerar que não teve tempo e recursos suficientes para se preparar, é importante que esta solicite um adiamento do processo.*

Entretanto, a Comissão tem enfatizado que “nos casos em que a *sentença capital* pode ser pronunciada, é axiomático que tempo suficiente deva ser concedido ao acusado e ao seu advogado para preparação da defesa para o julgamento”, e que “esta exigência se aplica a *todos* os estágios do processo judicial”; novamente, “a determinação do que constitui ‘tempo adequado’ requer uma avaliação das circunstâncias individuais de cada caso”.(99)

O caso Wdireito

No caso Wdireito, o autor argumentou que ele não tinha tido tempo suficiente para a preparação da sua defesa, “que o advogado designado para o caso foi instruído no mesmo dia que o julgamento começou”, e que, portanto, “ele teve menos de um dia para preparar o caso”. (100) A Comissão aceitou que “houve pressão considerável para iniciar o julgamento conforme agendado” por causa da chegada de uma testemunha dos Estados Unidos e que era “incontestável” que, conforme apresentado pelo autor, o advogado foi nomeado “na mesma manhã que o julgamento estava agendado para começar” e, portanto, “teve menos de um dia para preparar” a defesa do autor; no entanto era “igualmente incontestável que nenhum adiamento do julgamento foi solicitado pelo” advogado do autor.(101) Desse modo, a Comissão “não considerou que a responsabilidade preparação inadequada da defesa poderia ser atribuída às autoridades judiciais, bem como ao Estado”, acrescentando que “se o advogado tivesse sentido que eles não estavam devidamente preparados, este deveria ter **solicitado o adiamento do julgamento**”.(102) Assim, não houve violação do Artigo 14(3)(b) no caso. O requerente foi condenado por assassinato e sentenciado à execução.

Tendo em vista o resultado no caso Wdireito, pode se perguntar se, em casos de pena de morte ou em outros casos, nos quais uma sentença de prisão rigorosa pode ser imposta ao acusado ao fim de seu julgamento, é justo colocar **toda** a responsabilidade para o cumprimento do Artigo 14(3)(b) na defesa. Como medida de justiça, pode o juiz em questão ter o dever de verificar se foi assegurado ao acusado o tempo e os recursos adequados para a preparação da sua defesa?

O caso Smith

No caso *Smith*, outro caso de pena de morte, a Comissão concluiu que o Artigo 14(3)(b) tinha de fato sido violado. Nesse caso o autor também reclamou que o seu julgamento foi injusto, e que ele não teve tempo suficiente para preparar a sua defesa, uma vez que ele somente pôde se consultar com o seu advogado no primeiro dia do seu julgamento e que, em decorrência disso, algumas das testemunhas-chaves não puderam ser convocadas. De acordo com a Comissão, era “incontestável que a defesa havia sido preparada no primeiro dia de julgamento”; um dos advogados do autor nomeados pelo tribunal pediu a sua substituição e o advogado que o substituiu se retirou do caso no dia anterior ao início do julgamento. O advogado que formulou sua defesa chegou ao tribunal às 10 horas da manhã, quando o julgamento começou, e requereu o adiamento até às 2 horas da tarde, “para permitir que se reunisse com o seu cliente, pois as autoridades carcerárias não foi permitiram a visita ao seu cliente na noite anterior”. (103) O pedido foi deferido e o tendo o advogado “apenas quatro horas para encontrar um assistente e se comunicar com o autor, o que pôde fazer somente de maneira superficial”.(104) Isto, concluiu a Comissão, foi “insuficiente para preparar, de forma adequada, a defesa em um caso de pena capital” e houve, além disso, “a indicação de que foi afetada a possibilidade de o advogado determinar quais testemunhas deveria convocar”.(105) Conseqüentemente, estes fatos constituíram uma violação do Artigo 14(3)(b) do Pacto.(106)

No caso *Smith* a defesa realmente solicitou um breve adiamento. O que você acha que a Comissão teria decidido se tal adiamento não tivesse sido solicitado pelo advogado de defesa?

Detenção sem comunicação: O Artigo 14(3)(b) foi também violado no caso *Marais*, que não pôde se comunicar com o seu advogado e preparar a sua defesa, exceto por dois dias durante o próprio julgamento. Embora o advogado tivesse “obtido autorização do Juiz de Instrução para ver o seu cliente, ele foi repetidamente impedido de assim o fazer”, o seu cliente foi mantido incomunicável.(107) Tanto o Artigo 14(3)(b), como o Artigo 14(3)(d) foram violados no caso *Yasseen e Thomas*, onde *Yasseen* não teve representação legal durante os quatro primeiros dias do seu julgamento, em que a sentença de morte foi pronunciada.(108)

Em vários casos ajuizados contra o Uruguai nos anos 70 e no início dos anos 80, esta disposição particular foi violada, entre outras, e as características comuns

desses casos foram que os autores tinham sido presos e detidos sob suspeita de estarem envolvidos em atividades subversivas ou terroristas, mantidos incomunicáveis por longos períodos, sujeitos à tortura e outros maus-tratos e, após, julgados e condenados por tribunais militares.⁽¹⁰⁹⁾ O Artigo 14(3)(b) foi também violado no caso *Wight* contra Madagascar, no qual o acusado foi “mantido incomunicável, sem acesso a um advogado” durante um período de dez meses “enquanto acusações criminais contra ele estavam sendo investigadas e apresentadas”.⁽¹¹⁰⁾ Adicionalmente, no caso *Peñarrieta et al.*, a Comissão concluiu que o Artigo 14(3)(b) tinha sido violado porque os autores não tiveram acesso a um advogado “durante os primeiros 44 dias de detenção”, ou seja, quando foram mantidos *incomunicáveis* após terem sido presos.⁽¹¹¹⁾

A detenção sem comunicação que dura por semanas, ou mesmo meses, é uma violação grave aos direitos humanos, entre eles o direito de preparar a defesa do indivíduo. Entretanto, mesmo breves períodos de detenção sem comunicação podem ter sérios efeitos adversos nos direitos da pessoa detida, incluindo o seu direito de se defender pessoalmente, e, conforme afirmado pela Comissão de Direitos Humanos, as disposições devem, portanto “ser também estabelecidas contra a detenção sem comunicação”. ⁽¹¹²⁾

Acesso aos documentos: Em relação ao **acesso aos documentos** pelo acusado e/ou seu advogado, a Comissão especificou que o Artigo 14(3)(b) “não prevê de maneira explícita o direito de uma pessoa acusada de receber cópias de todos os documentos relevantes em uma investigação criminal, mas estabelece que a pessoa acusada deverá ‘ter tempo e condições adequadas para preparara sua defesa e para se comunicar com o advogado que escolher’. Em um caso em que o autor teve a chance de, por aproximadamente dois meses antes da audiência do seu caso, “pessoalmente ou através do seu advogado”, examinar “os documentos relevantes para o seu caso no distrito policial”, apesar de ter decidido “não o fazer, mas ter solicitado o envio de cópias de todos os documentos ”, não houve violação do Artigo 14(3)(b) do Pacto. ⁽¹¹³⁾

Além disso, de acordo com a jurisprudência da Comissão, “o direito a um julgamento justo não implica que um acusado que não compreenda a língua usada no Tribunal, tenha o direito de ser provido com traduções de todos os documentos relevantes do inquérito criminal, **desde que os documentos relevantes estejam disponíveis ao seu advogado**”.⁽¹¹⁴⁾ No caso em que um cidadão britânico julgado na Noruega teve um advogado norueguês da sua própria escolha, que teve acesso a todos os autos do processo, bem como foi assistido por uma intérprete durante os encontros com o requerente, não houve violação ao direito a um julgamento justo conforme previsto no Artigo 14(2), nem ao direito a ter recursos adequados para a preparação da sua defesa conforme disposto pelo Artigo 14(3)(b) foram violados. Todavia, se o advogado tivesse considerado que não teve tempo suficiente para se familiarizar com o processo, poderia ter solicitado um adiamento, o que não ocorreu. ⁽¹¹⁵⁾

O Artigo 8º(2)(c) da Convenção Americana dos Direitos Humanos foi violado no caso *Castillo Petruzzi et al.*, no qual “as condições sob as quais os advogados de defesa tiveram que atuar foram totalmente impróprias para uma defesa apropriada, pois eles não tiveram acesso aos autos do processo até o dia anterior ao pronunciamento da sentença em primeira instância”. Assim, de acordo com o Tribunal Inter-Americano dos Direitos Humanos, “a presença e a participação dos advogados de defesa foram meras formalidades”, e desse modo, pode ser “argumentado que as vítimas estiveram longe de ter um meio de defesa apropriado”. (116)

Uma pessoa acusada sempre deve ter tempo e recursos adequados para a preparação da sua defesa, incluindo o acesso efetivo aos documentos e outras provas que são essenciais para a sua defesa. A detenção sem comunicação interfere com este direito de assegurar uma defesa eficiente e deve ser portanto banida.

7. Observações Finais

Sem ser exaustivo, este capítulo descreveu alguns dos direitos humanos essenciais que devem ser resguardados durante o processo de investigação de pré-julgamento em atividades criminais. Eles compreendem um número de direitos essenciais destinados a preservar não somente a integridade física e mental do suspeito, mas também o seu direito de assegurar uma defesa eficaz dos procedimentos iniciais ao julgamento propriamente dito. Para que esses direitos sejam efetivamente concretizados, todos os operadores do direito, quais sejam, juízes, promotores e advogados, desempenham um papel essencial. A polícia e as autoridades de acusação têm o dever profissional, de acordo com a lei internacional, de proteger esses direitos. Também os juízes devem estar alertas quanto ao desrespeito a direitos importantes, como a não submissão à tortura, o acesso à assistência jurídica, o direito de não ser obrigado a testemunhar contra si mesmo e o direito de elaborar uma defesa eficaz. Acrescente-se, ainda, os direitos à igualdade perante a lei e à presunção da inocência, podendo-se concluir que a lei internacional de direitos humanos consiste em uma importante fonte para a criação de um sistema judicial baseado no respeito ao estado de direito e aos direitos do indivíduo, com o propósito fundamental de administrar a justiça de maneira justa e eficiente.



.....**Capítulo 7**
O DIREITO A UM JULGAMENTO
JUSTO: PARTE II – DO JULGAMENTO
À SENTENÇA FINAL.....

Objetivos do Aprendizado

- *Familiarizar os participantes do curso com algumas das regras legais internacionais relativas aos direitos das pessoas processadas por crimes durante o julgamento, e a aplicação destas regras pelos órgãos de monitoramento internacional;*
- *Sensibilizar os participantes da importância da aplicação destas regras legais a fim de proteger uma ampla gama de direitos humanos em uma sociedade baseada em leis;*
- *Criar consciência entre os juízes, promotores e advogados participantes de seu papel primordial na aplicação da lei, incluindo o direito a um julgamento justo em todas as situações, inclusive em situações de crise.*

Perguntas

- *Você já está familiarizado com as regras internacionais relativas ao julgamento justo?*
- *Estas regras já fazem parte do sistema legal no qual você trabalha?*
- *Em caso afirmativo, qual o seu status jurídico e você já teve alguma oportunidade de aplicá-las?*
- *Em vista da sua experiência, você tem alguma preocupação particular – ou experimentou algum problema específico – ao assegurar os direitos humanos de uma pessoa nos estágios pré-julgamento e durante o julgamento?*
- *Em caso afirmativo, quais foram estas preocupações ou problemas e como elas foram tratadas, considerando o aparato legal com que você trabalha?*
- *Quais questões você gostaria de endereçar especificamente aos facilitadores/treinadores durante este curso?*
- *Você teria algum conselho a dar aos juízes, promotores e advogados exercendo suas responsabilidades profissionais em situações difíceis, a fim de ajudá-los a garantir a aplicação segura das regras do julgamento justo?*

Instrumentos Legais Relevantes

Instrumentos Universais

- Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, 1966
- Estatuto do Tribunal Penal Internacional, 1998

- Diretrizes para a Atuação dos Promotores, 1990
- Princípios Básicos para a Atuação dos Advogados, 1990

Instrumentos Regionais

- Carta Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas, 1981
- Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, 1969
- Convenção Européia sobre os Direitos Humanos, 1950

1. Introdução

Este capítulo, continuação lógica do Capítulo 6º, o qual tratou de alguns dos direitos humanos fundamentais que devem ser garantidos nas investigações criminais, será dedicado às regras legais internacionais que se aplicam aos julgamentos. Também serão abordadas outras questões relacionadas relevantes, tais como os limites à punição, o direito à apelação, o direito à indenização em caso de má condução da justiça, e a questão do julgamento justo e os tribunais especiais. Uma breve referência será feita ao direito ao julgamento justo em emergências públicas, assunto que será tratado com profundidade no capítulo 16.

O que é importante ter em mente ao longo deste capítulo, entretanto, são as duas regras fundamentais tratadas no Capítulo 6º, nomeadamente, o *direito à igualdade perante a lei e o direito à presunção de inocência*, que é condição para os procedimentos de julgamento desde seu início até a sentença final.

Finalmente, algumas questões consideradas no Capítulo 6º serão novamente abordadas no presente capítulo, devido ao fato de que os estágios de pré-julgamento e julgamento estão intrinsecamente ligados. Entretanto, as referências foram mantidas no mínimo necessário.

2. As Previsões Legais

A maioria das previsões legais sobre um julgamento justo são encontradas no artigo 14 da Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 7º da Carta Africana dos Direitos Humanos das Pessoas, artigo 8º da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e artigo 6º da Convenção Européia dos Direitos Humanos. As previsões relevantes destes artigos serão tratadas abaixo nos títulos apropriados. Regras adicionais referidas abaixo são, entre outras, Diretrizes para a Atuação de Promotores, Princípios Básicos para a Atuação dos Advogados e os Estatutos do Tribunal Penal Internacional e do Tribunal Penal Internacional de Ruanda e antiga Iugoslávia.

3. Direitos Humanos Durante o Julgamento

3.1 O direito de ser julgado por um tribunal competente, independente e imparcial, criado por lei

O direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial deve ser aplicado sempre e constitui direito contido no artigo 14(1) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a qual determina que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um *tribunal competente, independente e imparcial*, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil” (grifo nosso). Embora o artigo 7(1) da carta Africana dos Direitos Humanos das Pessoas fale somente em corte ou tribunal “competente” (art. 7(1)(b)) ou “imparcial” (art. 7(1)(d)), o artigo 26 da Carta impõe um dever legal aos Estados-parte de “também garantir a independência dos tribunais”. O artigo 8(1) da Convenção Americana refere-se a um “tribunal competente, independente e imparcial, previamente estabelecido por lei”, e o artigo 6(1) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos a “um tribunal independente e imparcial estabelecido por lei”. Finalmente, o artigo 40 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional determina que “os juízes devem ser independentes no desempenho de suas funções” e que “não poderão realizar nenhuma atividade que possa interferir em suas funções judiciais ou afetar a confiança em sua independência”. Entretanto, considerando que a independência e a imparcialidade dos tribunais é tratada a fundo no capítulo 4º, não faremos mais exames aqui.

3.2 O direito a uma audiência justa

A noção de audiência “justa” está contida tanto no artigo 14(1) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos quanto no artigo 6(1) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos, enquanto o artigo 8(1) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos fala em “devida garantia” (grifo nosso). A Carta Africana dos Direitos Humanos das Pessoas não traz qualquer disposição a este respeito, mas vale ressaltar que, de acordo com o artigo 60 da Carta, a Comissão Africana dos Direitos Humanos das Pessoas “inspirar-se-á” em outros instrumentos internacionais para a proteção dos direitos humanos das pessoas, previsão que permite à Comissão inspirar-se, entre outras, nas determinações do artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos quando interpretamos as garantias de julgamento determinadas no artigo 7º da Carta. Os artigos 20(2) e 21(2) dos Estatutos do Tribunal Penal Internacional de Ruanda e da antiga Iugoslávia, respectivamente, determinam que o acusado terá direito a uma audiência justa e pública na determinação das acusações contra ele, ainda que as determinações relativas à proteção das vítimas e testemunhas possam requerer medidas que “incluam, mas sem

limitação, à condução de procedimentos com câmeras e proteção da identidade da vítima” (arts. 21 e 22 dos respectivos Estatutos). Os direitos do acusado, conforme contidos nestes Estatutos foram fortemente inspirados pelo Artigo 14 do Pacto Internacional.

Em relação às garantias mínimas contidas no artigo 14(3) do Pacto relativas a processos penais, o Comitê de Direitos Humanos destacou no Comentário Geral nº 13 que a sua observância “nem sempre é suficiente para garantir justice em uma audiência como determinado no parágrafo 1º”¹ do artigo 14, o que pode inclusive impor posteriores obrigações aos Estados-parte. Particularmente, em casos onde a pena de morte pode ser aplicada, “a obrigação dos Estados-parte de observar rigorosamente todas as garantias de um julgamento justo determinadas no artigo 14 do Pacto não admite exceção”.²

Abaixo, alguns exemplos da jurisprudência universal e regional mostrarão a diversidade de situações no decorrer de julgamentos que podem resultar em violação ao direito a uma audiência justa. Mais detalhes sobre a justiça em audiências serão dadas na subseção 3.2.2 relativa ao “Direito à igualdade de armas e procedimentos de defesa”.

O direito a um julgamento justo no artigo 14(1) do Pacto foi violado num caso onde o tribunal falhou em “controlar a atmosfera hostil e a pressão criada pelo público no tribunal, que tornou impossível ao advogado de defesa argüir propriamente as testemunhas e apresentar” a defesa do autor. Embora a Corte Suprema tenha se referido a este assunto, a mesma “falhou em apontar especificamente este aspecto ao ouvir a defesa do autor”.³ O direito a um julgamento justo nos termos do Artigo 14(1) foi também violado em um caso onde um promotor apresentou um pedido de *nolle prosequi* em um julgamento após o réu ter se declarado culpado por homicídio. O Comitê considerou que, nas circunstâncias do caso, a “finalidade e o efeito” do *nolle prosequi* “eram de tirar vantagem das circunstâncias” da declaração de culpa do réu, ao invés de usá-lo para retirar os processos contra o réu, e isso permitiu à promotoria fazer uma nova acusação idêntica contra o réu imediatamente.⁴

¹ *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 123, par. 5.

² Comunicado No. 272/1988, *A. Thomas v. Jamaica* (Visões adotadas em 31 de março de 1992), in UN doc. *GAOR*, A/47/40, p. 264, par. 13.1; grifo nosso.

³ Comunicado No. 770/1997, *Gridin v. Federação Russa* (Visões adotadas em 20 de julho de 2000), in UN doc. *GAOR*, A/55/40 (vol. II), p. 176, par. 8.2. O autor alegou, *inter alia*, que a câmara estava lotada de pessoas gritando que ele deveria ser condenado à morte; *ibid.*, p. 173, par. 3.5.

⁴ Comunicado No. 535/1993, *L. Richards v. Jamaica* (Visões adotadas em 31 de março de 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. II), p. 43, par. 7.2.

O caso das “Crianças de Rua”: Justiça no ponto de vista das vítimas

O chamado caso das “Crianças de Rua” contra a Guatemala diz respeito ao rapto, tortura e assassinato de quatro “crianças de rua”, o assassinato de uma quinta, e a falha dos mecanismos do Estado para lidar apropriadamente com essas violações e proporcionar o acesso à justiça às famílias das vítimas. Procedimentos penais foram instituídos, mas ninguém foi punido pelos crimes cometidos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que os fatos relevantes constituíam violação do artigo 1(1) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos “em relação ao seu artigo 8º”, já que o Estado “falhou no cumprimento de sua obrigação de conduzir uma efetiva e adequada investigação dos fatos correspondentes”, i.e. o rapto, tortura e assassinato das vítimas.⁵ De acordo com a Corte, os procedimentos domésticos tinham “falhas sérias de dois tipos”: *primeiro*, “a investigação dos crimes de rapto e tortura foi completamente omitida”, e, *segundo*, “prova que poderia ser muito importante para a devida elucidação dos homicídios não foi solicitada, realizada ou avaliada”.⁶ Estava também “evidente” que os juízes domésticos haviam “fragmentado o material probatório e então procuraram minimizar o significado de cada um dos elementos que provavam a responsabilidade dos réus, item por item”, e que isso significou uma contravenção aos “princípios de avaliação de provas, segundo o qual a prova deve ser avaliada por completo ... considerando as relações mútuas e a forma com que esta prova admite ou não a existência de outras provas”.⁷ Neste caso, a Corte também enfatizou que

“É evidente, pelo artigo 8º do Pacto, que as vítimas de violações de direitos humanos ou seus familiares deveriam ter reais possibilidades de serem ouvidos e de atuarem nos respectivos processos, a fim de aclarar os fatos e punir os responsáveis, bem como buscar a devida indenização”.⁸

Como pode ser visto, o devido processo garante também procedimentos para que as autoridades domésticas investiguem e processem violações de direitos humanos.

O direito de ser ouvido pessoalmente: O direito a um julgamento justo garantido pelo artigo 6(1) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos foi violado no caso Botten, onde a Suprema Corte Norueguesa proferiu uma nova sentença, condenando e sentenciando o autor, apesar de não o ter citado ou ouvido-o pessoalmente. Isso ocorreu apesar do fato de os procedimentos anteriores à Corte incluírem uma audiência pública onde o autor foi representado por um advogado. Na visão da Corte Européia, a “Suprema Corte tinha o dever de tomar medidas positivas para “citar o autor e ouvi-lo diretamente antes de proferir a sentença”.⁹

⁵ Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, *Caso Villagrán Morales e outros. (O Caso das “Crianças de Rua”) v. Guatemala, julgamento de 19 de novembro de 1999, Série C, No. 63*, p. 198, par. 233.

⁶ *Ibid.*, p. 196, par. 230; para mais detalhes, vide *ibid.*, pp. 196-198, par. 231-232.

⁷ *Ibid.*, p. 198, par. 233.

⁸ *Ibid.*, p. 195, par. 227.

⁹ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Botten v. Noruega, julgamento de 19 de fevereiro de 1996, relatórios 1996-I*, p. 145, par. 53.

O direito a um julgamento justo foi violado ainda no caso *Bricmont*, onde o autor foi condenado por diversas acusações criminais, sendo que a Corte de Apelações baseou-se em acusações da parte civil, membro da família real, que juntou-se à promotoria a fim de obter reparação por danos. Entretanto, em algumas das acusações nas quais a Corte de Apelações declarou o autor culpado, o mesmo foi condenado após procedimentos que violaram o seu direito à defesa garantidos pelo artigo 6º; de fato, o autor não teve a “oportunidade, baseada no contraditório, de produzir provas da peça da acusação, em sua presença, em todas as acusações”, havendo contraditório em apenas uma acusação.¹⁰

O direito a um julgamento justo pode ser violado de diversas formas, mas como princípio geral sempre foi tido em mente que o acusado deve, a todo tempo, ter ampla possibilidade de responder acusações, desafiar provas, argüir testemunhas, fazê-lo em uma atmosfera digna.

Falhas e restrições nos procedimentos de investigação criminal podem prejudicar seriamente o direito a um julgamento justo e também prejudicar o direito à presunção de inocência.

3.2.1 O direito de acesso a uma corte ou tribunal

Em relação ao direito de acesso aos tribunais, a Corte Européia de Direitos Humanos regulamentou o artigo 6(1), que “assegura a qualquer um o direito de ter qualquer reclamação relativa aos seus direitos civis e obrigações examinada por uma corte ou tribunal”; onde um prisioneiro cuja permissão para consultar um advogado a fim de mover uma ação civil por calúnia contra um agente penitenciário foi recusada pelo *Home Secretary* do Reino Unido, esta recusa constituiu violação ao direito do autor de “recorrer aos tribunais conforme garantido” pelo artigo 6(1).¹¹ A mesma questão surgiu no caso *Campbell e Fell* onde os autores reclamaram da demora das autoridades penitenciárias na concessão de permissão a eles para que buscassem assistência judiciária para as lesões que sofreram durante um incidente na prisão. Embora eles tenham obtido a permissão pretendida, a Corte enfatizou que “por razões de prova, entre outras, a velocidade no acesso à assistência judiciária é importante em casos de lesões pessoais” e que “impedimentos, ainda que de caráter temporário, pode contrariar o Pacto”.¹²

¹⁰ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Bricmont*, julgamento de 7 de julho de 1989, Série A, No. 158, pp. 30-31, par. 84-85.

¹¹ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Golder v. Reino Unido*, julgamento de 21 de fevereiro de 1975, Série A, No. 18, p. 18, par. 36 e p. 19, par. 40 até p. 20.

¹² Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Campbell e Fell*, julgamento de 28 de junho de 1984, Série A, No. 80, p. 46, par. 107.

Também é interessante destacar que casos onde autoridades administrativas decidem ilícitos administrativos, como casos de excesso de velocidade em rodovias, que culminam em uma “acusação criminal” nos termos do artigo 6(1) da Convenção Européia, os mesmos devem “estar sujeitos ao subsequente controle ‘judicial de plena jurisdição’”.¹³ Isso significa que o órgão judicial deve ter “poderes para reformar, em todos os aspectos, em *questões de fato e de direito*”, a decisão da autoridade inferior.¹⁴ Se nestas circunstâncias uma Corte Constitucional puder examinar somente questões de direito, ela não cumprirá com os requisitos do artigo 6(1), e, similarmente, se a Autoridade Administrativa não tiver poderes para reformar a decisão “em questões de fato e de direito” ela não poderá, na visão da Corte Européia, ser considerada um “tribunal” nos termos do artigo 6(1).¹⁵

Em numerosos outros casos que não serão analisados aqui, a Corte Européia também encontrou violações de direito de acesso aos tribunais para a determinação dos direitos civis e obrigações dos indivíduos, inclusive direito de propriedade e o direito de acesso a uma criança.¹⁶

Finalmente, devemos relembrar que o direito de acesso aos tribunais significa, por exemplo, que homens e mulheres devem ter igual acesso e que essa igualdade pode requisitar a concessão de remédios legais com a finalidade de assegurar este direito (cf. precedente nos termos do art. 14(1) do Pacto Internacional e art. 6(1) da Convenção Européia, conforme explicado no Capítulo 6°).¹⁷

O direito de acesso aos tribunais significa que ninguém pode ser impedido, seja por lei, por procedimentos administrativos, ou por recursos materiais de dirigir-se a uma corte ou tribunal com a finalidade de reivindicar seus direitos.

Mulheres e homens têm igual direito de acesso aos tribunais.

3.2.2 O direito à igualdade de armas e ao contraditório

A noção de *igualdade de armas* é essencial em um julgamento justo, e é uma expressão da igualdade que deve existir “entre a acusação e a defesa”.¹⁸ Em relação ao conceito de “julgamento justo” do artigo 14(1) do Pacto Internacional, o Comitê de

¹³ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Palaoro v. Áustria*, julgamento de 23 de outubro de 1995, Série A, No. 329-B, p. 40, par. 41.

¹⁴ Ibid., p. 41, par. 43; grifo nosso.

¹⁵ Ibid., loc. cit.

¹⁶ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Allan Jacobsson v. Suécia*, julgamento de 25 de outubro de 1989, Séries A. No. 163, pp. 19-21, par. 65-77 (direito de propriedade); e *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Eriksson v. Suécia*, julgamento de 22 de junho de 1989, Série A, No. 156, pp. 27-29, par. 73-82 e p. 31, par. 90-92 (questão de acesso de crianças).

¹⁷ Veja também o Capítulo 15 deste Manual relativo à disponibilização de remédios nacionais efetivos para violação de direitos humanos e liberdades fundamentais.

¹⁸ Comunicado No. 307/1988, *J. Campbell v. Jamaica* (Visões adotadas em 24 de março de 1993 1993), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 44, par. 6.4.

Direitos Humanos explicou que “deve ser interpretado como se necessária uma série de condições, tais como a igualdade de armas e o respeito ao princípio do contraditório”, e que “estes requerimentos não são respeitados onde ... ao acusado é negada a possibilidade de comparecer pessoalmente ao julgamento, ou onde for incapaz de devidamente instruir seu representante”. Em particular, “o princípio da igualdade de armas não é respeitado onde o acusado não recebe uma acusação fundamentada”.¹⁹

A Comissão Africana dos Direitos Humanos das Pessoas definiu que “o direito a um julgamento justo envolve o cumprimento de certos critérios objetivos, incluindo o direito ao igual tratamento, direito a defesa por um advogado, especialmente quando o mesmo for chamado por interesse da justiça, bem como a obrigação dos tribunais e cortes de adequar-se a padrões internacionais a fim de garantir um julgamento justo a todos”. A Comissão também definiu que “**o direito a um igual tratamento por uma jurisdição**”, especialmente em matéria penal, significa, em primeira instância, que tanto a defesa quanto a acusação terão igual oportunidade de preparar e apresentar seus pleitos e acusação durante o julgamento”. Eles deverão, em outras palavras, ser aptos a “apresentar seus casos ... em pé de igualdade”. Em segundo lugar, “garante o igual tratamento de todas as pessoas acusadas submetidas a uma jurisdição”. Embora “isto **não** signifique que tratamento similar será dado a todos os acusados”, a resposta do Judiciário deve ser similar “quando os fatos objetivos forem semelhantes”.²⁰ Quando, num caso de pena de morte, a Corte de Apelações de Ngozi em Burundi se recusou a conceder ao acusado um adiamento dos procedimentos em vista da ausência de um advogado, embora tenha anteriormente aceitado o pedido de adiamento da acusação, a Comissão Africana concluiu que a Corte de Apelações “violou o direito ao igual tratamento, um dos princípios fundamentais do julgamento justo”.²¹

A Corte Européia de Direitos Humanos definiu o princípio da igualdade de armas como “um dos aspectos de conceito mais amplo no julgamento justo” conforme entendido no artigo 6(1) da Convenção Européia, que implica que “a cada parte deve ser dada uma oportunidade razoável de apresentar seu caso em condições que não a coloquem em condição de desvantagem em relação ao seu oponente”; neste contexto, “a importância é atribuída aos comparecimentos bem como a sensibilidade em uma justa administração da justiça”.²²

¹⁹ Comunicado No. 289/1988, *D. Wolf v. Panamá* (Visões adotadas em 26 de março de 1992), in UN doc. GAOR, A/47/40, pp. 289-290, par. 6.6.

²⁰ Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, *Avocats Sans Frontières (em nome de Gaëtan Bwampamye) v. Burundi*, Comunicado No. 231/99, decisão adotada durante a 28ª Sessão Ordinária, 23 de outubro – 6 de novembro de 2000, par. 26-27 do texto da decisão publicado em <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/231-99.html> (grifo nosso).

²¹ *Ibid.*, par. 29.

²² Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Bulut v. Áustria*, julgamento de 22 de fevereiro de 1996, *Relatórios 1996-II*, p. 359, par. 47.

O princípio igualdade de armas foi violado onde, nas suas observações à Suprema Corte, o Advogado Geral declarou que se opôs à apelação do autor; estas observações nunca foram utilizadas pela defesa, que não pôde comentá-las.²³ A Comissão Européia notou que o princípio da igualdade de armas não depende de posteriores, quantificáveis injustiças no decorrer de um procedimento desigual”, e que “é matéria de defesa avaliar quando a alegação mereça reação. É, portanto, injusto à acusação fazer alegações à corte sem o conhecimento da defesa”.²⁴

Entretanto, ao invés de referir-se ao princípio da igualdade de armas, a Corte Européia tem algumas vezes enfatizado o *o direito ao contraditório nos procedimentos civis e penais*, um direito que “significa, em princípio, a oportunidade das partes, em um julgamento civil ou penal, de ter conhecimento e comentar todas as provas produzidas ou as observações feitas, mesmo por um membro independente da assistência judiciária nacional, a fim de influenciar a decisão do tribunal”.²⁵ Nas palavras da Corte, “muitas maneiras são admitidas na lei nacional para que este objetivo seja alcançado”, mas “*qualquer que seja o método escolhido, ele deve assegurar que a outra parte terá ciência das observações realizadas e terá uma oportunidade real de comentá-las*”.²⁶

Conseqüentemente, no caso *Lobo Machado*, relativo a procedimentos que tratavam de direitos sociais, o Advogado Geral Substituto emitiu um parecer – ao qual o autor não teve acesso – para que a apelação à Suprema Corte fosse dispensada; isso constituiu violação ao artigo 6(1), o que foi “agravado pela presença do Advogado Geral Substituto na audiência privada da Suprema Corte”.²⁷

²³ Ibid., par. 49.

²⁴ Ibid., pp. 359-360, par. 49.

²⁵ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Lobo Machado v. Portugal*, julgamento de 20 de fevereiro de 1996, Relatório 1996-I, par. 31 até p. 207.

²⁶ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Brandstetter v. Áustria*, julgamento de 28 de agosto de 1991, Série A, No. 211, pp. 27-28, par. 67; grifo nosso.

²⁷ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Lobo Machado v. Portugal*, julgamento de 20 de fevereiro de 1996, Relatório 1996-I, pp. 206-207, par. 31-32.

O caso Brandstetter

No caso *Brandstetter*, relativo a procedimentos de difamação, a Corte de Apelações de Viena baseou-se nas alegações do Procurador Público Sênior que não foram enviadas ao autor e das quais o mesmo e seu advogado não sabiam da existência. Para a Corte, não ajudou o fato de que a Suprema Corte subsequente reformou a decisão relevante da corte de apelações: nesta visão, “uma possibilidade puramente hipotética de um acusado de comentar os argumentos da acusação incluídos no texto de um julgamento raramente podem ser considerados um substituto adequado ao exame e réplica das alegações feitas pela acusação”. Além disso, “a Suprema Corte não remediou a situação reformando o primeiro julgamento já que a decisão foi totalmente baseada em um assunto não relacionado de qualquer forma a esta questão”.²⁸

O direito à igualdade de armas ou o direito ao verdadeiro contraditório nas questões civis e penais são uma parte intrínseca do direito a uma audiência justa e significam que a todo momento deve existir equilíbrio entre a acusação e a defesa. Em nenhum estágio do procedimento pode qualquer parte ser colocada em desvantagem em relação ao seu oponente.

3.2.3 A detenção de testemunhas

A questão da igualdade de armas surgiu nos termos do artigo 14 do Pacto Internacional no caso *Campbell*, onde o autor alegava não ter tido um julgamento justo e que seu filho de dez anos de idade tinha sido detido para assegurar que ele fosse testemunhar. O autor foi processado por ter iniciado uma disputa conjugal com sua esposa, e no julgamento seu filho primeiro testemunhou que não havia visto seu pai. De acordo com a versão dada pelo autor, seu filho não havia mudado seu depoimento, e no final do primeiro dia do julgamento ele foi levado à delegacia, onde passou a noite. No dia seguinte, ele “chorou e testemunhou contra o seu pai”.²⁹ Entretanto, ao final dos procedimentos na corte, o filho retratou seu testemunho em uma declaração escrita.

²⁸ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Brandstetter v. Áustria*, julgamento de 28 de agosto de 1991, Série A, No. 211, p. 28, par. 68.

²⁹ Comunicado No. 307/1988, *J. Campbell v. Jamaica* (Visões adotadas em 24 de março de 1993), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 42, par. 2.3.

Para o Comitê de Direitos Humanos, esta é “uma alegação grave”, e enfatizou que “a detenção de uma testemunha, para obtenção de seu depoimento, é uma medida excepcional que deve ser regulada por critérios específicos, na lei e na prática”.³⁰ Neste caso “não era aparente nas informações ... que existiam circunstâncias especiais que justificassem a detenção do filho menor do autor”, e, ainda, “em vista da retratação, sérias questões” surgiram “sobre a possível intimidação e sobre a confiabilidade do testemunho obtido nessas circunstâncias”. O Comitê então concluiu que “o direito do autor a um julgamento justo foi violado”.³¹

Nos termos do artigo 14(1) do Pacto Internacional, só é legítimo deter uma testemunha em casos excepcionais. É incerto saber em que extensão essa medida seria aceitável em outros tratados.

3.2.4 Instruções do juiz ao júri

Diversos casos trazidos ao Comitê de Direitos Humanos eram relativos à inadequação das instruções do juiz ao júri. Nesses casos o Comitê consistentemente definiu que “geralmente as cortes de apelação dos Estados-parte do Pacto devem avaliar os fatos e evidências de um caso particular” e não é, portanto, “em princípio”, para que elas

“revejam instruções específicas dadas pelo juiz ao júri em um tribunal de júri, *a não ser que se possa verificar que as instruções ao júri foram claramente arbitrárias ou contrárias à justiça, ou que o juiz tenha manifestamente violado sua obrigação de imparcialidade*”.³²

O Comitê observou que “as instruções do juiz ao júri devem obedecer padrões particularmente altos em relação ao seu desenvolvimento e imparcialidade nos casos em que uma pena de morte pode ser atribuída a um acusado”, e o mesmo se aplica aos casos em que o acusado alega legítima defesa”.³³

³⁰ Ibid., p. 44, par. 6.3-6.4.

³¹ Ibid., p. 44, par. 6.4.

³² Comunicados Nos. 226/1987 e 256/1987, *M. Sawyers e M. and D. McLean v. Jamaica* (Visões adotadas em 11 de abril de 1991), in UN doc. GAOR, A/46/40, p. 233, par. 13.5; grifo nosso.

³³ Comunicado No. 232/1987, *D. Pinto v. Trinidad e Tobago* (Visões adotadas em 20 de julho de 1990), in UN doc. GAOR A/45/40 (vol. II), p. 73, par. 12.3.

Na maioria dos casos o Comitê não encontrou evidência de que as instruções do juiz tivessem sido arbitrárias de forma a serem injustas,³⁴ em particular quando parece claro que “o juiz colocou as respectivas versões da acusação e da defesa totalmente para o júri”.³⁵ Todavia, no caso *Wright*, que foi condenado à morte por assassinato, a omissão do juiz foi tão séria que resultou em **negação de justiça** contrária ao artigo 14(1) do Pacto. Neste caso, uma autópsia mostrou que o tiro que matou a vítima foi disparado quando o autor já estava em poder da polícia; esta conclusão do perito não foi contestada e estava disponível no tribunal.³⁶ Dada a “seriedade das implicações”, o Comitê decidiu que essa informação deveria ser trazida “à atenção do júri, embora não tenha sido mencionada pelo advogado”.³⁷

Em tribunais de júri, as instruções do juiz ao júri devem ser imparciais e justas de forma que a acusação e a defesa sejam apresentadas de maneira a garantir o direito a um julgamento justo, livre de quaisquer arbitrariedades. Violação a este dever essencial significa negação de justiça.

3.3 O direito a uma audiência pública

O direito a uma audiência pública nos casos civis e penais é expressamente garantido pelo artigo 14(1) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo artigo 6(1) da Convenção Européia dos Direitos Humanos, apesar de que a imprensa e o público “podem ser excluídos de todo ou parte” do julgamento por razões específicas, nomeadamente, interesses de moral, ordem pública ou segurança nacional em uma sociedade democrática, no interesse da vida privada das partes, ou quando o interesse da justiça assim o determine. Para isso, a Convenção Européia também inclui o “interesse de menores” para manterem os julgamentos fechados. O artigo 8(5) Da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos determina que este direito diz respeito só a processos penais, que “serão públicos, exceto se for necessário proteger os interesses da justiça”. A Regra 79(A) nas versões idênticas das Regras de Procedimentos e Provas do Tribunal Penal Internacional de Ruanda e da antiga Iugoslávia também se referem à possibilidade do julgamento ocorrer em câmara fechada por razões de ordem pública e moralidade, segurança, segurança para não revelação da identidade de uma vítima ou testemunha conforme determinado na Regra 75, ou para a proteção dos interesses da

³⁴ Vide e.g. *ibid.*, loc. cit. e Comunicado No. 283/1988, *A. Little v. Jamaica* (Visões adotadas em 1º de novembro de 1991), in UN doc. *GAOR*, A/47/40, p. 282, par. 8.2.

³⁵ Comunicado No. 232/1987, *D. Pinto v. Trinidad e Tobago* (Visões adotadas em 20 de julho de 1990), in UN doc. *GAOR* A/45/40 (vol. II), p. 73, par. 12.4.

³⁶ Comunicado No. 349/1989, *C. Wright v. Jamaica* (Visões adotadas em 27 de julho de 1992), in UN doc. *GAOR*, A/47/40, p. 315, par. 8.3.

³⁷ *Ibid.*, loc. cit.

Justiça. Entretanto, a Câmara de Julgamento deverá tornar públicas as razões para esta ordem” (Regra 79(B)).

No Comentário Geral No. 13, no artigo 14 do Pacto, o Comitê de Direitos Humanos enfatizou que “a publicidade das audiências é importante salvaguarda do interesse dos indivíduos e da sociedade”. Além das circunstâncias excepcionais determinadas no artigo 14(1), “uma audiência deve ser aberta ao público em geral incluindo membros da imprensa, e não poderá, por exemplo, ser limitada a uma categoria particular de pessoas”.³⁸ Não obstante a não publicidade do julgamento em si, “o julgamento deve, com certas exceções específicas estritamente definidas, ser público” nos termos do artigo 14 do Pacto.³⁹

O dever de manter os processos públicos nos termos do artigo 14(1) é incumbência do Estado, e “é independente de qualquer requisição, pela parte interessada ... Tanto a legislação nacional quanto a prática judicial devem prever a possibilidade de presença pública, se o público assim o quiser”.⁴⁰ Este dever ainda implica que

“Os tribunais devem disponibilizar a tempo as informações sobre as audiências disponíveis ao público e providenciar formas adequadas de comparecimento do público, com limites razoáveis, levando em consideração, por exemplo, o potencial interesse público no caso, a duração da audiência e o tempo em que o pedido formal de publicidade tenha sido feito. Falha do tribunal em disponibilizar salas de audiência grandes não constitui violação do membro do público interessado se o mesmo não for impedido de comparecer à audiência.”⁴¹

O princípio da publicidade significa que os julgamentos conduzidos em segredo são contrários ao artigo 14(1), como o caso de oito antigos parlamentares do Zaire e um empresário, cujos julgamentos – entre outros defeitos – não foram públicos e que foram sentenciados a quinze anos de prisão, com exceção do empresário, que recebeu uma pena de prisão de cinco anos.⁴²

O artigo 14(1) foi naturalmente violado nos casos onde a audiência foi fechada quando o Estado-membro foi incapaz de justificar esta medida em consonância com os termos do Pacto.⁴³

³⁸ *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, pp. 123-124, par. 6.

³⁹ *Ibid.*, par. 6 at p. 124.

⁴⁰ Comunicado No. 215/1986, *G. A. van Meurs v. Holanda* (Visões adotadas em 13 de julho de 1990), in UN doc. *GAOR*, A/45/40 (vol. II), p. 59, par. 6.1.

⁴¹ *Ibid.*, p. 60, par. 6.2.c

⁴² Comunicado No. 138/1983, *N. Mpandanjila e outros v. Zaire* (Visões adotadas em 26 de março de 1986), in UN doc. *GAOR*, A/41/40, p. 126, par. 8.2.

⁴³ Comunicado No. 74/1980, *M. A. Estrella v. Uruguai* (Visões adotadas em 29 de março de 1983), in UN doc. *GAOR*, A/38/40, p. 159, par. 10.

A Comissão Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas definiu que, independente do fato de que o direito a um julgamento público não esteja expressamente previsto na Carta Africana, ela tem poderes pelos artigos 60 e 61 da Carta de “inspirar-se na lei internacional dos direitos humanos das pessoas e tomar medidas subsidiárias de outras convenções gerais e especiais, costumes geralmente aceitos como direito, princípios gerais de direito reconhecidos pelos Estados Africanos bem como precedentes legais e doutrina”. Em suporte à noção de publicidade das audiências, a Comissão então invocou os termos acima relacionados do Comentário Geral n° 13 da Comissão de Direitos Humanos no artigo 14(1) do Pacto.⁴⁴ A Comissão Africana em seguida notou que as “circunstâncias excepcionais” que podem justificar as exceções ao princípio da publicidade nos termos do artigo 14(1) do Pacto são “exaustivos”.⁴⁵ Onde o Governo respondente fizer apenas “genérica declaração em sua defesa”, sem especificar que exatas circunstâncias possibilitaram a exclusão de uma audiência pública, a Comissão concluiu que o direito a um julgamento justo garantido pelo artigo 7° da Carta Africana foi violado.⁴⁶

O princípio de um processo público conforme garantido pelo artigo 8(5) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos foi questão no caso *Castillo Petruzzi e outros*, onde “todos os procedimentos no caso, mesmo a própria audiência, foram realizados longe do olhar público e em segredo”, resultando em uma “gritante violação ao direito a uma audiência pública reconhecido na Convenção”; de fato, “os processos foram conduzidos em base militar, fora dos limites para o público”.⁴⁷

Nos termos do artigo 6(1) da Convenção Européia, os procedimentos devem, com as exceções descritas acima, ser conduzidos publicamente. Entretanto, a aplicação desta disposição “a processos perante cortes de apelação dependem de condições especiais dos processos envolvidos”, e “deve ser considerado o processo como um todo na ordem legal nacional e o papel da corte de apelação”.⁴⁸ A Corte consistentemente definiu que

“desde que se tenha uma audiência pública em primeira instância, a ausência de ‘audiências públicas’ na segunda e terceira instâncias podem ser justificadas por questões especiais do procedimento relevante. Além disso, procedimentos envolvendo exclusivamente questões de direito, em oposição às questões de fato, podem cumprir com

⁴⁴ Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, *Media Rights Agenda (em nome de Niran Malaolu) v. Nigéria*, Comunicado No. 224/98, decisão adotada durante a 28ª sessão, 23 outubro – 6 de novembro de 2000, par. 51 do texto da decisão conforme publicado em <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/224-98.html>.

⁴⁵ *Ibid.*, par. 52.

⁴⁶ *Ibid.*, par. 53-54.

⁴⁷ Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi e outros v. Peru*, julgamento de 30 de maio de 1999, *Série C*, No. 52, p. 211, par. 172-173

⁴⁸ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Bulut v. Áustria*, julgamento de 22 de fevereiro de 1996, *Relatórios 1996-II*, p. 357, par. 40.

os requerimentos do Artigo 6º ainda que ao recorrente não tenha sido dada a oportunidade de ser ouvido em pessoa pela corte de apelações ou cassação.”⁴⁹

Aplicando esta interpretação ao caso *Bulut*, a Corte Européia não encontrou violação mesmo tendo a Suprema Corte usado procedimento sumário unanimemente para julgar improcedente uma apelação por ausência de mérito. A Corte Européia não estava satisfeita com as bases da nulidade argüidas pelo autor “erguidas em questões de fato com base em que a declaração de sua culpa ou inocência necessitaria uma audiência”.⁵⁰ A ausência da audiência pública também não violou o artigo 6(1) no caso *Axen*, onde o Tribunal Federal Alemão decidiu dispensar uma audiência por ter unanimemente considerado que a apelação estava mal fundada em questões de direito; antes de tomar sua decisão, entretanto, examinou devidamente as visões das partes”.⁵¹

O caso Weber

O direito a uma audiência pública foi violado no caso *Weber* relativo à falha de confidencialidade em uma investigação judicial, onde o Presidente da Divisão de Cassação Criminal da Corte Cantonal de Vaud na Suíça – e a própria Divisão de Cassação – proferiu uma sentença sem uma audiência. Não foi suficiente ao caso que os procedimentos subseqüentes no Tribunal Federal fossem públicos, uma vez que o Tribunal “só poderia garantir que não houve arbitrariedade por sua própria parte” e não era competente para “determinar todas as questões de fato e direito disputadas”.”⁵²

3.3.1 O direito a um julgamento público

O artigo 14(1) in fine do Pacto Internacional determina que “qualquer julgamento dado em um caso penal ou em processo deve ser público, salvo se o interesse de menores requerer forma diversa ou em processos relativos a disputas conjugais ou guarda de filhos”. O artigo 6(1) da Convenção Européia determina que a sentença “deverá ser pronunciada publicamente”. O artigo 8(5) da Convenção Americana refere-se somente à publicidade dos processos, enquanto o artigo 7º da Carta Africana é omissivo quanto a estas questões. Os artigos 22(2) e 23(2) dos respectivos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da antiga Iugoslávia determinam a entrega “pública” da sentença da Câmara de Julgamento. Finalmente, de acordo com o artigo 74(5) do Estatuto

⁴⁹ Ibid., p. 358, par. 41.

⁵⁰ Ibid., par. 42.

⁵¹ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Axen v. República Federativa da Alemanha*, julgamento de 8 de dezembro de 1983, Série A, No. 72, p. 12, par. 28.

⁵² Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Weber v. Suíça*, julgamento de 22 de maio de 1990, Série A, No. 177, p. 20, par. 39.

do Tribunal Penal Internacional, as “decisões ou pronunciamentos devem ser realizados em tribunal aberto”.

Como observado pela Corte Européia, o objetivo almejado pelo artigo 6(1) em relação à publicidade dos julgamentos é “*assegurar a fiscalização do judiciário pelo público com a finalidade de garantir o direito a um julgamento justo*”.⁵³ Entretanto, a Corte não adotou uma interpretação literal da expressão “a sentença deve ser pronunciada publicamente” mas levou em conta, em seu precedente, a “tradição de longa data” de muitos Estado do Conselho da Europa de tomar decisões públicas em alguns ou todos os seus tribunais; referidas tradições podem não necessariamente implicar em leitura em voz alta das sentenças em questão, mas depositar as sentenças em registros acessíveis ao público.⁵⁴ A Corte Européia considerou, portanto, “que em cada caso a forma de publicidade a ser dada à ‘sentença’ nos termos da lei nacional o Estado respondente deve ser considerada tendo em vista as condições específicas do processo em questão e de acordo com o objeto e finalidade” do artigo 6(1).⁵⁵

The case of Pretto and Others

No caso *Pretto e Outros*, onde a Corte Italiana de Cassação proferiu uma sentença em um processo civil que não foi pronunciada publicamente, a Corte Européia considerou a “totalidade dos procedimentos conduzidos pela ordem jurídica italiana e a competência da Corte de Cassação”, notando que a sua competência estava “confinada à revisão na lei da decisão da Corte de Apelações de Veneza”. A Corte de Cassação “não poderia ela mesma determinar o processo, mas somente, na ocasião, rejeitar a apelação do autor ou, alternativamente, reformar a sentença anterior e devolver o caso ao tribunal”.⁵⁶ Após a realização de audiências públicas, a Corte de Cassação rejeitou a apelação, quando a decisão da Corte de Apelação tornou-se final; as conseqüências para o autor permaneceram inalteradas. Ainda que a sentença que rejeitou a apelação não foi pronunciada em sessão aberta, todos poderiam consultá-la e obter uma cópia da mesma mediante pedido ao cartório do tribunal.⁵⁷ Na opinião da Corte Européia, o objetivo do artigo 6(1) de garantir a fiscalização pública do Judiciário era

“a qualquer tempo dos procedimentos de cassação, providenciar ao menos o

⁵³ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Pretto e Outros v. Itália*, julgamento de 8 de dezembro de 1983, Série A, No. 71, par. 27 at p. 13; grifo nosso.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 12, par. 25-26.

⁵⁵ *Ibid.*, par. 26.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 12-13, par. 27.

⁵⁷ *Ibid.*, par. 27 at p. 13.

depósito no cartório do tribunal, deixando o texto, na íntegra, disponível a todos, ou a leitura em sessão aberta da decisão rejeitando a apelação ou reformando a sentença anterior, observado que esta leitura pode, às vezes, ser limitada a questões operacionais”.⁵⁸

Em vista disso, a falta de pronunciamento público da sentença da Corte de Cassação não constituiu violação ao artigo 6(1) da Convenção.⁵⁹

Ao menos, cada pessoa indiciada por um crime tem o direito a um procedimento público de primeira instância e em todos os níveis de recursos se a questão da culpa comportar questões de fato e de direito.

A sentença em um processo penal deve ser pública, exceto em circunstâncias excepcionais. Em fase de recurso, o dever de fazer um pronunciamento público das sentenças pode em alguns casos ser satisfeito disponibilizando-as ao público no cartório do tribunal (Europa).

3.4 O direito de ser julgado “sem atraso injustificado” ou “em tempo razoável”

De acordo com o artigo 14(3)(c) do Pacto Internacional e artigos 20(4)(c) e 21(4)(c) dos respectivos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e antiga Iugoslávia, toda pessoa que sofrer uma acusação penal terá o direito de “ser julgada *sem atraso injustificado*” (grifo nosso). Nos termos do artigo 7(1)(d) da Carta Africana, artigo 8(1) da Convenção Americana e artigo 6(1) da Convenção Européia, todos têm o direito de serem ouvidos “*em tempo razoável*” (grifo nosso).

O que significa ser julgado “sem atraso injustificado”: No Comentário Geral No. 13, o Comitê de Direitos Humanos declarou que ser julgado sem atraso injustificado é uma garantia que “*se relaciona não somente ao tempo em que o julgamento deve começar, mas também ao tempo em que deve terminar e a sentença ser proferida: todas as etapas devem desenvolver-se ‘sem atraso injustificado’*”. Para tornar este direito

⁵⁸ Ibid., loc. cit.

⁵⁹ Ibid., p. 13, par. 28. Veja também *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Sutter v. Suíça, julgamento de 22 de fevereiro de 1984, Série A, No. 74*, pp. 14-15, par. 31-34.

efetivo, um procedimento deve ser disponibilizado para que o processo siga ‘sem atraso injustificado’, tanto em primeira instância quanto em grau de recurso.”⁶⁰ Esta visão foi posteriormente enfatizada na jurisprudência do Comitê, de acordo com o artigo 14(3)(c) e (5) “que devem ser lidos conjuntamente, a fim de que o direito à revisão da condenação e sentença possam ser concedidos sem atraso”.⁶¹

É importante notar que o Comitê deixou claro que “a dificuldade econômica” do Estado-membro não é desculpa para o não cumprimento do Pacto, e enfatizou a este respeito que “os direitos determinados no Pacto constituem padrões mínimos que todos os Estados-membros concordaram em observar”.⁶²

Em princípio compete ao Estado-membro a demonstração de que a complexidade de um caso é passível de justificar o atraso na opinião do Comitê,⁶³ embora a mera afirmação de que o atraso não foi excessivo não seja suficiente;⁶⁴ o Comitê também examinará se o atraso, ou parte dele, pode ser atribuído aos autores, por exemplo, ao decidirem substituir os advogados.⁶⁵

⁶⁰ *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 124, par. 10; grifo nosso.

⁶¹ Comunicados Nos. 210/1986 e 225/1987, *E. Pratt e I. Morgan v. Jamaica* (Visões adotadas em 6 de abril de 1989), in UN doc. *GAOR*, A/44/40, p. 229, par. 13.3.

⁶² Comunicado No. 390/1990, *B. Lubuto v. Zambia* (Visões adotadas em 31 de outubro de 1995), in UN doc. *GAOR*, A/51/40 (vol. II), p. 14, par. 7.3.

⁶³ Comunicado No. 336/1988, *A. Fillastre v. Bolívia* (Visões adotadas em 5 de novembro de 1991), in UN doc. *GAOR*, A/47/40, p. 306, par. 6.6.

⁶⁴ Comunicado No. 639/1995, *W. Lawson Richards e T. Walker v. Jamaica* (Visões adotadas em 28 de julho de 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. II), p. 189, par. 8.2.

⁶⁵ Comunicado No. 526/1993, *M. e B. Hill v. Espanha* (Visões adotadas em 2 de abril de 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. II), p. 17, par. 12.4.

O caso Pratt and Morgan

No caso *Pratt e Morgan*, os autores foram impossibilitados de apelar ao *Privy Council* porque a Corte de Apelações demorou cerca de três anos e nove meses para emitir uma sentença escrita. O Comitê não aceitou a explicação do Estado-membro de que este atraso era “atribuível a um descuido e que os autores deveriam ter exercido o seu direito de receber mais cedo uma sentença escrita”; ao contrário, ele considerou que a responsabilidade pelo atraso era das autoridades judiciárias, uma responsabilidade que “não depende de requisição do advogado em julgamento nem pode ser excluída com a ausência de pedido neste sentido pelo acusado”.⁶⁶ Em conclusão, o atraso violou os artigos 14(3)(c) e (5), e o Comitê concluiu que “não importaria se o *Privy Council* confirmasse a condenação dos autores”, já que “em todos os casos, e especialmente em casos de pena de morte, os acusados têm direito a julgamento e recursos sem atraso injustificado, não importando o resultado que estes procedimentos judiciais possam ter”.⁶⁷

O Comitê de Direitos Humanos examinou numerosos outros casos envolvendo violações alegadas deste direito, e somente alguns exemplos da jurisprudência serão destacados aqui. Em um caso, o Comitê concluiu que um atraso de **29 meses** da prisão ao julgamento foi contrário ao artigo 14(3)(c); a mera afirmação do Estado de que referido atraso não foi contrário ao Pacto não foi explicação suficiente.⁶⁸ Um atraso de **dois anos** entre a prisão e o julgamento também foi considerado violação ao artigo 14(3)(c) (e artigo 9(3)) do Pacto, e não foi então necessário ao Comitê “decidir se futuros atrasos na condução dos julgamentos eram atribuíveis ao Estado ou não”.⁶⁹ *A fortiori*, processos que levam **seis**⁷⁰ ou **cerca de dez anos**⁷¹ para serem finalizados são considerados violação do artigo 14(3)(c). O resultado foi o mesmo em um caso onde houve um atraso de **31 meses** entre a condenação e a apelação.⁷²

⁶⁶ Ibid., p. 230, par. 13.4.

⁶⁷ Ibid., par. 13.5.

⁶⁸ Comunicado No. 564/1993, *J. Leslie v. Jamaica* (Visões adotadas em 31 de julho de 1998), in UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. II), p. 28, par. 9.3.

⁶⁹ Comunicado No. 672/1995, *C. Smart v. Trinidad e Tobago* (Visões adotadas em 29 de julho de 1998), in UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. II), p. 149, par. 10.2.

⁷⁰ Comunicado No. 159/1983, *Cariboni v. Uruguai* (Visões adotadas em 27 de outubro de 1987), in UN doc. GAOR, A/43/40, p. 184 and pp. 189-190, par. 9.2 and 10.

⁷¹ Ibid., loc. cit.

⁷² Comunicado No. 702/1996, *C. McLawrence v. Jamaica* (Visões adotadas em 18 de julho de 1997), in UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), p. 232, par. 5.11.

Em contrapartida, um atraso de *dezoito meses* da prisão á abertura do processo do autor por assassinato não constituiu “atraso injustificado” na caso *Kelly*, onde “não houve demonstração de que as investigações pré-processuais poderiam ter sido concluídas antes, ou que o autor tenha reclamado disto às autoridades”.⁷³ Entretanto, no mesmo caso, os artigos 14(3)(c) e (5) foram violados uma vez que a Corte de Apelações levou quase cinco anos para emitir uma sentença escrita, impedindo que o autor peticionasse ao *Privy Council*.⁷⁴

Em um caso relativo ao pedido do autor de ser reintegrado à Guardia Civil no Peru, uma “aparentemente infundável seqüência de instâncias e repetidas falhas em implementar as decisões” resultaram em um atraso de sete anos que foi considerado “não razoável” pelo Comitê, conseqüentemente violando o “princípio de uma audiência justa” do artigo 14(1) do Pacto. Este caso não foi considerado nos termos do artigo 14(3)(c).⁷⁵

Pelo artigo 6(1) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos, o período de início a ser levado em consideração é o dia em que a pessoa for acusada, presa ou convocada ao julgamento,⁷⁶ por exemplo, e o fim do período é normalmente quando a sentença absolvendo ou condenando a pessoa ou pessoas torna-se final.⁷⁷

Sobre a questão da razoabilidade da duração dos processos, sejam civis ou penais, a Corte Européia consistentemente defende que

“deve ser considerada tendo em vista as particularidades do caso, mas com base nos critérios determinados nos precedentes da Corte, em particular *a complexidade do caso, a conduta do autor e a aquela das autoridades competentes*”.⁷⁸

Em relação à *conduta do autor*, vale notar que a Corte Européia definiu que o artigo 6° “não requer que a pessoa acusada de um crime coopere ativamente com as autoridades judiciais”, e que, conseqüentemente, não culpa o autor por tirar “total

⁷³ Comunicado No. 253/1987, *P. Kelly v. Jamaica* (Visões adotadas em 8 de abril de 1991), in UN doc. *GAOR*, A/46/40, p. 248, par. 5.11.

⁷⁴ *Ibid.*, par. 5.12.

⁷⁵ Comunicado No. 203/1986, *R. T. Muñoz Hermoza v. Peru* (Visões adotadas em 4 de novembro de 1988), in UN doc. *GAOR*, A/44/40, p. 204, par.11.3.

⁷⁶ *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Kemmache v. França, julgamento de 27 de novembro de 1991, Série A, No. 218*, p. 27, par. 59 (data da acusação); e *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Yagci e Sargin v. Turquia, julgamento de 8 de junho de 1995, Série A, No. 319-A*, p. 20, par. 58 (data da prisão); *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Mansur v. Turquia, julgamento de 8 de junho de 1995, Série A, No. 319-B*, p. 51, par. 60 (julgamento).

⁷⁷ Vide e.g. *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Yagci e Sargin v. Turquia, julgamento de 8 de junho de 1995, Série A, No. 319-A*, p. 20, par. 58.

⁷⁸ *Corte Européia de Direitos Humanos., Caso Kemmache v. França, julgamento de 27 novembro de 1991, Série A, No. 218*, p. 20, par. 50 (criminal); e *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Martins Moreira v. Portugal, julgamento de 26 de outubro 1988, Série A, No. 143*, p. 17, par. 45 (civil); grifo nosso.

vantagem dos recursos obtidos pela lei nacional em sua defesa”, embora isso possa tornar o processo mais lento de alguma forma.⁷⁹ O caso pode ser diferente se existir prova de que o autor e seu advogado demonstraram “intenção de obstruir o processo”.⁸⁰

As autoridades judiciárias foram, todavia, responsáveis pelo atraso injustificado do processo, contrário ao artigo 6º, no caso *Yagci e Sargin*, onde, contrariamente à lei nacional, os tribunais realizaram somente uma média de uma audiência por mês, e demoraram quase seis meses para absolver os autores com base nos recentemente revogados artigos do Código Penal que constituíam a base das acusações contra eles. Em todos os casos, os processos duravam um pouco menos de quatro anos e oito meses.⁸¹

Não ajuda neste caso o fato de que os Governos invocam sua responsabilidade internacional para olhar cuidadosamente todas as matérias em casos sérios de tráfico de drogas a fim de justificar os atrasos. Neste caso a Corte inequivocamente decidiu que *“cabe aos Estados Contratantes organizar seus sistemas legais de forma que seus tribunais possam atingir” os requisitos de razoabilidade.*⁸²

Similarmente, em processos civis, não é defesa ao Estado em questão alegar que seu Código de Processo Civil deixa a iniciativa às partes, que devem conduzir os atos processuais na maneira e tempo prescritos. A Comissão Européia decidiu nesse sentido que a referida regra “não dispensa os tribunais de garantir o cumprimento do artigo 6º em um período razoável de tempo”.⁸³ O juiz nacional, em outras palavras, tem a obrigação de intervir quando necessário para apressar os procedimentos de forma a não prejudicar a “efetividade e a credibilidade” da administração da justiça.⁸⁴

Qualquer pessoa acusada de um crime tem o direito de ser julgada sem atraso/em um período de tempo razoável. Todos os Estados têm o dever de organizar o Judiciário de forma que esse direito possa ser efetivamente assegurado.

O acusado não pode ser culpado por atrasos causados por ele no uso do seu direito de não se manifestar ou de não cooperar com as autoridades judiciárias. Atrasos judiciais somente podem ser atribuídos ao acusado em casos de comportamento deliberadamente protelatório.

⁷⁹ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Yagci e Sargin v. Turquia*, julgamento de 8 de junho de 1995, Série A, No. 319-A, p. 21, par. 66.

⁸⁰ *Ibid.*, loc. cit.

⁸¹ *Ibid.*, p. 22, par. 67-70.

⁸² Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Mansur v. Turkey*, julgamento de 8 de junho de 1995, Série A, No. 319-B, p. 53, par. 68; grifo nosso.

⁸³ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Vernillo v. França*, julgamento de 20 de fevereiro de 1991, Série A, No. 198, par. 30 at p. 13.

⁸⁴ Cf. *ibid.*, p. 14, par. 38 lido em conjunto com p. 14, par. 36. Atribuindo, *inter alia* “às partes as responsabilidades na condução final do julgamento”, os períodos relevantes neste caso não foram tão longos de forma a constituir violação do requisito de razoabilidade, vide *ibid.*, p. 15, par. 39.

3.5 O direito de defender-se pessoalmente ou por um advogado de sua própria escolha

O artigo 14(3)(d) do Pacto Internacional, o artigo 7(1)(c) da Carta Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas, o artigo 8(2)(d) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e artigo 6(3)(c) da Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos garantem o direito de qualquer acusado por uma ofensa penal defender-se pessoalmente ou através de representação de sua própria escolha. Assim como os artigos 20(4)(d) e 21(4)(d) dos respectivos Estatutos do Tribunal Penal Internacional de Ruanda e da antiga Iugoslávia.

No seu Comentário Geral No. 13 ao artigo 14, O Comitê de Direitos Humanos enfatizou que

“o acusado ou seu advogado devem ter o direito de agir diligentemente e destemidamente para a obtenção de todas possíveis defesas e o direito de contestar a condução do caso se eles acreditarem que o mesmo está sendo injusto. Quando, excepcionalmente, por razões justificadas, julgamentos à revelia são realizados, a observação estrita dos direitos da defesa é ainda mais necessário”.⁸⁵

O direito à representação legal deve ser *efetivamente* possível, e, onde isso não acontecer, o Comitê de Direitos Humanos conclui que o artigo 14(3) foi violado.⁸⁶ Esse foi o caso onde uma pessoa não teve acesso à representação durante os primeiros dez meses de sua detenção e também não foi julgada em sua presença.⁸⁷ Onde a lei nacional não autoriza o autor a se defender pessoalmente, o Comitê também encontrou violação do artigo 14(3)(d), que permite ao acusado escolher quem ele ou ela deseja que o(a) defenda – sendo isso através de um intérprete – ou ter sua defesa conduzida por um advogado.⁸⁸

O direito de ter um advogado de sua escolha foi violado no caso *López Burgos* onde a vítima foi obrigada a aceitar uma indicação *ex officio* de um coronel como seu advogado.⁸⁹ Em contrapartida, o direito de escolha do artigo 14(3)(d) “não dá direito ao

⁸⁵ *United Nations Compilation of General Comments*, p. 125, par. 11.

⁸⁶ Vide, entre outros muitos casos, Comunicado No. R.2/8, *B. Weismann Lanza e A. Lanza Perdomo v. Uruguai* (Visões adotadas em 3 de abril de 1980), in UN doc. *GAOR*, A/35/40, p. 118, par. 16; and Comunicado No. R.1/6, *M. A. Millán Sequeira v. Uruguai*, (Visões adotadas em 29 de julho de 1980), *ibid.*, p. 131, par. 16.

⁸⁷ Comunicado No. R.7/28, *I. Weinberger v. Uruguai* (Visões adotadas em 29 de outubro de 1980), in UN doc. *GAOR*, A/36/40, p. 119, par. 16.

⁸⁸ Comunicado No. 526/1993, *M. e B. Hill v. Espanha* (Visões adotadas em 2 de abril de 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. II), p. 18, par. 14.2.

⁸⁹ Comunicado No. R.12/52, *S. R. López Burgos v. Uruguai* (Visões adotadas em 29 de julho de 1981), in UN doc. *GAOR*, A/36/40, p. 183, par. 13.

acusado de escolher o advogado dativo”, mas, apesar das restrições, “medidas devem ser tomadas para assegurar que o advogado, assim que designado, dê efetiva representação no interesse da justiça”, o que inclui “consultando e informando se o acusado tem a intenção de retirar uma apelação ou discutir, em instância superior, que a apelação não tem mérito”.⁹⁰ Ainda que o advogado deva recomendar que a apelação não deve prosseguir, ele deve continuar a representar o acusado se este assim o quiser. De outra forma, o acusado deve ter a oportunidade de manter o advogado às suas expensas.⁹¹ É ainda essencial, nos termos do artigo 14(3)(d), que as cortes nacionais “asseguem que a condução do caso pelo advogado não seja incompatível com os interesses da justiça”, e o Comitê poderá ele mesmo examinar quaisquer indícios que demonstrem que o advogado “não está usando seu melhor julgamento no interesse do seu cliente”.⁹²

A Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que os artigos 8(2)(c), (d) e (e) foram violados no caso *Suárez Rosero*, onde a vítima ficou em prisão incomunicável por 36 dias, tempo durante o qual ficou impossibilitada de consultar um advogado. Após o término de sua prisão *incomunicável*, ele foi autorizado a receber a visita de um advogado, mas “não pôde comunicar-se com ele livremente e em particular”, sendo que as reuniões eram realizadas na presença de policiais.⁹³ O artigo 8(2)(d) também foi violado no caso *Castillo Petruzzi* onde “as vítimas não tiveram direito à assistência de um advogado no período compreendido entre a sua prisão e seus depoimentos” à polícia, momento em que lhes foram designados advogados dativos”. Quando eles finalmente tiveram direito “à assistência de um advogado de sua escolha, a atuação do mesmo foi periférica” e eles só tiveram acesso aos arquivos do caso um dia antes da sentença de primeira instância.⁹⁴

Em relação ao artigo 6(1) combinado com o artigo 6(3)(c) da Convenção Européia, a Corte Européia considerou de “suma importância que o réu compareça, devido ao seu direito a uma audiência e devido à necessidade de se verificar a veracidade de suas declarações e de compará-las com as da vítima – cujos interesses devem ser

⁹⁰ Comunicado No. 356/1989, *T. Collins v. Jamaica* (Visões adotadas em 25 de março de 1993), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 89, par. 8.2.

⁹¹ *Ibid.*, loc. cit. See also Comunicado No. 461/1991, *G. Graham and A. Morrison v. Jamaica* (Visões adotadas em 25 de março de 1996), in UN doc. GAOR, A/51/40 (vol. II), pp. 48-49, par. 10.5.

⁹² Comunicado No. 708/1996, *N. Lewis v. Jamaica* (Visões adotadas em 17 de julho de 1997), in UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), pp. 251-252, par. 8.4.

⁹³ *Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, Suárez Rosero case v. Ecuador, julgamento de November 1997*, in OEA doc. OEA/Ser.L/V/III.39, doc. 5, 1997 *Relatório Anual da Corte Inter-Americana de Direitos Humanos*, p.301, par. 83 lido em conjunto com p. 292, par. 34.g e h.

⁹⁴ *Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, Caso Castillo Petruzzi e outros v. Peru, julgamento de 30 de maio de 1999, Série C, No. 52*, pp. 203-204, par. 146-149 lido em conjunto com p. 202, par. 141.

protegidos – e das testemunhas”.⁹⁵ No mesmo sentido, a “lei deve ... ser capaz de desencorajar ausências injustificadas”.⁹⁶ Sem decidir “se é permitido, em princípio, punir essas ausências ignorando o direito à assistência de um advogado”, a Corte decidiu no caso *Poitrinol* que houve violação ao artigo 6º, já que o autor foi privado do seu direito de recorrer à Corte de Apelações porque ele não ofereceu justificativa válida para sua ausência na audiência. Na visão da Corte Européia, a supressão do direito à assistência de um advogado foi “desproporcional nas circunstâncias”, onde o autor não foi autorizado nem mesmo a ser representado por seu advogado.⁹⁷ Em conclusão pode-se definir que, nos termos do artigo 6(3)(c) da Convenção Européia, um acusado que deliberadamente evite comparecer pessoalmente ainda tem direito a ser defendido por um advogado.⁹⁸

Ainda, no caso *Pelladoah*, a Corte enfatizou que “qualquer acusado por um crime tem o direito de ser defendido por um advogado”, mas que “para que este direito seja prático e efetivo, não meramente teórico, seu exercício deve ser feito com base no cumprimento de condições formais: os tribunais devem assegurar que o julgamento seja justo e, da mesma forma, o advogado que comparecer ao tribunal com a intenção de defender o acusado em sua ausência tenha a oportunidade de fazê-lo”.⁹⁹

⁹⁵ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Poitrinol v. França*, julgamento de 23 de novembro de 1993, Série A, No. 277-A, p. 15, par. 35.

⁹⁶ *Ibid.*, loc. cit.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Pelladoah v. Holanda*, julgamento de 22 de setembro de 1994, Série A, No. 297-B, par. 40 até p. 35 e Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso van Geysseghem v. Bélgica*, julgamento de 21 de janeiro de 1999, Relatórios 1999-I, pp. 140-141, par. 35-36.

⁹⁹ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Pelladoah v. Holanda*, julgamento de 22 de setembro de 1994, Série A, No. 297-B, p. 35, par. 41.

O caso Kamasinski

No caso *Kamasinski*, onde ao autor foi concedido um advogado dativo para representá-lo num caso de fraude e apropriação indébita, a Corte Europeia observou que “um Estado não pode ser considerado responsável por qualquer imprevisto da parte de um advogado indicado para fins de assistência judiciária”, e que “decorre da independência da profissão legal do Estado que a condução da defesa é essencialmente matéria entre o réu e seu advogado, seja ele dativo ou pago”. Na visão da Corte, “as autoridades nacionais competentes devem intervir, nos termos do artigo 6º § 3 (c), somente se houver falha na representação efetiva do advogado dativo que manifestamente chame a atenção das autoridades de alguma forma”.¹⁰⁰ Neste caso, a Corte examinou cuidadosamente as reclamações do autor em relação à assistência do seu advogado e concluiu que “não havia indicação ... de que no estágio anterior ao julgamento as autoridades da Áustria tinham motivo para interferir no que concerne à representação legal do autor” e que não poderia ser considerada prova pela Corte o fato de que as autoridades nacionais “desconsideraram a salvaguarda específica da assistência judiciária” nos termos do artigo 6(3)(c) “ou a salvaguarda geral do julgamento justo nos termos do parágrafo 1º”.¹⁰¹ Entretanto, durante o julgamento uma disputa ocorreu entre o autor e seu advogado que resultou no pedido do advogado de ser dispensado do caso, pedido que o tribunal recusou. Ainda que as autoridades judiciais austríacas tenham sido notificados de que, na opinião do Sr. Kamasinski, as condições para a defesa não eram ideais, a Corte Europeia concluiu que o artigo 6(1) e (3)(c) não foram violados.¹⁰²

3.5.1 O direito à assistência judiciária efetiva em casos de pena de morte

Como consistentemente defendido pelo Comitê de Direitos Humanos, é “axiomático que a representação por um advogado deve existir em casos de pena de morte”, e “não somente nos julgamentos de primeira instância, mas também nos procedimentos recursais”. Ainda, a “assistência judiciária ao acusado em casos de pena de morte deve ser fornecida de forma a assegurar adequada e efetivamente a justiça”.¹⁰³ De acordo com a jurisprudência do Comitê nos termos do artigo 14(3)(d):

¹⁰⁰ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Kamasinski*, julgamento de 19 de dezembro de 1989, Série A, No. 168, pp. 32-33, par. 65.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 34, par. 69.

¹⁰² *Ibid.*, par. 70-71.

¹⁰³ Comunicado No. 232/1987, *D. Pinto v. Trinidad e Tobago* (Visões adotadas em 20 de julho de 1990), in UN doc. GAOR, A/45/40, p. 73, par.12.5.

“O tribunal deve assegurar que a condução do caso pelo advogado não seja incompatível com os interesses da justiça. Não compete ao Comitê julgar a atuação profissional do advogado, mas o Comitê considera, em casos de pena de morte em que o advogado do acusado declara que não há mérito para apelação, a Corte deve assegurar que este advogado consultou seu cliente e o informou apropriadamente. Em caso contrário, a Corte deve assegurar que o acusado seja informado e dar-lhe a oportunidade de ter outro advogado.”¹⁰⁴

No caso *Morrison*, o autor deveria conseqüentemente “ter sido informado que a assistência judiciária não iria levantar argumentos favoráveis à apelação, a fim de que ele pudesse considerar as opções restantes a ele”. Como isso não foi feito, o artigo 14(3)(d) foi violado.¹⁰⁵

O artigo 14(3)(d) foi violado no similar caso *Reid* onde o autor tinha um advogado dativo mas indicou que queria estar presente durante o julgamento da apelação. Essa possibilidade foi negada tendo em vista que ele tinha um advogado; entretanto, seu advogado subseqüentemente decidiu que não havia mérito na apelação do autor e não apresentou argumentos jurídicos em favor de sua concessão, deixando-o sem efetiva representação jurídica.¹⁰⁶ Na visão do Comitê, e considerando que “este caso envolvia pena de morte”, o Estado-parte “deveria ter indicado outro advogado para a defesa [do autor] ou deixado que o mesmo comparecesse pessoalmente no julgamento da apelação”.¹⁰⁷ No caso *McLeod*, o advogado havia consultado o autor previamente à apelação, mas, sem conhecimento deste, decidiu que não havia fundamento para a apelação. Não há indicação neste caso de que a Corte de Apelações tomou quaisquer medidas para assegurar o direito do autor de ser devidamente informado, e o Comitê concluiu que os direitos determinados nos artigos 14(3)(b) e 14(3)(d) foram violados.¹⁰⁸

O artigo 14(3)(d) foi também violado num caso de pena de morte onde o autor indicou que gostaria de estar presente no julgamento da apelação e que não queria representação de um advogado. Este pedido foi ignorado e a apelação foi conduzida na presença de um advogado, que embasou a apelação em argumentos que o autor não queria. O Comitê notou que o autor não foi informado com suficiente antecedência da data da audiência de sua apelação”, um atraso que prejudicou suas oportunidades de preparar a sua defesa e consultar o seu advogado dativo, cuja identidade ele não sabia até a data do julgamento”. Suas “oportunidades de preparar a apelação foram frustradas pelo

¹⁰⁴ Comunicado No. 663/1995, *M. Morrison v. Jamaica* (Visões adotadas em 3 de novembro de 1998), in UN doc. GAOR, A/54/40 (vol. II), p. 155, par. 8.6.

¹⁰⁵ *Ibid.*, loc. cit. Para um caso semelhante, vide também Comunicado No. 572/1994, *H. Price v. Jamaica* (Visões adotadas em 6 de novembro de 1996), in UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), pp. 155-156, par. 9.2.

¹⁰⁶ Comunicado No. 250/1987, *C. Reid v. Jamaica* (Visões adotadas em 20 de julho de 1990), in UN doc. GAOR, A/45/40 (vol. II), p. 91, par. 11.4.

¹⁰⁷ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁰⁸ Comunicado No. 734/1997, *A. McLeod v. Jamaica* (Visões adotadas em 31 de março de 1998), in UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. II), pp. 216-217, par. 6.3. Vide também e.g. Comunicado No. 528/1993, *M. Steadman v. Jamaica* (Visões adotadas em 2 de abril de 1997), in UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), pp. 26-27, par. 10.3.

fato de que o pedido para desconsiderar a apelação foram tratados como a própria audiência, à qual ele não foi autorizado a estar presente”.¹⁰⁹

Falha do advogado de comparecer em juízo: O caso Robinson

A situação surgiu no caso *Robinson*, onde o julgamento foi adiado diversas vezes por problemas da acusação em localizar a sua testemunha principal. Quando a testemunha foi finalmente localizada e o julgamento começou, os advogados do autor não estavam presentes no tribunal, mas o julgamento procedeu e o autor teve que se defender pessoalmente. Ele foi condenado por assassinato e sentenciado à morte.¹¹⁰ O comitê baseou-se nos artigos 14(3)(d), de acordo com os quais todos devem ter assistência judiciária designada, se os interesses da justiça assim determinarem.¹¹¹ O Comitê reiterou que “é axiomático que a assistência judiciária seja disponibilizada em casos de pena de morte”, e que isso deve ocorrer “mesmo nos casos em que a ausência de um advogado particular seja atribuída ao autor em algum grau, e mesmo se a determinação da assistência judiciária possa adiar os procedimentos”; além disso, este “requisito não pode ser considerado desnecessário por esforços que possam de outra forma ser feitos pelo juiz do processo para auxiliar o autor em sua defesa na ausência de um advogado”.¹¹² Neste caso, a ausência de um advogado constituído constitui em julgamento injusto”.¹¹³

O caso Domukovsky e outros

No caso *Domukovsky e outros*, os quatro autores argüíram não terem tido uma audiência justa após terem sido removidos da sala de audiência e ficado ausentes dos procedimentos, que culminaram com uma sentença de morte imposta em dois casos; a eles também foi negada a escolha dos advogados. O Comitê considerou que o artigo 14(3)(d) foi violado em relação a cada autor, enfatizando que

“em um julgamento onde uma pena de morte pose ser aplicada, que era a situação de cada autor, o direito a defesa é ***inalienável e deve existir em todas as instâncias, sem exceção***. Isso inclui o direito de estar presente no julgamento, de ser defendido por um advogado de sua escolha e de não ser obrigado a aceitar um advogado dativo.”¹¹⁴

¹⁰⁹ Comunicado No. 338/1988, *L. Simmonds v. Jamaica* (Visões adotadas em 23 de outubro de 1992), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 82, par. 8.4. Vide também caso onde o advogado falhou em seguir as instruções do acusado: Comunicado No. 248/1987, *G. Campbell v. Jamaica* (Visões adotadas em 30 de março de 1992, in UN doc. GAOR, A/47/40, p. 247, par. 6.6.

¹¹⁰ Comunicado No. 223/1987, *F. Robinson v. Jamaica* (Visões adotadas em 30 de março de 1989), in UN doc. GAOR, A/44/40, pp. 244-245, par. 10.2.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 245, par. 10.3.

¹¹² *Ibid.*, loc. cit.

¹¹³ *Ibid.*, loc. cit.

¹¹⁴ Comunicados Nos. 623, 624, 626, 627/1995, *V. P. Domukovsky e outros. v. Georgia* (Visões adotadas em 6 de abril de 1998), in UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. II), p. 111, par. 18.9; grifo nosso.

Como o Estado-parte não mostrou, neste caso, ter tomado “todas as medidas razoáveis para assegurar a continuidade da presença dos autores no julgamento, apesar do alegado mau comportamento dos mesmos” e considerando que não foi assegurado “que cada autor pudesse ser a todo tempo defendido por um advogado de sua escolha”, o Comitê concluiu que o artigo 14(3)(d) foi violado.¹¹⁵

A Comissão Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas concluiu que Burundi violou o direito à defesa no artigo 7(1)(c) da Carta Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas em um caso onde o tribunal recusou-se a designar um advogado de defesa a um acusado que ao final foi sentenciado à morte. A Comissão “enfaticamente” lembrou que “o direito à assistência judiciária é elemento fundamental do direito a um julgamento justo” particularmente em casos onde “os interesses da justiça assim requeiram”. Dada a gravidade das alegações trazidas contra o acusado” no caso e “a gravidade da pena que lhe foi imputada”, era interesse da justiça que ele tivesse o benefício da assistência de um advogado em todos os estágios do caso”.¹¹⁶ O artigo 7(1)(c) da Carta Africana também foi violado em um caso de pena de morte na Nigéria onde o advogado de defesa dos sete acusados “foi constrangido e intimidado a ponto de ser forçado a retirar-se do caso. Mesmo com a retirada forçada do advogado, o tribunal prosseguiu com o julgamento da questão, sentenciando os acusados à morte”. Na visão da comissão, os acusados foram “privados do seu direito de defesa, incluindo o direito de serem defendidos por um advogado de sua escolha”, contrariamente ao artigo 7(1)(c) da Carta Africana.¹¹⁷

3.5.2 O direito à assistência judiciária gratuita

O artigo 14(3)(d) prevê que na determinação de uma acusação penal, todos têm o direito “a ter assistência judiciária, em qualquer caso em que os interesses da justiça assim requeiram, gratuitamente se o réu não tiver condições para pagar por ela”. O Artigo 6(3)(c) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos também determina que uma pessoa que não tenha “suficientes meios para pagar pela assistência judiciária deve recebê-la gratuitamente sempre que os interesses da justiça o requeiram”. O artigo 8(2)(e) da Convenção Americana refere-se às determinações da lei nacional a este respeito, enquanto a Carta Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas é omissa no que diz respeito à assistência judiciária. Os artigos 20(4)(d) e 21(4)(d) dos respectivos Estatutos

¹¹⁵ Ibid., loc. cit.

¹¹⁶ Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, *Avocats Sans Frontières (em nome de Gaëtan Bwampamye) v. Burundi*, Comunicado No. 231/99, decisão adotada durante a 28ª Sessão Ordinária, 23 de outubro – 6 de novembro de 2000, par. 30 do texto da decisão conforme publicado no seguinte website: <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/231-99.html>.

¹¹⁷ Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, *Projeto de Direitos Constitucionais (em nome de Zamani Lekwot e outros seis) v. Nigéria*, Comunicado No. 87/93, decisão adotada durante a 16ª sessão de outubro de 1994, par. 29 do texto da decisão publicado no seguinte website: http://www.up.ac.za/chr/ahrdb/acomm_decisions.html.

dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da antiga Iugoslávia têm determinações similares ao artigo 14(3)(d) do Pacto Internacional.

Para a concessão da assistência judiciária gratuita, o artigo 14(3)(d) do Pacto Internacional e o artigo 6(3)(c) da Convenção Européia determinam duas condições: **primeiro**, a não disponibilidade de fundos suficientes para pagar um advogado e, **segundo**, que os interesses da justiça requeiram referida assistência. Conforme visto na seção anterior, os interesses da justiça requerem a concessão de assistência judiciária em casos de pena de morte onde o acusado deseja referida assistência e não pode pagar por ela. Outros casos menos dramáticos envolvendo os interesses da justiça podem obviamente requerer a concessão de assistência judiciária gratuita.

Em um caso referente à uma apelação constitucional, o Comitê de Direitos Humanos determinou que “onde um condenado que busca revisão constitucional de irregularidades em um processo penal e não tenha meios suficientes para arcar com os custos da assistência judiciária a fim de alcançar a sua tutela constitucional e onde os interesses da justiça assim requeiram, a assistência judiciária deve ser fornecida pelo Estado”; referida revisão necessitaria de uma audiência justa e consistência com o artigo 14(3)(d) do Pacto.¹¹⁸ Conseqüentemente, o artigo 14 foi violado em um caso onde “a ausência de assistência judiciária ... negou ao autor a oportunidade de testar as irregularidades de seu processo penal na Corte Constitucional em uma audiência justa”.¹¹⁹

A Corte Européia observou, com relação ao artigo 6(3)(c) da Convenção Européia, que “o direito do acusado de ser dada, em certas circunstâncias, assistência judiciária gratuita, constitui um dos aspectos da noção de julgamento justo em processos penais”.¹²⁰ Na determinação de quais interesses da justiça requerem a concessão de assistência judiciária gratuita, a Corte Européia considera diversos critérios, tais como a “**gravidade da ofensa**” cometida, “**a severidade da sentença**”, os riscos pessoais do acusado e “**a complexidade do caso**”.¹²¹ Onde a sentença máxima foi de três anos de prisão por um crime relativo a entorpecentes, a Corte concluiu que a assistência judiciária deveria ter sido paga pelo simples fato de que muito estava em jogo”.¹²² Considerando que a ofensa ocorreu quando o acusado estava em liberdade condicional, um fator adicional foi a “complexidade do caso”, tendo o tribunal nacional que “decider a

¹¹⁸ Comunicado No. 707/1996, *P. Taylor v. Jamaica* (Visões adotadas em 14 de julho de 1997), in UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), p. 241, par. 8.2.

¹¹⁹ *Ibid.*, loc. cit.

¹²⁰ *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Quaranta v. Suíça, julgamento de 24 de maio de 1991, Série A, No. 205*, p. 16, par. 27.

¹²¹ *Ibid.*, p. 17, par. 32-34; grifo nosso.

¹²² *Ibid.*, par. 33.

possibilidade de reativação da sentença suspensa e decidir a nova sentença”.¹²³ Conseqüentemente, houve violação do artigo 6(3)(c) do Pacto.

A Corte Européia definiu, ainda, que os artigos 6(1) e (3)(c) da Convenção Européia

“... para serem aplicados em nos *tribunais de cassação e apelação* dependem de questões especiais dos processos envolvidos; deve ser levada em conta a totalidade do processo conduzido na ordem jurídica nacional e o papel do tribunal de cassação ou apelação”.¹²⁴

O caso *Granger*, onde a assistência judiciária foi recusada, tratava dos procedimentos de apelação em uma condenação por perjúrio onde o acusado foi sentenciado a cinco anos de prisão. Como notado pela Comissão Européia, “não havia dúvida da importância do que estava em questão na apelação”.¹²⁵ Após o exame dos procedimentos perante o tribunal de apelação, a Corte Européia também considerou que o autor “não estava em posição de compreender totalmente os discursos pré-elaborados submetidos à” Alta Corte de Justiça, ou “de se opor aos argumentos submetidos ao tribunal”, e que também “estava claro que, se houvesse oportunidade, ele não poderia responder apropriadamente a estes argumentos ou perguntas do juiz”.¹²⁶ Como resultado, um dos fundamentos da apelação “fez surgir uma questão de complexidade e importância” que era de fato tão difícil que a Alta Corte teve que adiar a audiência “e solicitar uma transcrição da prova dada no julgamento do autor, para que a matéria pudesse ser examinada mais a fundo”.¹²⁷

Em vista desta situação, a Corte Européia de Direitos Humanos concluiu que “alguns meios deveriam ter sido disponibilizados para que as autoridades, incluindo a Alta Corte de Justiça no exercício de sua responsabilidade de assegurar a justa condução dos processos de apelação, reconsiderassem a recusa à assistência judiciária”. Na visão da Corte, “seria no interesse da justiça a concessão de assistência judiciária gratuita ao autor” ao menos no estágio seguinte ao adiamento dos procedimentos, uma vez que isto “em primeiro lugar serviria aos interesses da justiça, possibilitando que o autor fizesse contribuições efetivas ao processo”, e, em segundo lugar, permitiria que a Corte tivesse “o benefício de ouvir ... o argumento legal de um especialista de ambos os lados em uma questão complexa”.¹²⁸ A Corte concluiu, conseqüentemente, que houve violação do artigo 6(3)(c) combinado com o artigo 6(1) do Pacto.

¹²³ Ibid., par. 34.

¹²⁴ Corte Européia de Direitos Humanos, Caso *Granger v. Reino Unido*, julgamento de 28 de março de 1991, Série A, No. 174, p. 17, par. 44; grifo nosso.

¹²⁵ Ibid., p. 18, par. 47.

¹²⁶ Ibid., loc. cit.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid., par. 47 at p. 19

The Pakelli case

No caso *Pakelli*, o artigo 6(3)(c) foi violado uma vez que o autor recusou a assistência judiciária para sua representação no Tribunal Federal que realizaria uma audiência no caso, medida que o tribunal toma somente em casos excepcionais. Na visão da Corte Européia a presença do autor não poderia compensar a ausência do advogado para examinar as questões jurídicas que surgissem, entre outras, relativas à aplicação de uma nova versão do Código de Processo Penal. Conseqüentemente, o autor foi privado da “oportunidade de influenciar o resultado do caso”.¹²⁹

Vale notar que, na visão da Corte Européia, “a existência de violação é concebível mesmo na ausência de prejuízo”, e que requerer prova de que a ausência de assistência efetiva prejudicou o autor na interpretação do artigo 6(3)(c) “seria desvirtuar enormemente a sua substância”.¹³⁰

Finalmente, é importante notar que a assistência judiciária disponível deve ser “efetiva”, e conseqüentemente não é suficiente para cumprir com o artigo 6(3)(c) que um advogado seja simplesmente designado.¹³¹

3.5.3 O direito à comunicação privilegiada com seu advogado

O direito de comunicação privilegiada com seu advogado é tratado na seção 6.4 do Capítulo 6º relativo ao “Direito à Assistência Legal”. Este direito evidentemente é aplicável nos estágios do julgamento e apelação, durante os quais ao acusado deve ser assegurado tempo e meios adequados para que consulte seu advogado de maneira confidencial.

¹²⁹ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Pakelli v. República Federativa da Alemanha*, julgamento de 25 de abril de 1983, Série A, No. 64, p. 18, par. 39.

¹³⁰ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Artico v. Itália*, julgamento de 13 de maio de 1980, Série A, No. 37, par. 35 at p. 18.

¹³¹ *Ibid.*, par. 33 at p. 16.

Todos têm o direito de se defender pessoalmente ou de indicar um advogado de sua escolha a fim de assegurar uma defesa eficiente.

O direito à assistência judiciária deve ser disponibilizado efetivamente, particularmente em casos de pena de morte. Os tribunais nacionais têm o dever de assegurar que o acusado tenha defesa efetiva.

*Prisão **incomunicável** viola o direito de acesso efetivo a um advogado.*

Na falta de meios suficientes para pagar um advogado, e se os interesses assim requeiram, o acusado por uma ofensa penal tem direito à assistência judiciária gratuita. Os interesses da justiça são relativos a aspectos tais como a severidade dos crimes, a potencial pena que pode ser aplicada e a complexidade do caso.

O acusado deve ter tempo e meios adequados para comunicar-se com seu advogado. Suas comunicações são privilegiadas e devem ser confidenciais.

3.6 O direito de estar presente ao julgamento

O artigo 14(3)(d) do Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos, e os artigos 20(4)(d) e 21(4)(d) dos respectivos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da antiga Iugoslávia determinam que todos têm o direito de “estarem presentes em seus julgamentos”. Onde um Estado-parte falhou em caracterizar a sua negação de violação do referido direito, por exemplo, por meio do envio de uma cópia da transcrição do julgamento, o Comitê concluiu que o direito foi violado.¹³²

Enquanto o artigo 6(1) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos não menciona expressamente o direito das pessoas de participarem de seus próprios julgamentos, a Corte Européia de Direitos Humanos sustenta que a existência deste direito “é demonstrada pelo ‘objeto e finalidade do artigo considerado como um todo’”.¹³³ Onde não houve evidência de que o autor teve a intenção de renunciar ao seu

¹³² Comunicado No. 289/1988, *D. Wolf v. Panamá* (Visões adotadas em 26 de março de 1992), in UN doc. GAOR, A/47/40, p. 289, par. 6.5.

¹³³ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Brozicek v. Itália*, julgamento de 19 de dezembro de 1989, Série A, No. 167, p. 19, par. 45.

direito de participar de seu julgamento e onde, entre outros, o Presidente do Tribunal Regional de Savona não procurou notificar o acusado pessoalmente para que comparecesse ao tribunal e desta forma foi julgado à revelia, a Corte considerou que não houve um julgamento justo nos termos do artigo 6(1) da Convenção.¹³⁴

3.6.1 Julgamentos à revelia

Embora os órgãos de supervisão internacional não tenham ainda desenvolvido uma teoria sobre os julgamentos à revelia, aparentemente referidos julgamentos podem ser admitidos em circunstâncias especiais. Isto é claro ao menos no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, pelo Comentário Geral do Comitê No. 13 ao artigo 14, que determina que “excepcionalmente, quando por motivo justificado, julgamentos à revelia são realizados, observância estrita aos direitos da defesa é mais que necessária”.¹³⁵ Conseqüentemente, quando referidos julgamentos não constituem por si uma violação ao artigo 14 do Pacto, com os requisitos básicos de um julgamento justo mantidos; um julgamento à revelia somente é compatível com o artigo 14 quando o acusado foi citado “a tempo e informado do processo contra ele” e o Estado-parte deve demonstrar que os princípios do julgamento justo foram respeitados.¹³⁶ Onde o Estado-parte simplesmente “assumiu” que o autor foi citado a tempo, o Comitê considerou que isto “é claramente insuficiente para desconsiderar o ônus do Estado-parte para justificar-se o julgamento de um acusado à revelia”; era “incumbência do tribunal que julgou o caso verificar se o autor foi informado do caso pendente antes de se iniciar o julgamento” em sua ausência, mas na falta de provas de que a corte assim o fez, o Comitê concluiu que “o direito do autor de ser julgado pessoalmente foi violado”.¹³⁷

Como nota-se acima, a Corte Européia de Direitos Humanos enfatizou que o “objeto e finalidade” do artigo 6º da Convenção Européia “entendido como um todo mostra que a pessoa ‘acusada de um crime’ tem direito a participar da audiência”.¹³⁸ No caso *Colozza e Rubinat*, as autoridades italianas conduziram um julgamento irregular uma vez que foram incapazes de localizar o autor que mudou-se sem deixar o endereço. Ele foi classificado como um *latinante*, por exemplo, uma pessoa que de má-fé escusa-se de uma ordem expedida por um tribunal. Um advogado indicado pelo tribunal não compareceu ao julgamento, o qual não foi adiado, sendo que o mesmo aconteceu com o segundo advogado indicado pelo tribunal. O julgamento foi concluído após a indicação, pelo tribunal, de outro advogado de defesa. O autor foi condenado a uma pena de prisão

¹³⁴ Ibid., p. 19, par. 45-46.

¹³⁵ *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 125, par. 11.

¹³⁶ Comunicado No. 699/1996, *A. Maleki v. Itália* (Visões adotadas em 15 de julho de 1999), in UN doc. GAOR, A/54/40 (vol. II), p. 183, par. 9.2-9.3.

¹³⁷ Ibid., pp. 183-184, par. 9.4.

¹³⁸ *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Colozza v. Itália, julgamento de 12 de fevereiro de 1985, Série A, No. 89, p. 14, par. 27.*

de seis anos. Alguns meses depois foi preso em Roma. Ele protocolou uma “apelação tardia” que foi desconsiderada. A Corte Européia concordou com o Governo que

“a impossibilidade de se realizar um julgamento devido a uma falha pode paralisar a condução dos processos penais, e que podem levar, por exemplo, à dispersão de provas, à expiração do prazo dos procedimentos penais ou má condução da justiça. Entretanto, nas circunstâncias do caso, este fato não parece à Corte que tenha natureza de justificar a completa e irreparável perda do direito de participar da audiência. Quando a lei nacional permite que o julgamento seja realizado não obstante a ausência da pessoa acusada de ofensa penal, que está em posição semelhante à do Sr. Colozza, esta pessoa deve estar ciente dos procedimentos, de forma a estar apta a obter, do tribunal que o ouvir, a determinação do mérito da causa.”¹³⁹

A Corte relevantemente completou afirmando que “os recursos disponíveis na lei nacional devem demonstrar-se efetivos e a pessoa acusada de uma ofensa penal que esteja em situação semelhante à do Sr. Colozza não pode ser deixada com o ônus de provar que não estava tentando se esvair da justiça ou que a sua ausência foi causada por força maior”.¹⁴⁰

Um acusado tem o direito de estar presente no julgamento. Julgamentos à revelia podem ser aceitos em circunstâncias especiais, mas devem preservar os direitos de defesa efetiva. Considerando um acusado que não tenha intencionalmente evitado a justiça e que esteja ciente dos procedimentos, ele tem direito a uma nova determinação do mérito da causa.

3.7 O direito de não testemunhar contra si mesmo ou de confessar-se culpado

A proibição da auto-incriminação é tratada na subseção 6.5 do Capítulo 6º tendo em vista a importância específica durante a investigação criminal. Entretanto, o direito de não ser obrigado a testemunhar contra si mesmo permanece igualmente válido durante os procedimentos judiciais. Vale lembrar que o artigo 14(3)(g) do Pacto Internacional dispõe que “na determinação de qualquer acusação penal”, toda pessoa tem o direito de “não ser obrigada a testemunhar contra si mesma ou confessar-se culpada”. De acordo com o artigo 8(2)(g) da Convenção Americana, todos têm “o direito de não ser testemunha contra si mesmo nem de pleitear-se culpado”, e o artigo 8(3) ainda especifica que “a

¹³⁹ Ibid., p. 15, par. 29.

¹⁴⁰ Ibid., par. 30 at p. 16.

confissão de culpa do acusado somente será válida se realizada sem coerção de qualquer tipo”. Enquanto a Carta Africana e a Convenção Européia contêm dispositivos similares, o artigo 55(1)(a) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional e os artigos 20(4)(g) e 21(4)(g) dos respectivos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da antiga Iugoslávia contêm proteção contra a auto-incriminação.

No Comentário geral n° 13 ao Artigo 14 do Pacto Internacional, o Comitê de Direitos Humanos determinou que, considerando que a salvaguarda contida no subparágrafo (3)(g), artigos 7° e 10(1) do Pacto “deve ser tida em mente”,¹⁴¹ artigos estes tornando ilícitas a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, e determinando que “todas as pessoas privadas de sua liberdade devem ser tratadas com humanidade e respeito com a inerente dignidade da pessoa humana”. Como enfatizado pelo Comitê, “a fim de compelir o acusado a confessar ou testemunhar contra si mesmo, freqüentemente métodos que infringem estas disposições são utilizados. A lei deve, entretanto, “requerer que a prova que seja conseguida por tais meios ou métodos ou qualquer outra forma de compulsão que seja totalmente inaceitável”.¹⁴² Além disso, “juízes devem ter autoridade para considerar as alegações de violação aos direitos do acusado durante qualquer estágio da acusação”.¹⁴³ Vale ressaltar a este respeito que a Diretriz 16 das Diretrizes sobre o Papel da Acusação também determina que a acusação deve rejeitar provas que tenham sido obtidas com recurso a métodos ilegais.¹⁴⁴

O Comitê reconheceu ainda que a garantia de que “ninguém será obrigado a testemunhar contra si mesmo ou confessar-se culpado deve ser entendida nos termos da *ausência que qualquer pressão direta ou indireta, física ou psicológica, sobre o acusado por parte das autoridades investigativas tendo em vista a obtenção de uma confissão de culpa*”.¹⁴⁵ O Comitê encontrou violações ao artigo 14(3)(g) em casos onde os acusados foram obrigado a assinar declarações incriminando-os,¹⁴⁶ ou onde tentativas foram feitas – incluindo através do recurso de tortura – de os obrigarem a afazê-lo.¹⁴⁷

Entretanto, onde várias questões relacionadas à alegada auto-incriminação sob tortura não foram trazidas à atenção do juiz do tribunal seja pelo autor, seja pelo

¹⁴¹ *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 125, par. 14.

¹⁴² *Ibid.*, loc. cit.

¹⁴³ *Ibid.*, par. 15.

¹⁴⁴ Vide princípio 16 listado *in extenso* no Capítulo 6° above, subseção 6.2.

¹⁴⁵ Comunicado No. 330/1988, *A. Berry v. Jamaica* (Visões adotadas em 7 de abril de 1994), in UN doc. *GAOR*, A/49/40 (vol. II), p. 28, par. 11.7; grifo nosso.

¹⁴⁶ Comunicado No. R.12/52, *S. R. López Burgos v. Uruguai* (Visões adotadas em 29 de julho de 1981), in UN doc. *GAOR*, A/36/40, p. 183, par. 13; e Comunicado No. R.18/73, *M. A. Teti Izquierdo v. Uruguai* (Visões adotadas em 1° de abril de 1982), in UN doc. *GAOR*, p. 186, par. 9.

¹⁴⁷ Comunicado No. R.12/52, *S. R. López Burgos v. Uruguai* (Visões adotadas em 29 de julho de 1981), in UN doc. *GAOR*, A/36/40, p. 183, par. 13; e Comunicado No. R.18/73, *M. A. Teti Izquierdo v. Uruguai* (Visões adotadas em 1° de abril de 1982), in UN doc. *GAOR*, p. 186, par. 9.

advogado, o Comitê concluiu que o Estado-parte não poderia ser considerado responsável nos termos do artigo 14(1) [sic] pelo resultado alegadamente negativo desta falha.¹⁴⁸

Em relação ao artigo 8(3) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, o Tribunal Americano de Direitos Humanos não encontrou, no caso *Castillo Petruzzi e outros* prova de que este artigo foi violado. Ainda que seja claro que os acusados “foram forçados a dizer a verdade” durante o testemunho preliminar perante o Juiz do Tribunal Especial Militar de Interrogatório, nada nos autos sugeria “que qualquer castigo ou outra consequência legal adversa foi ameaçada caso eles não dissessem a verdade”; e não havia “qualquer evidência que sugerisse que os acusados tiveram que testemunhar sob juramento ou o ônus de dizer a verdade, qualquer dos quais teria violado o seu direito de escolher testemunhar ou não”.¹⁴⁹

3.7.1 Proibição do uso de prova obtida por meios/tratamentos ilegais

No Capítulo 6º fizemos referência à Diretriz 16 das Diretrizes sobre o Papel da Acusação, segundo a qual a acusação deve recusar provas que “sabe ou acredita em bases razoáveis” terem sido obtidas “por métodos ilegais, que constituem grave violação dos direitos humanos do suspeito”, particularmente quando referidos métodos envolvem recurso à tortura e outros abusos de direitos humanos.

Outra previsão internacional pertinente em relação a esta questão está no artigo 15 da Convenção contra a Tortura e Outras Práticas, Tratamentos ou e Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes e no artigo 10º da Convenção Americana de Prevenção e Punição da Tortura. A primeira determina que “cada Estado-membro deve assegurar que qualquer declaração que for feita como resultado de tortura não será considerada como prova em quaisquer processos, exceto contra a pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi feita”. Com previsão similar, a última declara inadmissível “como prova em processo” prova obtida através de tortura.

O Artigo 69(7) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional determinou em termos menos categóricos que “provas obtidas por meio de violação a este Estatuto ou direitos humanos internacionalmente reconhecidos não serão admitidas se:

- (a) A violação resulte em relevante dúvida sobre a confiabilidade da prova; ou
- (b) A admissão da prova seria oposta ao, e poderia seriamente prejudicar a integridade do processo.”

¹⁴⁸ Comunicado No. 330/1988, *A. Berry v. Jamaica* (Visões adotadas em 7 de abril de 1994), in UN doc. GAOR, A/49/40 (vol. II), p. 27, par. 11.3.

¹⁴⁹ Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi e outros v. Peru*, julgamento de 30 de maio de 1999, Série C, No. 52, p. 210, par. 167-168.

Ainda não é possível saber como esta determinação será interpretada pelo Tribunal Penal Internacional, mas aparentemente ela permite a consideração de uma prova obtida ilegalmente, desde que não haja dúvida da confiabilidade de referida prova e que a sua admissão não seja oposta à integridade do processo. Em vista de outras determinações claras, entre elas o artigo 15 da Convenção contra a Tortura, é possível, entretanto, presumir que provas obtidas por tortura são um exemplo de provas não confiáveis por excelência, e cujo uso seria, de fato, oposto à integridade do processo.

Finalmente, é importante ressaltar que neste contexto o Comitê de Direitos Humanos declarou que “é importante para desencorajar as violações do artigo 7º [do Pacto Internacional] **que a lei proíba a admissibilidade em processos judiciais de declarações ou confissões obtidas através de tortura ou outro tratamento proibido**”.¹⁵⁰

O direito do acusado de não ser obrigado a testemunhar contra si mesmo permanece válido durante os procedimentos do julgamento. Significa que não devem existir pressões físicas ou psicológicas, diretas ou indiretas, das autoridades investigativas para a obtenção de uma confissão. Um acusado que se confessar culpado após pressão indevida deverá trazer a questão às autoridades competentes, incluindo o(s) juiz(es) do tribunal, sendo que se isso não for feito corre-se o risco de não se ter esta compulsão indevida considerada na determinação da acusação penal.

Juízes e promotores devem estar atentos a qualquer sinal de compulsão ilegal relativa a confissões e não estão autorizados a invocar referidas confissões contra o acusado.

O uso de provas e confissões obtidas por meio de tortura é ilegal e deve ser expressamente proibido pela lei nacional.

3.8 O direito de chamar, examinar ou fazer com que sejam examinadas as testemunhas

O artigo 14(3)(e) do Pacto Internacional dispõe que, na determinação de qualquer acusação penal, todos têm o direito de “examinar, ou de fazer com que sejam examinadas, as testemunhas de acusação e de apresentar e examinar as testemunhas de defesa nas mesmas condições que as de acusação”. O artigo 6(3)(d) da Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos contém disposição com a mesma redação e o artigo

¹⁵⁰ Vide Comentário Geral No. 20, in *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 141, par. 12; grifo nosso.

8(2)(f) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos contém que “o direito da defesa de examinar as testemunhas presentes no tribunal e de apresentar como testemunhas, especialistas ou outras pessoas que possam aclarar os fatos”. O artigo 20(4)(e) e o artigo 21(4)(e) dos respectivos estatutos dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da antiga Iugoslávia também trazem redação similar ao Pacto Internacional a este respeito.

De acordo com o Comitê de Direitos Humanos, o artigo 14(3)(e) “não determina um direito ilimitado de apresentar testemunhas requeridas pelo acusado ou por seu advogado”, e não há evidência de que a recusa do tribunal de chamar determinadas testemunhas não viola o princípio da igualdade de armas – por exemplo, se a prova não é parte do caso em consideração – não há violação ao artigo 14(3)(e).¹⁵¹

Em relação à questão de se o Estado-parte pode ser considerado responsável pela falha do advogado de defesa de chamar testemunhas, o Comitê decidiu que “não poderá ser considerado responsável pelas falhas [do advogado] *salvo se restar manifesto ao juiz que o comportamento do advogado era contrário aos interesses da justiça*”.¹⁵²

Em um caso onde era “incontestável que nenhum esforço foi feito para que três testemunhas álibi potenciais testemunhassem a favor do acusado no julgamento”, o Comitê considerou que “não era aparente nos autos e na transcrição que a decisão do advogado de não chamar as testemunhas não foi feita no exercício de seu julgamento profissional”. Nessas circunstâncias, a falha no exame das testemunhas de defesa não pode ser atribuída ao Estado-parte e não houve violação ao artigo 14(3)(e).¹⁵³

Em linhas gerais, pode-se afirmar que (1) não havendo indicação de que o autor ou seu advogado tenham reclamado ao juiz do tribunal que o tempo ou as facilidades para a instrumentação da defesa foram inadequadas, e (2) não havendo evidência de que “a decisão do advogado de não chamar testemunhas não foi feita no exercício de seu julgamento profissional, ou que, se um pedido de chamamento de testemunhas foi feito, o juiz o negou”, o Comitê é relutante em concluir que os artigos 14(3)(b) ou (e) foram violados.¹⁵⁴

¹⁵¹ Comunicado No. 237/1987, *D. Gordon v. Jamaica* (Visões adotadas em 5 de novembro de 1992), in doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 10, par. 6.3.

¹⁵² Comunicado No. 610/1995, *Henry v. Jamaica* (Visões adotadas em 20 de outubro de 1998), in UN doc. GAOR, A/54/40 (vol. II), p. 50, par. 7.4; grifo nosso.

¹⁵³ Comunicado No. 615/1995, *B. Young v. Jamaica* (Visões adotadas em 4 de novembro de 1997), in UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. II), pp. 74-75, par. 5.5.

¹⁵⁴ Comunicado No. 356/1989, *T. Collins v. Jamaica* (Visões adotadas em 25 de março de 1993), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), pp. 88-89, par. 8.1.

O caso Reid

No caso *Reid*, o Estado-parte “não negou a reclamação do autor de que o tribunal falhou em conceder ao advogado um mínimo de tempo para preparar o exame da testemunha” e o Comitê portanto encontrou violação ao artigo 14(3)(e). O autor alegou que a assistência do advogado só lhe foi designada no dia da abertura do julgamento e que o juiz do tribunal negou o adiamento que permitiria que o advogado discutisse o caso com seu cliente; de acordo com o autor, o advogado estava “totalmente despreparado” e que tinha lhe dito “não saber que questões fazer às testemunhas”.¹⁵⁵

O artigo 14(3)(e) e (5) do Pacto também foi violado em um caso onde o tribunal nacional recusou-se a “requerer o testemunho de um especialista de crucial importância para o caso”.¹⁵⁶

Invocando o precedente da Corte Européia de Direitos Humanos, a Corte Inter-Americana de Direitos Humanos definiu que “uma das prerrogativas do acusado deve ser a oportunidade de examinar ou fazer com que sejam examinadas as testemunhas da defesa, nas mesmas condições das testemunhas da acusação”.¹⁵⁷ Além disso, no caso *Castillo Petruzzi e outros*, o artigo 8(2)(f) da Convenção Americana foi violado uma vez que a lei aplicada no processo “não permite o re-exame das testemunhas cujo testemunho seja a base da acusação contra as alegadas vítimas. O problema criado pela não permissão do re-exame de agentes policiais e militares foi composto ... pelo fato de que os suspeitos não puderam consultar seus advogados até que dessem seus depoimentos à polícia”, situação que “deixou os advogados de defesa sem meios de refutar a prova colhida e contida no relatório da investigação policial”.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Comunicado No. 250/1987, *C. Reid v. Jamaica* (Visões adotadas em 20 de julho de 1990), in UN doc. GAOR, A/45/40 (vol. II), p. 91, par. 11.3 lido em conjunto com p. 87, par. 4.

¹⁵⁶ Comunicado No. 480/1991, *J. L. García Fuenzalida v. Equador* (Visões adotadas em 12 de julho de 1996), in UN doc. GAOR, A/51/40 (vol. II), p. 55, par. 9.5.

¹⁵⁷ *Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, Caso Castillo Petruzzi e outros v. Peru, julgamento de 30 de maio de 1999, Série C, No. 52, p. 205, par. 154*; para precedente europeu vide *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Barberà, Messegue e Jabardo, julgamento de 6 de dezembro de 1998, Série A, No. 146* e *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Bönisch, julgamento de 6 de maio de 1985, Série 92*.

¹⁵⁸ *Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, Caso Castillo Petruzzi e outros v. Peru, julgamento de 30 de maio de 1999, Série C, No. 52, p. 205, par. 153 e 156*.

Em relação ao artigo 6(3)(d) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a Corte Europeia decidiu no caso *Delta* que

“Em princípio, a prova deve ser produzida na presença do acusado em audiência pública em vista do contraditório. Isso não significa, todavia, que a fim de serem usados como prova, os depoimentos das testemunhas devem ser feitos sempre em audiência pública: o uso como prova de depoimentos obtidos em estágios pré-julgamento não é por si só inconsistente com os parágrafos 3(d) e 1 do artigo 6º, desde que os direitos da defesa sejam respeitados. Via de regra, estes direitos requerem que ao acusado deve ser dada a oportunidade adequada de confrontar e questionar a testemunha de acusação, seja no momento em que a testemunha deu o seu depoimento, seja em um estágio posterior do processo...”¹⁵⁹

Conseqüentemente, no caso *Delta*, onde o autor foi condenado com base no depoimento de uma testemunha dado em estágio de investigação policial, e cuja credibilidade nem o autor nem seu advogado puderam contestar, a Corte Europeia encontrou violação ao julgamento justo tratado nos artigos 6(1) e (3)(d) da Convenção.¹⁶⁰

O caso *Unterpertinger*

No caso *Unterpertinger*, o autor foi condenado por lesões corporais à sua ex-mulher e enteada em dois indiciamentos distintos. Ambas as vítimas recusaram-se a produzir provas no tribunal, apesar de seus depoimentos terem sido lidos durante o julgamento. A Corte Europeia observou que, apesar do fato de as leituras serem inconsistentes com os artigos 6(1) e (3)(d) da Convenção, “o uso delas como prova deve cumprir com os direitos da defesa, que é objeto e fim do artigo 6º proteger”. Neste caso em especial o autor “não teve a oportunidade em nenhum momento nos procedimentos anteriores de questionar as pessoas cujos depoimentos foram lidos no julgamento”.¹⁶¹ Como o autor não teve a oportunidade de questionar sua ex-mulher e enteada ou fazer com que fossem questionadas a fim de desafiar a credibilidade de seus depoimentos, e dado que a Corte de Apelações considerou os depoimentos “como prova da verdade das acusações feitas pela mulher”, o autor não teve um julgamento justo e houve violação dos artigos 6(1) e 3(d) da Convenção.¹⁶²

¹⁵⁹ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Delta v. França*, julgamento de 19 de dezembro de 1990, Série A, No. 191-A, p. 16, par. 36.

¹⁶⁰ *Ibid.*, par. 37.

¹⁶¹ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Unterpertinger v. Áustria*, julgamento de 24 de novembro de 1986, Série A, No. 110, pp. 14-15, par. 31.

¹⁶² *Ibid.*, p. 15, par. 32-33.

Entretanto, em casos onde a leitura dos depoimentos das testemunhas não constitui a única prova que baseia a decisão do tribunal nacional, a Corte entende que o autor não foi privado do direito a um julgamento justo determinado nos artigos 6(1) e (3)(d) conjuntamente.¹⁶³

Vale ressaltar que, de acordo com a jurisprudência da Corte Européia, o termo “testemunha” no artigo 6(3)(d) deve ter “uma interpretação autônoma”, podendo também incluir, por exemplo, declarações dadas por policiais ou por indivíduos que não tenham dado “prova direta” em juízo.¹⁶⁴

O acusado tem o direito de examinar ou fazer com que sejam examinadas testemunhas da acusação nas mesmas condições que a acusação. Conseqüentemente, a fim de garantir um julgamento justo os tribunais nacionais devem dar a possibilidade de questionamento contraditório a estas testemunhas.

O direito de chamar testemunhas não significa que um número ilimitado de testemunhas pode ser chamado. As testemunhas chamadas devem ser relevantes para o caso. Os tribunais nacionais devem dar ao acusado e ao seu advogado tempo adequado para preparar o questionamento das testemunhas.

O juiz nacional deve estar atento para deficiências manifestas na conduta profissional de defesa do advogado e, quando necessário, intervir a fim de garantir um julgamento justo, incluindo igualdade de armas.

3.8.1 Testemunha anônima

As testemunhas anônimas não são reguladas nos tratados de direitos humanos considerados neste Manual, mas a Regra 69 das Regras de Procedimentos e Provas dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da antiga Iugoslávia tratam da “Proteção das Vítimas e Testemunhas”. No caso do Tribunal de Ruanda, a Regra 69 diz:

“(A) Em circunstâncias excepcionais, qualquer das partes pode apresentar ao tribunal um pedido de não revelação da identidade da vítima ou de testemunha que pode estar em perigo ou risco, até que o tribunal decida de forma diversa.

¹⁶³ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Asch v. Áustria*, julgamento de 26 de abril de 1991, Série A, No. 203, p. 11, par. 30-31.

¹⁶⁴ Vide e.g. Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Windisch Case v. Áustria*, julgamento de 27 de setembro de 1990, Série A, No. 186, pp. 9-10, par. 23.

(B) Na determinação das medidas de proteção das vítimas e testemunhas, o Tribunal poderá consultar a Unidade de Suporte às Vítimas e Testemunhas.

(C) Nos termos da Regra 75, a identidade das vítimas e testemunhas será revelada em tempo suficiente antes do julgamento para que a defesa e a acusação tenham tempo hábil para se prepararem.”

A Regra 69 das Regras de Procedimentos e Provas do Tribunal Penal da antiga Iugoslávia tem redação ligeiramente diferente:

“(A) Em circunstâncias excepcionais, a acusação pode apresentar ao tribunal um pedido de não revelação da identidade da vítima ou de testemunha que pode estar em perigo ou risco, até que tal pessoa seja trazida à proteção do Tribunal.

(B) Na determinação das medidas de proteção das vítimas e testemunhas, o Tribunal poderá consultar a Seção de Vítimas e Testemunhas.

(C) Nos termos da Regra 75, a identidade das vítimas e testemunhas será revelada em tempo suficiente antes do julgamento para permitir tempo hábil de preparação da defesa.”

A Regra 75(A) das regras de Procedimentos para o Tribunal da antiga Iugoslávia tratam de “Medidas para a Proteção de Vítimas e Testemunhas”, e permitem que o Juiz ou o Tribunal de ofício, ou a requerimento das partes, ou a requerimento das vítimas e testemunhas envolvidas, ou a pedido da Seção de Vítimas e Testemunhas tomem medidas apropriadas para a *privacidade e proteção* das vítimas e testemunhas, *desde que as medidas sejam consistentes com os direitos do acusado*” (grifo nosso). A Regra 75(A) do Tribunal de Ruanda é quase idêntica, mas refere-se à “*privacidade e segurança*” das vítimas e testemunhas (grifo nosso). O parágrafo (B) da Regra 75 em cada caso trata das medidas que o Tribunal pode adotar nas câmaras para proteger o direito à privacidade e proteção/segurança das vítimas e testemunhas. Tais medidas incluem:

- a ocultação nos nomes e informações de identificação dos registros públicos da Câmara/Tribunal;
- a não revelação ao público de quaisquer documentos identificando a vítima;
- testemunhos através de mecanismos de alteração de imagem e voz ou circuitos fechados de televisão;
- determinação de pseudônimos;
- sessões fechadas; e

- medidas apropriadas para facilitar o testemunho de vítimas e testemunhas vulneráveis, como circuitos fechados de televisão.

Como pode ser visto nas Regras de procedimentos destes dois Tribunais, a diretriz para as medidas de proteção das vítimas e testemunhas deve ser “consistente com os direitos do acusado”, e ao final, não prevêem anonimato permanente para as partes em relação às vítimas e testemunhas, com suas identidades reveladas em tempo suficiente antes do julgamento para a preparação para o mesmo. A solução adotada pelos Tribunais Penais Internacionais é uma solução interessante para os problemas de segurança, e ao mesmo tempo asseguram o direito a uma defesa efetiva.

O recurso às testemunhas anônimas ocorreu no caso *Kostovski* examinado nos termos dos artigos 6(1) e (3)(d) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos, onde tais duas testemunhas foram ouvidas pela polícia e, em um caso, também pelo magistrado, mas não foram ouvidas no julgamento do autor. Não apenas as testemunhas “não foram ouvidas no tribunal como suas declarações foram tomadas... na ausência do Sr. Kostovski e seu advogado” e, portanto, “em nenhum momento puderam ser questionadas por ele ou em sua defesa”.¹⁶⁵ A defesa teve, entre outras, a possibilidade de submeter questões escritas “indiretamente por meio do magistrado”, mas “a natureza e o escopo das questões colocadas ... foram consideravelmente restringidas pela decisão de que a identidade dos autores dos depoimentos deveria ser preservada”.¹⁶⁶ Este fato “agravou as dificuldades do autor”, porque, “se a defesa não pode identificar a pessoa que deve inquirir, ela pode ser privada de particularidades que podem demonstrar que ele ou ela foram prejudicados, hostis ou não confiáveis”. Na visão da Corte Européia, “os perigos inerentes a esta situação são óbvios”.¹⁶⁷

Outro aspecto é o de que “cada tribunal estava precluso pela ausência de referidas pessoas anônimas pela observância de seu comportamento quando questionadas e por formar sua própria opinião de sua confiabilidade”.¹⁶⁸ O autor, que tinha uma longa ficha criminal, foi condenado por roubo a banco, e o Governo defendeu o uso de testemunhas anônimas citando a necessidade de se balancear os interesses da sociedade, do acusado e das vítimas, em vista do aumento da frequência de intimidação das testemunhas na Holanda. Neste caso particular, os autores dos depoimentos nos quais a condenação do autor foi baseada “tinham bons motivos para temer represálias”.¹⁶⁹

Apesar de a Corte ter admitido que a linha de argumento do Governo “tinha força”, ela não era “decisiva”, e fez a seguinte declaração, que merece ser transcrita:

¹⁶⁵ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Kostovski v. Holanda*, julgamento de 20 de novembro de 1989, Série A, No 166, p. 20, par. 42.

¹⁶⁶ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*, par. 43.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 21, par. 44.

“Apesar de o crescimento do crime organizado demandar a introdução de medidas apropriadas, a submissão do Governo pareceu insuficiente no Tribunal naquilo que o advogado do autor definiu como “o interesse de todos em uma sociedade civilizada em um processo judicial justo e controlável. O direito a uma justa administração da justiça tem lugar tão proeminente em uma sociedade democrática ... que não pode ser sacrificada em nome da expediência. A Convenção não dá confiabilidade, em estágios de investigação de processos penais, em fontes como informantes anônimos. Entretanto, o uso subsequente de depoimentos anônimos como prova suficiente para embasar uma condenação, como no presente caso, é uma questão distinta. Envolve limitações ao direito de defesa que são inconciliáveis com as garantias contidas no artigo 6º. De fato, o Governo aceitou que a condenação do autor foi baseada ‘de maneira decisiva’ nos depoimentos anônimos.”¹⁷⁰

Desta forma, o artigo 6(3)(d) juntamente com o artigo 6(1) da Convenção Européia foram violados neste caso.

Testemunhos de vítimas e testemunhas anônimas durante o julgamento são ilegais, mas em casos excepcionais podem ser usados em investigações criminais. A identidade das vítimas e testemunhas anônimas deve ser revelada com tempo suficiente antes do início do julgamento para assegurar um julgamento justo.

3.9 O direito à assistência gratuita de um intérprete

De acordo com o artigo 14(3)(f) do Pacto e com o artigo 6(3)(e) da Convenção Européia, todos têm “o direito à assistência gratuita de um intérprete se não puderem entender ou falar a língua usada no tribunal”. O artigo 8(2)(a) da Convenção Americana garante “o direito do acusado de ser assistido sem custo por um tradutor ou intérprete, se ele não compreender ou não falar a língua do tribunal ou corte”. Os artigos 20(4)(f) e 21(4)(f) dos respectivos Estatutos dos Tribunais Peais Internacionais da Ruanda e da antiga Iugoslávia também determinam o direito à “assistência gratuita de um intérprete” para um acusado que não compreenda ou fale a língua usada nestes Tribunais.

¹⁷⁰ Ibid., loc. cit.

Nas palavras do Comitê de Direitos Humanos, a assistência gratuita de um intérprete é um direito de “básica importância em casos onde a ignorância da língua usada no tribunal ou a dificuldade na sua compreensão pode constituir grande obstáculo ao direito de defesa” e este direito é “independente do resultado do processo e se aplica aos nacionais e estrangeiros”.¹⁷¹ Entretanto, os serviços de um intérprete devem ser disponibilizados somente “se o acusado ou a defesa tenham dificuldades em compreender ou se expressar na língua do tribunal”.¹⁷² Não é violação ao artigo 14 o fato de os Estados determinarem o uso de somente *uma* lingual oficial no tribunal, e a determinação de um julgamento justo “não obriga aos Estados-parte a disponibilizarem os serviços de um intérprete a um cidadão cuja língua materna é diferente da língua oficial do tribunal se este cidadão for capaz de expressar-se adequadamente na língua oficial”.¹⁷³

Disso decorre que o direito a um julgamento justo previsto no artigo 14 nem o artigo 14(3)(f) foram violados onde um cidadão francês cuja língua materna era o bretão, mas que também falava francês, teve os serviços de um tradutor recusados durante processo contra ele na França. Neste caso, o autor “não demonstrou que ele, ou as testemunhas de defesa, eram inaptos de dirigirem-se ao tribunal em francês simples, mas adequado”.¹⁷⁴ O Comitê explicou que o direito a um julgamento justo previsto no artigo 14(1) lido em conjunto com o artigo 14(3)(f) do Pacto “não implica que o acusado tem a possibilidade de expressar-se na lingual que normalmente fala ou que fala com maior facilidade”; ao contrário, “se o tribunal tiver certeza”, como era o caso, “que o acusado é suficientemente proficiente na língua do tribunal, não é necessário verificar se é preferível que o acusado expresse-se na língua do tribunal que em qualquer outra língua”.¹⁷⁵

A Corte Européia de Direitos Humanos determinou que, em relação ao artigo 6(3)(e) da Convenção Européia, o termo “gratuito” denota “uma vez e com todas as exceções e exonerações”.¹⁷⁶ Na sua visão, “seria contrário não só ao sentido comum [do termo] gratuito”, mas também ao “objeto e finalidade” do artigo 6, e em particular o artigo 6(3)(e), “se este último parágrafo for reduzido à garantia de um direito à uma exceção provisória de pagamento – sem impedir as cortes nacionais de fazer com que condenados arquem com os custos de interpretação –, uma vez que o direito a um julgamento justo que o artigo 6º procura proteger seria afetado adversamente por si só”.¹⁷⁷ O artigo 6(3)(e) interpretado no contexto do direito a um julgamento justo garantido pelo artigo 6(1), conseqüentemente

¹⁷¹ Comentário Geral No. 13 (Artigo 14), in *Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 125, par. 13.

¹⁷² Comunicado No. 219/1986, *D. Guesdon v. França* (Visões adotadas em 25 de julho de 1990), in UN doc. GAOR, A/45/40 (vol. II), p. 67, par. 10.2.

¹⁷³ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁷⁴ *Ibid.*, par. 10.3.

¹⁷⁵ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁷⁶ Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Luedicke, Belkacem e Koç, julgamento de 28 de novembro de 1978, Série A, No. 29, par. 40 at p. 17.

¹⁷⁷ *Ibid.*, par. 42 at p. 18.

“significa que um acusado que não possa compreender ou falar a língua usada no tribunal tem direito à assistência gratuita de um intérprete para a tradução ou interpretação de todos os documentos ou declarações feitas contra ele no processo os quais o acusado deve compreender para que tenha um julgamento justo”.¹⁷⁸ Conseqüentemente, os tribunais da República Federativa da Alemanha que atribuíram os custos de interpretação aos autores, violaram o artigo 6(3)(e) da Convenção.¹⁷⁹

O acusado que não puder falar ou compreender a língua usada pelas autoridades no curso de um processo penal contra ele tem o direito à livre interpretação e tradução de todos os documentos do processo. Esse direito independe do resultado final do processo.

3.10 O direito a uma sentença motivada

Embora não expressamente mencionado nos quatro principais tratados sobre direitos humanos, o direito a uma sentença motivada é inerente às disposições relativas ao “julgamento justo”, incluindo o direito a um julgamento público. O artigo 22(2) e o artigo 23(2) dos respectivos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da antiga Iugoslávia determinam que as sentenças destes tribunais “devem ser acompanhadas de motivação escrita, às quais opiniões distintas ou separadas podem ser anexadas”. De acordo com o artigo 74(5) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, as decisões da Câmara de Julgamento “devem ser feitas por escrito e devem conter declaração motivada das conclusões e opiniões da Câmara sobre as provas”.

O Comitê de Direitos Humanos examinou diversas reclamações relativas à falha dos tribunais em emitir uma sentença motivada. Essas reclamações foram examinadas de acordo com os artigos 14(3)(c) e (5) do Pacto, que “devem ser lidos conjuntamente, de forma que o direito de revisão da condenação ou sentença deve ser disponibilizado sem atraso”. De acordo com o precedente do Comitê nos termos do artigo 14(5),

“um condenado tem direito a, *em tempo razoável, acessar as sentenças escritas, devidamente motivadas, em todas as instâncias de apelação*, a fim de exercer efetivamente o direito de ter a sua

¹⁷⁸ Ibid., p. 20, par. 48.

¹⁷⁹ Ibid., pp. 20-21, par. 49-50.

condenação ou sentença revista por um tribunal superior nos termos da lei”.¹⁸⁰

No caso *Francis*, por exemplo, onde o autor recebeu uma pena de morte, a Corte de Apelações falhou em emitir uma sentença escrita mais de nove anos após a improcedência da apelação, um atraso que evidentemente não é razoável e que violou os artigos 14(3)(c) e (5) do Pacto.¹⁸¹ O atraso na concessão de sentenças escritas resultou, em muitos casos, que muitos prisioneiros na Jamaica não foram aptos a exercer o seu direito de apelar ao *Privy Council*.

De acordo com o precedente da Corte Européia de Direitos Humanos, que reflete “um princípio ligado à própria administração da justiça, sentenças de cortes e tribunais devem adequadamente demonstrar as razões em que se baseiam”. Entretanto, o “limite de aplicação deste dever de motivação pode variar de acordo com a natureza da decisão e deve ser determinado de acordo com as circunstâncias do caso”.¹⁸² Ainda, mesmo que o artigo 6(1) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos “obrigue os tribunais a motivar as suas decisões, ela não pode ser entendida como necessidade de resposta detalhada a todos os argumentos apresentados”.¹⁸³ Conseqüentemente, o tribunal pode “ao julgar improcedente uma apelação, ... simplesmente adotar a decisão da instância inferior”.¹⁸⁴ No caso *García Ruiz*, o autor reclamou que a *Audiencia Provincial* de Madri falhou em responder-lhe os argumentos. Entretanto, a Corte Européia notou que o autor “teve o benefício do contraditório” e que, em vários estágios do processo, “teve a possibilidade de submeter ao juízo os argumentos que considerou relevantes ao caso”; portanto, as “razões de fato e de direito da decisão de primeira instância de julgou improcedente o seu pedido foram fundamentadas”.¹⁸⁵ Em relação ao julgamento da apelação pela *Audiencia Provincial*, a mesma “endossou as razões de fato e de direito que embasaram a sentença de primeira instância na medida em que elas não conflitavam com sua própria opinião” e, conseqüentemente, o autor não poderia “validamente argüir que a sentença foi desmotivada, mesmo que no caso uma declaração mais substancial da motivação da sentença fosse desejável”.¹⁸⁶

Em um caso examinado nos termos dos artigos 6(1) e (3)(b) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos, o autor reclamou que não recebeu cópia da íntegra da sentença escrita do julgamento de primeira instância ao tempo em que deveria decidir

¹⁸⁰ Comunicado No. 320/1988, *V. Francis v. Jamaica* (Visões adotadas em 24 de março de 1993), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 66, par. 12.2; grifo nosso.

¹⁸¹ *Ibid.*, loc. cit. Vide também e.g. Comunicado No. 282/1988, *L. Smith v. Jamaica* (Visões adotadas em 31 de março de 1993), *ibid.*, p. 35, par. 10.5.

¹⁸² *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso García Ruiz v. Espanha, julgamento de 21 de janeiro de 1999, Relatórios 1999-I*, p. 97, par. 26.

¹⁸³ *Ibid.*, par. 26 at p. 98.

¹⁸⁴ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 99, par. 29.

¹⁸⁶ *Ibid.*, loc. cit.

ou não pela apelação. A Corte Européia de Direitos Humanos concluiu que esta falha não violou a Convenção. Uma cópia da sentença em forma de sumário foi disponibilizada para consulta no cartório da Corte Regional, e uma cópia teria sido fornecida à defesa se solicitado; ao menos a parte operativa da sentença foi lida em público na presença do autor e de seu advogado. A Corte não expressou qualquer opinião a esta prática, como na Holanda, onde as sentenças em forma abreviada são suplementadas com versões completas somente caso uma apelação seja interposta. Nas circunstâncias do presente caso concluiu-se basicamente que as razões nas quais o autor baseou a sua defesa constavam da forma abreviada da sentença (fato que o autor não negou) e não se poderia afirmar que em consequência os direitos de defesa do autor foram “indevidamente prejudicados pela ausência de uma sentença completa”.¹⁸⁷

3.10.1 A falta de uma decisão motivada e casos de pena de morte

O Comitê de Direitos Humanos tem consistentemente afirmado “que em todos os casos, especialmente em casos de pena de morte, os acusados tem direito a julgamento e apelações sem atraso injustificado, independente do resultado dos procedimentos judiciais”,¹⁸⁸ e, como visto acima, em casos onde a falta de uma sentença justificada impediu que o autor procedesse com a apelação, o artigo 14(3)(c) e (5) foi violado. A violação destas determinações tem consequências também na violação do direito à vida determinado no Artigo 6º do Pacto, uma vez que nos termos do Comentário Geral nº 6, decorre dos termos expressos do artigo 6º que a pena de morte

“... só pode ser imposta de acordo com a lei vigente à época do cometimento do crime e não contrária ao Pacto. Os procedimentos ali prescritos devem ser observados, incluindo o direito a um julgamento justo por um tribunal independente, a presunção de inocência, as garantias mínimas para a defesa, e o direito de apelação a um tribunal superior. Esses direitos são aplicáveis além do direito de buscar o perdão ou comutação da sentença.”¹⁸⁹

Conseqüentemente, a “pena de morte definitiva” que é “decretada sem a observância dos requisitos” do artigo 14 também viola o artigo 6 do Pacto, que determina em seu parágrafo segundo que uma pena de morte não pode ser imposta “contrariamente às disposições do presente Pacto”.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Zoon v. Holanda*, julgamento de 7 de dezembro de 2000, par. 39-51 do texto do julgamento conforme publicado no website da Corte: <http://www.echr.coe.int/>.

¹⁸⁸ Comunicado No. 356/1989, *T. Collins v. Jamaica* (Visões adotadas em 25 de março de 1993), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 89, par. 8.3.

¹⁸⁹ *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, pp. 115-116, par. 7. Veja também Comunicado No. 356/1989, *T. Collins v. Jamaica* (Visões adotadas em 25 de março de 1993), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 89, par. 8.4.

¹⁹⁰ Comunicado No. 356/1989, *T. Collins v. Jamaica* (Visões adotadas em 25 de março de 1993), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 89, par. 8.4.

A Comissão Africana dos Direitos Humanos das Pessoas determinou igualmente que a execução de 24 soldados foi uma “privação arbitrária” de seus direitos à vida, garantidos pelo artigo 4º da Carta Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas, uma vez que seus julgamentos violaram as garantias do devido processo previstas pelo artigo 7(1)(a) da Carta.¹⁹¹

Tribunais devem sempre motivar as suas decisões, mesmo que não possam responder a cada um dos argumentos do acusado. O condenado tem direito a receber um julgamento motivado em tempo razoável; sendo que este julgamento é essencial para instrumentar apelações.

A aplicação estrita destes direitos é particularmente importante nos casos de pena de morte.

3.11 Liberdade por leis ex post facto / O princípio da nullum crimen sine lege

O Artigo 15(1) do Pacto Internacional, o artigo 7(2) da Carta Americana, o artigo 9º da Convenção Americana, o artigo 7(1) da Convenção Européia e o artigo 22 dos Estatutos do Tribunal Penal Internacional garantem – em termos ligeiramente diferentes – o direito a não ser considerado culpado por qualquer ato ou omissão que não seja ofensa criminal à época do seu cometimento. O artigo 15(1) do Pacto e o artigo 7(1) da Convenção Européia referem-se à “lei interna e internacional” a este respeito, enquanto que o artigo 9º da Convenção Americana fala somente em “legislação aplicável”. O Artigo 22 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional refere-se a crimes “abrangidos pela jurisdição do Tribunal”.

A proibição da retroatividade da lei penal é fundamental em uma sociedade governada pela lei, onde um dos aspectos é assegurar **previsibilidade e possibilidade legal**, e, com disso, segurança jurídica para os indivíduos. A experiência mostra que, durante severas situações de crise, sempre houve uma tentação de se apenar retroativamente certos comportamentos, mas, como pode ser visto no artigo 4(2) do Pacto Internacional, no artigo 27(2) da Convenção Americana e no artigo 15(2) da Convenção Européia, o direito à liberdade por leis ex post facto é não-derrogável, e deve ser aplicado em pleno efeito mesmo em situações de emergência.

¹⁹¹ Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, *Forum of Conscience (em nome de 24 soldados) v. Serra Leoa*, Comunicado No. 223/98, decisão adotada durante a 28ª Sessão Ordinária, 23 de outubro – 6 de novembro de 2000, par. 19 of do texto da decisão publicado em <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/223-98.html>.

O Comitê de Direitos Humanos encontrou uma violação ao artigo 15(1) do Pacto em um caso onde o autor foi sentenciado a oito anos de prisão por “associação subversiva”, apesar de os atos em questão serem legais quando praticados.¹⁹²

No caso *Media Rights Agenda e Outros contra a Nigéria*, A Comissão Africana de Direitos Humanos das Pessoas teve que considerar a compatibilidade do *Newspaper Decree* No. 43 de 1993 com o artigo 7(2) da Carta Africana. Este Decreto, que tinha efeito retroativo, inter alia tornou ofensa punível com multa pesada e/ou longa reclusão a pessoa que tivesse, publicasse ou imprimisse um jornal não registrado nos termos do Decreto. A Comissão condenou “a interpretação literal, minimalista” da Carta dada pelo Governo, que alegou não haver violação ao artigo 7(2) uma vez que o aspecto retroativo do Decreto não foi colocado em prática. Na visão da comissão, entretanto, o artigo 7(2)

“... deve ser lido de forma a proibir não somente a condenação e a punição por atos que não constituíam crime à época em que foram praticados, mas a retroatividade em si. Espera-se que os cidadãos levem as suas leis a sério. Se a lei mudar com efeito retroativo, a lei não é eficaz pois os cidadãos nunca vão saber se as suas ações são legais. Para um cidadão cumpridor da lei, esta é uma terrível insegurança, independente da probabilidade de uma eventual punição.”¹⁹³

A Comissão acrescentou, ainda, que “infelizmente” não podia estar totalmente confiante que nenhuma pessoa ou jornal foi prejudicado pela retroatividade do Decreto No. 43. Na sua visão a possibilidade de “acusação é uma ameaça séria” e “uma lei injusta mas ineficaz subverte ... o caráter sancionador que a lei deve ter”. Conseqüentemente, o Decreto No. 43 violou o artigo 7(2) da Carta Africana.¹⁹⁴

A Corte Européia lidou com um número variado de casos nos termos do artigo 7(1). Entretanto, somente os princípios básicos da interpretação da Corte podem ser tratados aqui. Para a Corte Européia, o artigo 7(1) não apenas proíbe “a aplicação retroativa da lei penal em prejuízo do acusado” mas também “engloba, mais genericamente, o princípio segundo o qual somente a lei pode definir o que é crime e a sua pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), bem como o de que a lei penal não pode ser interpretada extensivamente em detrimento do acusado, por exemplo, por

¹⁹² Comunicado No. R.7/28, *I. Weinberger v. Uruguai* (Visões adotadas em 29 de outubro de 1980), in UN doc. GAOR, A/36/40, p. 119, par. 16.

¹⁹³ *Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, Media Rights Agenda e outros v. Nigéria, Comunicados Nos. 105/93, 128/94, 130/94 e 152/96, decisão adotada em 31 de outubro de 1998*, par. 58-59 do texto da decisão conforme publicado em http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/105-93_128-94_130-94_152_96.html.

¹⁹⁴ *Ibid.*, par. 60.

analogia”.¹⁹⁵ Esta importante qualificação implica que “um crime deve ser claramente definido em lei”, condição que é “satisfeita quando o indivíduo pode dizer, pela redação da previsão relevante e, se necessário, com a ajuda da interpretação da Corte, quais atos ou omissões o farão responsável”.¹⁹⁶ A Corte também determinou que, onde novas determinações do Código penal foram aplicadas em vantagem e não em detrimento do acusado, o artigo 7(1) da Convenção não foi violado.¹⁹⁷

3.12 O princípio do *ne bis in idem*, ou proibição de duplo prejuízo

O artigo 14(7) do Pacto Internacional contém proibição ao duplo prejuízo, ou princípio do *ne bis in idem*, segundo o qual “ninguém pode ser julgado ou punido novamente por um crime pelo qual já foi definitivamente condenado ou absolvido de acordo com a lei ou o processo penal de cada país”. O artigo 8(4) da Convenção Americana garante este princípio com as seguintes palavras: “Um acusado **absolvido** por uma sentença não sujeita à apelação não será submetido a novo julgamento pela mesma causa” (grifo nosso). O Protocolo No. 7 da Convenção Europeia determina no seu artigo 4(1) que “ninguém será julgado ou punido por nenhum processo criminal na jurisdição de um mesmo Estado por um crime pelo qual já foi absolvido ou condenado definitivamente de acordo com a lei penal de referido Estado”. Entretanto, de acordo com o artigo 4(2) do Protocolo, estas determinações não impedem a reabertura do caso ... se existir evidência de fatos novos ou recentemente descobertos, ou se houver vício fundamental no processo anterior, que possa alterar o resultado do caso”. O princípio do *ne bis in idem* é não derogável nos termos da Convenção Europeia (cf. art. 4(3) do Protocolo No. 7).

Finalmente, os artigos 9 e 10 dos respectivos Estatutos do Tribunal Penal Internacional de Ruanda e da antiga Iugoslávia, bem como o artigo 20 do Tribunal Penal Internacional, também determinam a proteção contra duplo prejuízo por crimes na jurisdição dos respectivos tribunais. Entretanto, nos termos dos Estatutos do Tribunais de Ruanda e da antiga Iugoslávia, exceções existem para pessoas julgadas pelos tribunais nacionais por ato caracterizado como “crime comum” ao invés de violação “séria” de lei internacional humanitária e, ainda, se “o procedimento do tribunal nacional não foi imparcial ou independente, foi realizado para proteger o acusado de responsabilidade penal internacional, ou se o caso não foi diligentemente conduzido” (vide art. 9(2) e art. 10(2) dos respectivos Estatutos). O artigo 20(3) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional também determina exceções para estes outros processos com a “finalidade de proteger a pessoa em questão da responsabilidade criminal por crimes de jurisdição do tribunal”, ou se referido procedimento “não foi conduzido de maneira independente ou imparcial nos termos das normas do devido processo legal reconhecidas pela lei internacional e foram conduzidas, nas circunstâncias, de maneira inconsistente com a intenção de trazer a pessoa em questão à justiça”.

¹⁹⁵ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Kokkinakis v. Grécia*, julgamento de 25 de maio de 1993, Série A, No. 260-A, p. 22, par. 52.

¹⁹⁶ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁹⁷ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso G. v. França*, julgamento de 27 de setembro de 1995, Série A, No. 325-B, p. 38, par. 24-26.

O artigo 14(7) do Pacto - como a Convenção Européia – somente proíbe o duplo prejuízo “em relação a um crime em um determinado Estado”; ela não garante o *ne bis in idem* “em relação às jurisdições nacionais de dois ou mais Estados”.¹⁹⁸

Está claro que, quando um tribunal de apelação nacional já rejeitou um segundo indiciamento, invocando o princípio do *ne bis in idem*, não há violação, por exemplo, do artigo 14(7) do Pacto.¹⁹⁹

Em relação ao princípio do *ne bis in idem* conforme garantido pelo artigo 8(4) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, a Corte Inter-Americana de Direitos Humanos explicou que “a intenção é proteger os direitos dos indivíduos que foram julgados por fatos específicos de serem submetidos a novo julgamento pela mesma causa”, mas, diferente “da fórmula utilizada por outros instrumentos de proteção de direitos internacionais, ... a Convenção Americana usa a expressão ‘*a mesma causa*’, que é uma expressão muito mais ampla a favor da vítima”.²⁰⁰ Isso significa, por exemplo, que se uma pessoa for absolvida pelos tribunais militares em acusações por traição, é contrário ao artigo 8(4) da Convenção o conseqüente julgamento dessa pessoa pelos mesmos fatos, ainda que sob uma diferente qualificação, como terrorismo.²⁰¹ De fato, no caso *Loayza Tamayo*, a Corte decidiu que os Decretos Leis contendo os crimes de “terrorismo” e “traição” eram em si mesmo contrários ao artigo 8(4), uma vez que se referem a “ações não estritamente definidas” que poderiam ser “interpretadas similarmente em ambos os crimes” como foi feito neste caso particular.²⁰² Em outras palavras, deram surgimento a uma insegurança jurídica inaceitável.

O princípio do *ne bis in idem* no artigo 4º do Protocolo No. 7 à Convenção Européia foi violado no caso *Gradinger*, relativo a um autor que já havia sido condenado pela Corte Regional da Áustria por causar uma morte por negligência enquanto dirigia seu carro. De acordo com a Corte Regional, que se baseou no Código Penal, o nível alcoólico do autor não constituiu fator agravante.²⁰³ Entretanto, o Ministério Público não concordou com a conclusão e, invocando o *Road Traffic Act*, impôs uma pena de prisão

¹⁹⁸ Comunicado No. 204/1986, A. P. v. *Itália* (Decisão adotada em 2 de novembro de 1987), in UN doc. GAOR, A/43/40, p. 244, par. 7.3.

¹⁹⁹ Comunicado No. 277/1988, *Teran Jijón v. Equador* (Visões adotadas em 26 de março de 1992), GAOR, A/47/40, p. 272, par. 5.4.

²⁰⁰ Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, *Caso Loayza Tamayo v. Peru*, julgamento de 17 de setembro de 1977, OEA doc. OEA/Ser.L/V/III.39, doc. 5, 1997 Relatório Anual da Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, p. 213, par. 66.

²⁰¹ *Ibid.*, pp. 213-215, par. 66-77.

²⁰² *Ibid.*, p. 213, par. 68.

²⁰³ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Gradinger v. Áustria*, julgamento de 23 de outubro de 1995, Série A, No. 328-C, p. 66, par. 55.

ao autor por duas semanas, por dirigir sob a influência de álcool”.²⁰⁴ A Corte Européia era da visão de que, apesar de o Código Penal e o *Road Traffic Act* diferirem na “designação dos crimes” e “sua natureza propósito”, “as decisões eram baseadas na mesma conduta” constituindo violação ao princípio do *ne bis in idem*.²⁰⁵

No caso *Oliveira*, entretanto, o resultado foi diferente. A autora dirigia em uma via coberta de gelo e neve quando seu carro atingiu o outro lado da via, atingindo um carro e colidindo com um segundo carro, cujo condutor ficou seriamente ferido. O magistrado subseqüentemente condenou a autora com base nas Seções 31 e 32 do *Federal Road Traffic Act* por “**perder o controle do veículo**, uma vez que ela não adaptou a velocidade às condições da via”; ela foi condenada a uma multa de 200 francos suíços (CHF).²⁰⁶ Subseqüentemente, o Ministério Público emitiu uma ordem penal condenando a autora ao pagamento de 2000 CHF “por **negligentemente causar ferimento**” contrário ao artigo 125 do Código Penal Suíço; em apelação esta multa foi reduzida para 1.500 CHF, e, após dedução da primeira multa de 200 CHF, para 1.300 CHF.²⁰⁷ Perante a Corte Européia de Direitos Humanos, a autora alegou violação ao artigo 4º do Protocolo No. 7, alegando que o mesmo incidente levou-a à condenação duas vezes, primeiro por perder o controle de seu veículo e depois por causar ferimentos físicos por negligência.²⁰⁸

Na visão da Corte Européia, este é um “típico exemplo de um único ato que constitui vários crimes (*concoure idéal d’infractions*)”, e a característica dele é a noção de que um único ato criminoso é dividido em dois crimes distintos”; nestes casos, “a pena maior geralmente absorve a menor”.²⁰⁹ Na visão da Corte, entretanto,

“não há nada nesta situação que infrinja o artigo 4º do Protocolo No. 7 uma vez que a determinação proíbe que as pessoas sejam julgadas duas vezes pelo mesmo crime enquanto que em casos onde um único ato constitui vários crimes (*concoure idéal d’infractions*) uma única ação criminosa constitui dois crimes separados”.²¹⁰

A Corte adicionou, entretanto, que “seria admissível para ser mais consistente com os princípios regedores da adequada administração da justiça, em relação a ambos os crimes, que resultaram de uma mesma ação, que fossem julgadas pelo mesmo tribunal em um único processo”; entretanto, o fato de isso não ter sido feito no caso foi “irrelevante para o cumprimento com” o artigo 4º do Protocolo No. 7, “uma vez que a determinação não preclui ofensas distintas, mesmo se parte de um mesmo ato, sendo julgadas por

²⁰⁴ Ibid., p. 55, par. 9.

²⁰⁵ Ibid., p. 66, par. 55.

²⁰⁶ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Oliveira v. Suíça*, julgamento de 30 de julho de 1998, Relatórios 1998-V, p. 1994, par. 10; grifo nosso.

²⁰⁷ Ibid., par. 11-12; grifo nosso.

²⁰⁸ Ibid., p. 1996, par. 22.

²⁰⁹ Ibid., p. 1998, par. 26.

²¹⁰ Ibid., loc. cit.

diferentes tribunais, especialmente onde, como no presente caso, as penas não foram cumulativas, sendo a menor absorvida pela maior”.²¹¹ O caso *Oliveira* foi portanto “distinto do caso *Gradinger*, ... no qual dois tribunais diferentes tiveram decisões inconsistentes em relação ao nível alcoólico do autor”.²¹² Não houve, conseqüentemente, violação ao artigo 4º do Protocolo No. 7 neste caso.

*Todos têm o direito de não serem condenados por uma conduta que não constituía crime à época de sua realização. Este direito aplica-se a **todo tempo** e não pode ser derogado.*

*A proibição de leis ex post facto é essencial para garantir a **segurança jurídica**, o que significa que as leis devem ser claras o suficiente para guiar a conduta dos indivíduos, que devem saber, talvez com algum auxílio jurídico, que conduta constitui crime e que conduta não.*

O direito de não ser julgado duas vezes pelo mesmo crime é garantido pelas leis internacionais, minimamente dentro de um mesmo Estado. Na Europa, o princípio do ne bis in idem não abrange pessoas que são acusadas por crimes distintos originários de uma única conduta criminosa.

4. Limites à Punição

4.1 O direito de beneficiar-se de uma pena mais branda

O artigo 15(1) do Pacto Internacional e o artigo 9 da Convenção Americana vedam a imposição de uma pena mais severa que aquela aplicável à época em que o crime foi cometido, e determinam que se, subseqüentemente ao cometimento do crime, uma determinação legal impuser pena mais branda, o acusado deve ser beneficiado. Estas determinações não devem ser derogadas nem mesmo em caso de emergência pública (cf. artigo 4(2) do Pacto Internacional e do artigo 27(2) da Convenção Americana). A Carta

²¹¹ Ibid., par. 27.

²¹² Ibid., par. 28. Para outros casos relativos ao princípio do ne bis in idem vide e.g. *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Franz Fischer v. Áustria, julgamento de 29 de maio de 2001*; para o texto vide <http://hudoc.echr.coe.int>; e *Corte Européia de Direitos Humanos, Ponsetti e Chesnel v. França, decisão de 14 de setembro de 1999, Relatórios 1999-VI*.

Africana silencia nestes aspectos, enquanto que o artigo 7(1) da Convenção Americana é limitado à possibilidade de recurso a penalidade que sejam mais severas que aquelas aplicáveis à época em que o crime foi cometido; esta determinação é não-derrogável (cf. art. 15(2) da Convenção Europeia).

A questão das medidas preventivas: O caso Welch

O caso *Welch* foi examinado sob o artigo 7(1) da Convenção Europeia e diz respeito a um autor que recebeu uma longa pena de prisão por crimes relativos a entorpecentes e que, ainda, foi submetido a uma ordem de arresto baseada em lei que entrou em vigor *após* o cometimento dos crimes em questão. Falha no pagamento do dinheiro faria com que o autor fosse condenado a uma pena consecutiva de dois anos de prisão. Relembrando que o termo “pena” é uma noção “autônoma” nos termos da Convenção e “verificando através das aparências e a realidade da situação”, a Corte Europeia concluiu que o artigo 7(1) foi violado neste caso, uma vez que “o autor recebeu uma pena mais severa como resultado da ordem do que a que estava exposto à época em que cometeu os crimes pelos quais foi condenado”.²¹³ Esta conclusão não significa que a Corte se opôs a ordens severas de arresto “no combate ao tráfico de entorpecentes”, apenas à sua aplicação *retroativa*.²¹⁴

4.2 Consistência com padrões legais internacionais

Outros limites ao direito de impor penas em relação a condenações criminais decorrem dos termos das leis de direitos humanos internacionais em geral, e dizem respeito, particularmente à proibição do castigo corporal e às restrições severas e não admissão do recurso da pena de morte.

4.2.1 Castigo corporal

Serão lembrados, entre outros, o artigo 7º do Pacto Internacional, o artigo 5º da Carta Africana, o artigo 5(2) da Convenção Americana e o artigo 3º da Convenção

²¹³ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Welch v. Reino Unido*, julgamento de 9 de fevereiro de 1995, Série A, No. 307-A, p. 14, par. 35.

²¹⁴ *Ibid.*, pp. 14-15, par. 36.

Européia, todos excludentes do recurso da tortura, tratamento degradante, cruel e/ou desumano ou **punição**. Esta proibição é válida a todo tempo e não comporta limitação.

O Comitê de Direitos Humanos observou que a proibição do artigo 7º “refere-se não apenas aos atos que causam dor física, mas também aos que causam sofrimento mental às vítimas” e que, além disso,

“a proibição deve ser estendida aos castigos corporais, incluindo castigo corporal excessivo ordenado como punição por crime ou como medida educativa ou disciplinar”.²¹⁵

Não está claro, entretanto, o que o Comitê quis dizer com “castigo corporal excessivo”; mas a julgar pelas questões dos membros do Comitê e recomendações aos Estados-parte em relação às considerações dos relatórios periódicos, o uso de castigos corporais é considerado uma forma não apropriada de punição que é contrária ao artigo 7º e que deve ser abolida.²¹⁶

O caso *Tyrer* trazido à Convenção Européia sobre os Direitos Humanos referia-se a imposição de três golpes com uma bengala em um adolescente, punição ordenada pela corte juvenil de Ilha de Man. O castigo “inchou, mas não cortou, a pele do autor e ele ficou dolorido por cerca de uma semana e meia depois”.²¹⁷ A Corte Européia Concluiu que “o elemento de humilhação atingiu o nível de “punição degradante” e foi, portanto, contrário ao artigo 3º da Convenção Européia.²¹⁸ A Corte expressou sua visão sobre punição corporal judicial nos seguintes termos:

“A natureza da punição corporal judicial envolve um ser humano aplicando violência física em outro ser humano. Além disso, é uma violência institucionalizada, que no presente caso é violência permitida por lei, ordenada pelas autoridades judiciais do Estado e conduzida pelas autoridades policiais do Estado ... Além disso, apesar de o autor não ter sofrido qualquer efeito físico severo ou de longa duração, sua punição – uma vez que ele foi tratado como um objeto em poder das autoridades – constitui uma violação àquilo

²¹⁵ Comentário Geral No. 20 (Art. 7), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, p. 139, par. 5; grifo nosso.

²¹⁶ Vide recomendações ao *Flogging Regulation Act* da Jamaica, 1903 e o *Jamaican Crime (Prevention of) Act*, 1942, *GAOR*, A/53/40 (vol. I), p. 17, par. 83; para flagelação, amputação e apedrejamento no Sudão, vide *ibid.*, p. 23, par. 120. Vide também questões relativas à Austrália, in UN doc. *GAOR*, A/38/40, p. 29, par. 144; e, em relação a São Vicente e Grenadinas, *GAOR*, A/45/40 (vol. I), p. 61, par. 280.

²¹⁷ *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Tyrer v. Reino Unido, julgamento de 25 de abril de 1978, Série A, No. 26*, p. 7, par. 10.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 17, par. 35.

que é um dos principais propósitos do artigo 3º proteger, a dignidade e integridade física da pessoa.”²¹⁹

4.2.2 Pena de morte

Na lei internacional dos direitos humanos, o recurso à pena de morte é cercado por inúmeras salvaguardas com a finalidade de limitar e eventualmente abolir o seu uso. Por exemplo, o artigo 6(2) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos permite a imposição de pena de morte somente nos “crimes mais sérios”, determinação que levou o Comitê de Direitos Humanos a concluir que, onde a pena de morte foi aplicada como pena pela condenação de roubo qualificado, o artigo 6(2) havia sido violado; esta decisão foi tomada uma vez que a corte nacional não considerou circunstâncias mitigadoras, tais como o fato de o uso de armas de fogo no caso “não haverem produzido a morte ou ferimentos em nenhuma pessoa”.²²⁰ Outras salvaguardas contidas no artigo 6º da Convenção referem-se à proibição de imposição de pena de morte a “crimes cometidos por pessoas com menos de dezoito anos de idade” ou a mulheres grávidas. Além disso, de acordo com o artigo 6(2) do Pacto, as sentenças de morte não podem ser impostas “contrariamente às determinações do ... Pacto”, o que significa que todas as garantias do devido processo legal devem ser respeitadas durante o julgamento que leva à sentença de morte.

O Segundo Protocolo Opcional do Pacto busca a abolição da pena de morte e entrou em vigor em 11 de julho de 1991. Até 8 de fevereiro de 2002, 46 Estados-parte tinham aderido a este Protocolo.²²¹

O artigo 4º da Convenção Americana também contém salvaguardas contra o recurso abusivo à pena de morte e não permite, por exemplo, “que ela seja restabelecida em Estados que a aboliram” (art. 4(3)). Além disso, “em nenhum caso a pena de morte pode ser aplicada para crimes políticos ou crimes comuns”, limitação que é particularmente importante em casos de emergência pública. Adicionalmente, a pena de morte não pode ser aplicada à pessoas que cometem crimes antes dos dezoito anos de idade ou depois dos setenta, nem deve ser aplicada a mulheres grávidas. Em 8 de junho de 1990, o Protocolo à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos para a Abolição da Pena de Morte foi adotado e, até 9 de abril de 2002, ele tinha oito ratificações.²²² De acordo com o artigo 2º do Protocolo, os Estados-parte podem, entretanto, quando ratificarem ou aderirem ao Protocolo, “declarar que se reservam o direito de aplicar a pena de morte em caso de guerra, de acordo com a lei internacional, para crimes extremamente graves de natureza militar”.

²¹⁹ Ibid., p. 16, par. 33.

²²⁰ Comunicado No. 390/1990, *B. Lubuto* (Visões adotadas em 31 de outubro de 1995), in UN doc. *GAOR*, A/51/40 (vol. II), p. 14, par. 7.2.

²²¹ UN doc. *GAOR*, A/55/40 (vol. I), p. 8, par. 5.

²²² Vide website da OEA: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties.html>.

A Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos por si permite a pena de morte; isto decorre do artigo 2(1), que dispõe que “ninguém será privado de sua vida intencionalmente exceto na execução de uma sentença judicial de condenação por crime para o qual esta pena é determinada em lei”. Entretanto, de acordo com o artigo 1º do Protocolo No. 6 da Convenção, “a pena de morte deve ser abolida” e “ninguém deve ser condenado a esta pena ou ser executado”. No entanto, o artigo 2º do Protocolo determina que o uso da pena de morte “para atos praticados em tempo de guerra ou em iminente ameaça de guerra”. Uma vez em vigor, o Protocolo No. 13 da Convenção tornará ilegal, entretanto, a pena de morte *em todas as hipóteses*. Assinado em 3 de maio de 2002 em Vilnius, o Protocolo No. 13 tinha, em 14 de maio de 2002, 3 das 10 ratificações necessárias para entrar em vigor.²²³

Nem o Tribunal Penal Internacional nem os Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da antiga Iugoslávia podem aplicar a pena de morte (vide art. 77 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional e os artigos 23 e 24 dos respectivos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da antiga Iugoslávia).

Nos termos das leis internacionais de direitos humanos, uma pena mais severa que a aplicável à época em que o crime foi cometido não pode ser aplicada. Se uma pena mais leve for introduzida no ordenamento a partir do cometimento do crime, o condenado deve, entretanto, beneficiar-se.

Punições devem ser consistentes com os padrões internacionais de direitos humanos. Em nenhuma circunstância devem incluir tortura, tratamento desumano, cruel ou degradante ou castigo corporal. Castigos corporais são ilegais à medida que contenham este tratamento. Este castigo é em geral considerado inapropriado pelos órgãos de monitoramento internacionais.

O uso da pena de morte é estritamente circunscrito à lei internacional de direitos humanos; se permitida, é limitada aos crimes mais sérios e não pode ser imposta em crimes cometidos por pessoas com menos de dezoito anos de idade. Muitos países estão agora legalmente comprometidos a não restabelecer a pena de morte em tempos de paz.

²²³ See <http://conventions.coe.int/>.

5. O direito de apelar

O artigo 14(5) do Pacto determina que “todo condenado por um crime tem o direito de ter sua sentença revista por um tribunal superior nos termos da lei”. A existência de um direito de apelação é garantido pelo Pacto e sua existência não é em tese dependente da lei nacional; a referência “nos termos da lei” refere-se exclusivamente a “modalidades pelas quais a revisão pelos tribunais superiores pode ser realizada”.²²⁴ O artigo 7(1)(a) da Carta Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas determina que “todo indivíduo tem o direito de ter sua causa ouvida”, um direito que inclui “o direito a uma apelação a um tribunal nacional competente contra violação de seus direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelas convenções, leis, regulamentos e costumes vigentes”. O artigo 8(2)(h) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos determina que em processos penais “toda pessoa tem o direito com toda igualdade a um julgamento por uma instância superior”. O artigo 6º da Convenção Européia não garante, per se, o direito à apelação,²²⁵ mas este direito é garantido pelo artigo 2º do Protocolo No. 7 da Convenção, apesar de que “pode existir exceções em relação a crimes menos relevantes, conforme determinado em lei ou em casos onde a pessoa em questão foi julgada em primeira instância pelo mais alto tribunal ou foi condenada em seguida de uma apelação contra absolvição” (art. 2(2) do Protocolo).

A Comissão Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas determina que “a obstrução de qualquer forma de apelação aos órgãos nacionais competentes em um caso penal de que resulte punição tão severa quanto uma pena de morte claramente viola” o artigo 7(1)(a) da Carta Africana. Na visão da Comissão, a falta de apelação nesses casos também viola o padrão contido no parágrafo 6º das Salvaguardas das Nações Unidas garantindo a proteção dos direitos dos sentenciados à pena de morte, que determina que “qualquer um sentenciado à morte tem o direito de apelar a uma jurisdição superior...”.²²⁶ O artigo 7(1)(a) também foi violado pelo Governo da Nigéria ao editar o *Civil Disturbances Act*, onde foi excluída de qualquer revisão por qualquer tribunal “à validade

²²⁴ Comunicado No. R.15/64, *C. Salgar de Montejo v. Colômbia* (Visões adotadas em 24 de março de 1982), in UN doc. GAOR, A/37/40, p. 173, par. 10.4.

²²⁵ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Tolstoy Miloslavsky v. Reino Unido*, julgamento de 13 de julho de 1995, Série A, No. 316-B, par. 59 at p. 79.

²²⁶ Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, *Civil Liberties Organisation e outros v. Nigéria*, Comunicado No. 218/98, decisão adotada durante a 29ª Sessão Ordinária, 23 de abril – 7 de maio de 2001, par. 33 do texto da decisão conforme publicado em <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/218-98.html>; a resolução relevante das Nações Unidas foi aprovada pelo Conselho Econômico e Social resolução 1984/50 de 25 de maio de 1984.

de qualquer decisão, sentença, julgamento ... ou ordem dada, ... ou qualquer coisa semelhante realizada nos termos deste Ato”.²²⁷ No caso particular envolvendo o *Projeto de Direitos Constitucionais* atuando em nome de sete homens sentenciados à morte, os direitos fundamentais envolvidos eram os direitos à vida, liberdade e segurança, garantidos pelos artigos 4º e 6º da Carta Africana. A Comissão decidiu que, enquanto “as penas decretadas ao fim de processo penal cuidadosamente conduzido não necessariamente constituem violação a estes direitos, a obstrução de qualquer via de apelação aos ‘órgãos nacionais competentes’ em casos penais que determinem referidas penas claramente viola” o artigo 7(1)(a) da Carta, “e aumenta o risco de que violações mais severas não possam ser reexaminadas”.²²⁸ No caso *Forum of Conscience* relativa ao julgamento e subsequente execução de 24 soldados, a Comissão concluiu que a privação do direito de apelação constituiu violação ao artigo 7(1)(a) e que esta falha em proporcionar o devido processo resultou em privação arbitrária de suas vidas contrária ao artigo 4º da Carta.²²⁹

O direito à apelação do artigo 7(1)(a) da Carta Africana, entretanto, não aparenta ser limitado ao processo penal dado que permite “apelação aos órgãos competentes nacionais” contra atos violadores dos “direitos fundamentais” de pessoas em geral.

5.1 O direito ao amplo reexame

O Comitê de Direitos Humanos deixou claro que, independente do recurso ou apelação em questão “ele deverá cumprir com todos os requisitos exigidos pela Convenção”,²³⁰ o que significa que a revisão deve abranger *aspectos legais e materiais da condenação da pessoa e da sentença*. Em outras palavras, além de questões puramente de direito, a revisão deve dar “completa avaliação das provas e da condução do julgamento”.²³¹

No caso *Gómez*, o autor reclamou violação do artigo 14(5); uma vez que a Suprema Corte Espanhola não pôde reavaliar a prova, sua revisão judicial foi incompleta. O Estado-parte não foi capaz de refutar esta alegação e conseqüentemente o Comitê concluiu que “a falta de qualquer possibilidade de revisar completamente a condenação e sentença do autor, ... sendo a revisão limitada a aspectos legais ou formais da condenação, significa que as garantias determinadas no artigo 14, parágrafo 5º, da

²²⁷ Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, *Projeto de Direitos Constitucionais*, (em nome de *Zamani Lekwot e outros seis*) v. *Nigéria*, Comunicado No. 87/93, decisão adotada durante a 16ª sessão, de outubro de 1994, par. 26-27 do texto da decisão publicado em: <http://www.up.ac.za/chr/>.

²²⁸ *Ibid.*, par. 28.

²²⁹ Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, *Forum of Conscience* (em nome de 24 soldados) v. *Serra Leoa*, Comunicado No. 223/98, decisão adotada durante a 28ª Sessão Ordinária, 23 de outubro – 6 de novembro de 2000, par. 19 do texto da decisão conforme publicado em <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/223-98.html>.

²³⁰ Comunicado No. 701/1996, *Gómez v. Espanha* (Visões adotadas em 20 de julho de 2000), in UN doc. GAOR, A/55/40 (vol. II), p. 109, par. 11.1.

²³¹ Comunicados Nos. 623, 624, 626, 627/1995, *V. P. Domukovsky e outros v. Georgia* (Visões adotadas em 6 de abril de 1998), in UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. II), p. 111, par. 18.11.

Convenção não foram cumpridas”.²³² Em outro caso contra a Espanha, a mesma determinação foi violada uma vez que nenhum advogado foi capaz de interpor apelação e, portanto, a apelação do autor “não foi efetivamente considerada pela Corte de Apelação”.²³³

Em relação ao *recurso de ofício*, o Comitê aceitou que “um sistema que não permite a direito automático de apelação pode ainda estar em conformidade com” o artigo 14(5) da Convenção “desde que o exame do pedido de recurso de ofício permita completa revisão, tanto com base nas provas e no direito, quanto da condenação e da sentença e desde que o processo permita a devida consideração da natureza do caso”.²³⁴

5.2 A disponibilização da sentença

Como visto nas subseções 3.10 e 3.10.1 acima, para que o direito de apelação seja *efetivo*, o condenado deve ter, dentro de um prazo de tempo razoável, acesso às sentenças escritas devidamente motivadas; não existindo disponibilização das sentenças, o artigo 14(5) do Pacto Internacional foi violado. O artigo 14(5) também foi violado nos casos onde os advogados de defesa abandonaram todas as possibilidades de apelação, e em casos onde os tribunais nacionais não demonstraram que isso foi feito de acordo com a vontade do cliente. Entretanto, esta jurisprudência não se aplica ao tribunal nacional que “demonstrou claramente que o autor foi informado e aceitou que não havia argumentos em seu favor”.²³⁵

5.3 Transcrições do julgamento

O direito à apelação também pode ser afetado pelo atraso na produção das transcrições do julgamento. Por conta deste atraso no caso *Pinkney*, o pedido de apelação do autor não foi ouvido 34 meses após o pedido de apelação, um atraso que “era incompatível com o direito de ser julgado sem atraso injustificado” contrário ao artigo 14(3)(c) e (5) do Pacto Internacional.²³⁶

5.4 Preservação de provas

O Comitê reconheceu ainda que “a fim de que o direito de apelação de uma condenação seja efetivo, o Estado-parte deve ter a obrigação de preservar material de

²³² Comunicado No. 701/1996, *Gómez v. Espanha* (Visões adotadas em 20 de julho de 2000), in UN doc. A/55/40 (vol. II), p. 109, par. 11.1.

²³³ Comunicado No. 526/1993, *M. e B. Hill v. Espanha* (Visões adotadas em 2 de abril de 1997), in UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), p. 18, par. 14.3.

²³⁴ Comunicado No. 662/1995, *P. Lumley v. Jamaica* (Visões adotadas em 31 de março de 1999), in UN doc. GAOR, A/54/40 (vol. II), p. 145, par. 7.3.

²³⁵ Comunicado No. 731/1996, *M. Robinson v. Jamaica* (Visões adotadas em 29 de março de 2000), in UN doc. GAOR, A/55/40 (vol. II), p. 129, par. 10.5.

²³⁶ Comunicado No. R.7/27, *L. J. Pinkney v. Canadá* (Visões adotadas em 29 de outubro de 1981), in UN doc. GAOR, A/37/40, p. 113, par. 35, lido em conjunto com p. 103, par. 10.

prova suficiente para permitir” a efetiva revisão de sua condenação.²³⁷ Entretanto, ele não vê que “*qualquer* falha na preservação de material de prova até o final do processo de apelação constitui violação do” artigo 14(5), mas somente aquelas “onde a falha prejudica o direito do condenado à revisão, i.e., em situações onde a prova em questão é indispensável para realizar a revisão”. Ainda, nesta visão, “esta questão deve ser considerada primariamente pelas cortes de apelação”.²³⁸ Conseqüentemente, onde a falha por um Estado-parte “em preservar a declaração de confissão original foi a base da apelação” e a corte negou provimento à apelação por ausência de mérito e “sem dar maiores razões”, o Comitê considerou que a corte “não estava em condições de reavaliar ... a decisão neste aspecto” e concluiu que não houve violação do artigo 14(5).²³⁹

5.5 O direito à assistência judiciária

O Comitê consistentemente defendeu que “é imperativo que a assistência judiciária seja disponível ao prisioneiro condenado à pena de morte, e *que isso se aplica em todos os estágios do processo judicial*”.²⁴⁰ No caso *LaVende*, o autor teve a assistência judiciária negada para peticionar ao Comitê Judicial do *Privy Council*, e, na opinião do Comitê, esta negação constituiu violação não apenas ao artigo 14(3)(d), mas também ao artigo 14(5), uma vez que efetivamente impediu-o de obter a revisão de sua condenação e sentença.²⁴¹

O direito à apelação garantido pelo artigo 8(2)(h) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos foi violado no caso *Castillo Petruzzi e outros* onde as vítimas somente puderam interpor apelação na Suprema Corte de Justiça Militar contra o julgamento de uma corte militar inferior. Como notado pela Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, o direito à apelação de um julgamento garantido pela Convenção “não é satisfeito meramente pela existência de uma instância superior àquela que julgou e condenou o acusado e para a qual este tem ou possa ter recurso”; ao contrário, para uma “verdadeira revisão do julgamento, no sentido necessário pela Convenção, a corte superior deve ter autoridade jurisdicional para tomar o caso particular em questão”.²⁴² Neste caso, onde as vítimas foram julgadas pela corte militar com possibilidade de apelação para a Suprema Corte de Justiça Militar, “a corte superior era parte a estrutura militar e não tinha a independência necessária para atuar como ou ser um tribunal previamente estabelecido por lei com jurisdição para julgar civis”; conseqüentemente, “não havia garantias reais de que o caso fosse reconsiderado por um tribunal superior que

²³⁷ Comunicado No. 731/1996, *M. Robinson v. Jamaica* (Visões adotadas em 29 de março de 2000), in UN doc. GAOR, A/55/40 (vol. II), p. 130, par. 10.7; grifo nosso.

²³⁸ *Ibid.*, loc. cit.; grifo nosso.

²³⁹ *Ibid.*, par. 10.8.

²⁴⁰ Comunicado No. 554/1993, *R. LaVende v. Trinidad e Tobago* (Visões adotadas em 29 de outubro de 1997), in UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. II), p. 12, par. 5.8; grifo nosso.

²⁴¹ *Ibid.*, pp. 12-13, par. 5.8.

²⁴² *Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, Caso Castillo Petruzzi e outros v. Peru, julgamento de 30 de maio de 1999, Série C, No. 52, p. 208, par. 161*

combinasse as qualidades de competência, imparcialidade e independência que a Convenção requer”.²⁴³

Apesar de o direito à apelação não ser garantido como tal pelo artigo 6º da Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos, a Corte Europeia consistentemente defende que “um Estado Contratante que estabelece um sistema de apelação deve garantir que pessoas sob sua jurisdição tenham garantias fundamentais perante as cortes de apelação” em relação a este artigo, porém “a forma de aplicação do artigo 6º a processos perante referidas cortes depende de questões especiais relativas aos processos envolvidos” e “deve ser levada em conta a totalidade dos processos na ordem jurídica nacional e o papel da corte de apelação”.²⁴⁴ Como notado anteriormente, o direito à apelação, todavia, está incluído no artigo 2º do Protocolo No. 7.

As leis internacionais de direitos humanos garantem o direito à apelação contra uma condenação. Os procedimentos da apelação devem garantir completa revisão dos fatos e do direito. Entre outros, o efetivo exercício do direito de apelação requer, minimamente, o acesso ao julgamento escrito em um período de tempo razoável. Pode requerer também a transcrição do julgamento, acesso a material de prova, e a concessão de assistência judiciária gratuita.

Não é suficiente que o direito à apelação seja exercido perante um tribunal superior; este tribunal deve ser independente e imparcial e administrar a justiça de acordo com as regras do devido processo legal.

6. O direito à compensação em caso de má administração da justiça

Dos principais tratados de direitos humanos examinados neste capítulo, somente o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos determina *expressis verbis* a compensação em caso de má administração da justiça. O artigo 14(6) determina:

²⁴³ Ibid., loc. cit.

²⁴⁴ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Tolstoy Miloslavsky v. Reino Unido*, julgamento de 13 de julho de 1995, Série A, No. 316-B, p. 79, par. 59.

“Quando uma pessoa é condenada por um crime em decisão final e subsequentemente sua condenação é revertida ou se o sujeito é perdoado com base em fato novo ou recentemente descoberto que demonstra conclusivamente que houve má administração da justiça, a pessoa que sofreu a pena como resultado desta condenação deve ser indenizada de acordo com a lei, salvo se provado que a não-revelação do fato desconhecido a tempo é total ou parcialmente atribuível ao sujeito.”

Como está claro neste texto, o perdão deve ser baseado na existência de má administração da justiça, e, conseqüentemente, onde o perdão presidencial foi motivado por considerações de *equidade*, nenhuma questão relativa à compensação surge nos termos do artigo 14(6) do Pacto.²⁴⁵

Nos termos do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos uma pessoa tem o direito à compensação em caso de prova conclusiva de que ela foi vítima de má administração da justiça. A vítima não pode ter contribuído para a má administração da justiça. Perdão baseado em equidade não dá ensejo à compensação.

7. O direito a um julgamento justo e tribunais especiais

No comentário Geral No. 13, o Comitê de Direitos Humanos declarou, em relação à criação de tribunais militares e outros tribunais especiais, que

“As determinações do artigo 14 aplicam-se a todas as cortes e tribunais com o escopo deste artigo, sejam comuns ou especiais. O Comitê nota a existência, em muitos países, de tribunais militares ou especiais que julgam civis. Isso pode trazer sérios problemas no que diz respeito à equidade, imparcialidade e independência da administração da justiça. Frequentemente a razão para o estabelecimento destes tribunais é permitir que processos excepcionais sejam analisados, que não se adequam aos padrões normais da justiça. Enquanto o Pacto não proíbe estas categorias de tribunais, as condições que ele coloca claramente indicam que o julgamento de civis por estes tribunais deveria ser excepcional e em

²⁴⁵ Comunicado No. 89/1981, *P. Muhonen v. Finlândia* (Visões adotadas em 8 de abril de 1985), in UN doc. GAOR, A/40/40, pp. 169-170, par. 11.2-12.

condições que genuinamente assegurem todas as garantias estipuladas no artigo 14.”²⁴⁶

Sem explicar qual aspecto do processo não estava em conformidade com o artigo 14, o Comitê de Direitos Humanos concluiu que o Tribunal Especial de Justiça da Nicarágua (*Tribunales Especiales de Justicia*) “não oferecia a garantia de um julgamento justo determinada” naquele artigo. No caso em questão o autor foi sentenciado a 30 anos de prisão por sua manifesta crítica à orientação Marxista dos Sandinistas.²⁴⁷

Está claro na jurisprudência da Comissão Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas que as determinações do artigo 7º da Carta Africana devem ser consideradas não derogáveis e que todos os tribunais, incluindo as cortes militares, devem ser imparciais e garantir um julgamento justo a todo tempo.²⁴⁸

A Corte Inter-Americana de Direitos Humanos concluiu que os tribunais militares autorizados a julgar civis por traição no Peru violaram o artigo 8(1) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos por que eles não eram imparciais e independentes e porque, uma vez que os juízes não eram identificados, os réus não tinham possibilidade de saber a sua identidade ou verificar a sua competência.²⁴⁹

A Corte Européia de Direitos Humanos determinou em diversos casos que Cortes de Segurança Nacional que julgaram civis na Turquia não tinham a independência e imparcialidade requerida pelo artigo 6(1) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos e não puderam, conseqüentemente, garantir aos autores o direito a uma audiência justa. A razão pela qual as Cortes de Segurança Nacional não cumpriram com os requisitos do artigo 6(1) a este respeito era que um de seus três membros era um juiz militar pertencente ao exército e sujeito à disciplina militar; além disso, o mandato dos juízes da Corte de Segurança Nacional era de apenas um período renovável de quatro anos.²⁵⁰

²⁴⁶ *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 123, par. 4.

²⁴⁷ Comunicado No. 328/1988, *R. Z. Blanco v. Nicarágua* (Visões adotadas em 20 de julho de 1994), in UN doc. GAOR, A/49/40 (vol. II), p. 18, par. 10.4.

²⁴⁸ See e.g. *Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, Civil Liberties Organisation e outros v. Nigéria*, Comunicado No. 218/98, decisão adotada durante a 29ª Sessão Ordinária, 23 de abril – 7 de maio de 2001, p. 3 da decisão conforme publicada em <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/218-98.html>.

²⁴⁹ *Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, Caso Castillo Petruzzi e outros, julgamento de 30 de maio de 1999, Série C, No. 52*, pp. 196-197, par. 129-134.

²⁵⁰ *Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Çiraklar v. Turquia, julgamento de 28 de outubro de 1998, Relatórios 1998-VII*, pp. 3072-3074, par. 37-41.

O que decorre destes exemplos de precedentes internacionais relativos a esta questão é que todos os tribunais julgando civis, sejam comuns ou especiais, incluindo tribunais militares, devem ser independentes e imparciais de forma a garantir uma audiência justa ao acusado a todo tempo.

Todas as cortes que julgarem civis, comuns ou especiais, devem a todo tempo ser independentes e imparciais e respeitar as garantias do devido processo legal.

8. O direito a um julgamento justo em emergências públicas

O direito ao devido processo em emergências públicas será tratado no Capítulo 16. É suficiente apontar aqui que, apesar de que os artigos sobre o julgamento justo do Pacto Internacional e das Convenções Americana e Européia não serem, por si, partes da lista de direitos não derogáveis nos termos do artigo 4(2) do Pacto, artigo 27(2) da Convenção Americana e artigo 15(2) da Convenção Européia, isso não significa que estas determinações possam ser derogadas voluntariamente.

Em relação ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Comitê de Direitos Humanos determinou no Comentário Geral No. 13 que

“Se os Estados-parte decidirem, em circunstância de emergência pública, conforme descrito no artigo 4º, derrogar os procedimentos normais definidos no artigo 14, eles deverão assegurar que as referidas derrogações não excedam aquelas estritamente necessárias pelas exigências da situação atual, e respeitar as outras condições do parágrafo 1º do artigo 14.”²⁵¹

O Comitê também deixou bastante claro que o “*direito de ser julgado por um tribunal imparcial e independente é um direito absoluto que não admite exceção*”.²⁵² Também está além de qualquer dúvida que as garantias básicas do julgamento justo

²⁵¹ *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 123, par. 4.

²⁵² Comunicado No. 263/1987, *M. González del Río v. Peru* (Visões adotadas em 28 de outubro de 1992), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 20, par. 5.2; grifo nosso.

existentes no artigo 14 devem ser asseguradas mesmo em situações de grave crise, apesar de o Comitê ter aceitado “que não seria possível esperar que todas as determinações do artigo 14 possam remanescer totalmente em vigor em qualquer tipo de emergência”.²⁵³ Entretanto, não está ainda definido qual aspecto, ou aspectos, do julgamento justo podem não ser aplicados em casos de emergências públicas ameaçando a vida da nação.

Tendo em vista que, como já visto acima, a Comissão Africana dos Direitos Humanos das Pessoas considerou que o artigo 7º da Carta Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas deveria ser considerada não-derrogável, daí decorre que as garantias do julgamento justo ali contidas devem ser asseguradas a todo tempo.²⁵⁴

A Corte Inter-Americana enfatizou que “as garantias que tem cada pessoa trazida à julgamento devem ser não apenas *essenciais* mas também *judiciais*”, um conceito que implica no “ativo envolvimento de um órgão judicial independente e imparcial com poder para definir a legalidade das medidas tomadas em um estado de emergência”.²⁵⁵ No caso *Castillo Petruzzi* “os tribunais militares que julgaram as alegadas vítimas pelo crime de traição não cumpriram com os requisitos implícitos nas garantias de independência e imparcialidade” que o artigo 8(1) “reconhece como essenciais ao devido processo legal”.²⁵⁶ Mais detalhes sobre a interessante jurisprudência Inter-Americana relacionada ao artigo 27 da Convenção Americana serão dadas no Capítulo 16 deste Manual.

O direito a um julgamento justo deve também ser garantido em emergências públicas ameaçando a vida da nação, apesar de que possivelmente alguns aspectos dele podem ser sujeitos a uma aplicabilidade limitada.

O direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial deve ser garantido a todo tempo, incluindo em emergências públicas ameaçando a vida da nação.

²⁵³ Vide UN doc. GAOR, A/49/40 (vol. I), p. 5, par. 24. Foi proposto por requisição da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção das Minorias This was prompted by a request by the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities que um novo protocolo adicional seja elaborado, incluindo, inter alia, o artigo 14 na lista dos direitos não derogáveis.

²⁵⁴ Vide e.g. *Comitê Africano de Direitos Humanos das Pessoas, Civil Liberties Organisation e outros v. Nigéria, Comunicado No. 218/98, decisão adotada durante a 29ª Sessão ordinária, 23 de abril – 7 de maio de 2001*, p. 3 da decisão conforme publicada em <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/218-98.html>.

²⁵⁵ *Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, Caso Castillo Petruzzi e outros v. Peru, julgamento de 30 de maio de 1999, Série C, No. 52*, p. 197, par. 131; grifo nosso.

²⁵⁶ I b i d . , p a r . 1 3 2 .

9. Conclusões

Este capítulo explicou os principais direitos que devem ser efetivamente assegurados aos acusados na determinação de qualquer acusação penal contra eles, direitos que devem ser protegidos do começo do processo à condenação ou absolvição. Também mostrou o papel indispensável dos juízes nacionais na justa administração da justiça, papel examinado no Capítulo 4º em diante. O papel essencial dos promotores e dos advogados de defesa também foi enfatizado quando relevante.

Mas o juiz nacional não é apenas responsável por seus atos *stricto sensu*. Ele também é responsável em alguma medida pelos promotores e advogados de defesa, à extensão de que, onde o juiz tiver alguma indicação de que o promotor errou no curso do inquérito judicial pelo uso de meios ilegais de investigação, ou que o advogado de defesa não consultou devidamente o seu cliente ou simplesmente não agiu profissionalmente, o juiz tem o dever de intervir para corrigir estes erros e insuficiências, uma vez que referida ação deve ser essencial a fim de garantir uma audiência justa e a igualdade de armas entre a acusação e a defesa.

Os direitos tratados neste capítulo são muitos e é difícil, ou até impossível, particularizar alguns como sendo mais importantes que outros. Estes direitos de fato compõem um todo, e juntamente com os direitos tratados nos capítulos 4º e 6º, constituem a base em que uma sociedade que respeita os direitos humanos em geral, incluindo a regra legal, se funda.



.....**Capítulo 8**
PADRÕES LEGAIS INTERNACIONAIS
PARA A PROTEÇÃO DE PESSOAS

Objetivos do Aprendizado

- *Familiarizar os participantes com alguns dos mais importantes padrões legais internacionais relativos ao tratamento de pessoas privadas de sua liberdade, incluindo os deveres legais dos Estados de prevenir, punir e remediar violações a esses padrões;*
- *Ilustrar como as diversas normas legais são postas em prática de modo a proteger os direitos das pessoas privadas da liberdade;*
- *Explicar que passos legais, medidas e/ou ações juízes, procuradores e advogados devem adotar de modo a salvaguardar os direitos de pessoas privadas da liberdade.*

Perguntas

- *Você já teve contato com pessoas privadas de sua liberdade que reclamaram de maus-tratos?*
- *Em caso positivo, quando os alegados maus-tratos foram praticados e com que propósito?*
- *Que medidas foram adotadas para remediar a situação, e que efeito elas produziram?*
- *Quais são as normas em seu país com relação ao reconhecimento de lugares de detenção e ao registro de pessoas privadas da liberdade?*
- *Quais são as normas em seu país com relação ao recurso do confinamento em solitária? Por exemplo, por quais razões e por quanto tempo essa condição pode ser imposta?*
- *A detenção incommunicado é permitida pelas leis do seu país? Em caso positivo, por quanto tempo? Quais são os remédios legais à disposição das pessoas submetida a esse tipo de detenção: Como as autoridades asseguram que nenhum abuso físico ou mental ocorre durante o período em que o detento ou prisioneiro é mantido incommunicado?*
- *Como advogado você já enfrentou problemas para ter acessos livres e confidenciais com clientes detidos? Em caso positivo, o que você fez a respeito?*
- *Existem problemas especiais em seu país com relação às condições de detenção de crianças e mulheres?*
- *Em caso positivo, quais são esses problemas e quais medidas foram tomadas para remediar essas situação?*
- *Quais são os procedimentos para reclamações formais em seu país acerca de alegados maus-tratos de detentos e prisioneiros, incluindo mulheres e crianças?*

Instrumentos Legais Relevantes

Instrumentos Universais

- Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966
- Estatuto do Tribunal Penal Internacional, 1998

- Diretrizes para a Atuação dos Promotores, 1990
- Princípios Básicos para a Atuação dos Advogados, 1990

Instrumentos Regionais

- Carta Africana sobre os Direitos Humanos das Pessoas, 1981
- Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, 1969
- Convenção Européia sobre os Direitos Humanos, 1950

1. Introdução

Este capítulo explica as principais normas legais internacionais regendo o tratamento de pessoas privadas de sua liberdade e também apresenta exemplos de como essas normas legais têm sido interpretadas pelos órgãos de monitoramento internacional.

O tratamento de todas as categorias de detentos e prisioneiros permanece sendo um desafio na área de melhorias gerais no respeito à pessoa humana. Colocada em uma situação de inferioridade e fraqueza, a pessoa que é presa, seja em prisão provisória antes do julgamento ou efetivamente cumprindo pena após condenação, é em grande extensão deixada à mercê da polícia ou oficiais da prisão. O detento ou prisioneiro é virtualmente cortado da vida exterior ficando, assim, vulnerável a tratamento que viole seus direitos. O contínuo alastramento da tortura e outros tratamentos ou punições desumanos ou degradantes para com estas categorias de pessoas, cujos gritos de socorro em momentos de dor não podem ser ouvidos por ninguém que não seus companheiros internos, constitui um intolerável insulto à dignidade humana.

O direito internacional de direitos humanos, contudo, contém regras severas acerca do tratamento de detentos e prisioneiros, aplicáveis a qualquer tempo, e os Estados estão submetidos ao dever legal de tomar as medidas legislativas e práticas necessárias à colocar um fim a todas as práticas que violem essas regras. A esse respeito, a tarefa de juízes, procuradores e advogados é de primordial importância para contribuir com o incremento do respeito a essas normas que irão auxiliar a salvaguardar a vida, a segurança e a dignidade das pessoas privadas da liberdade. Em seu trabalho diário, esses profissionais da lei, quando deparados com pessoas suspeitas ou acusadas de atividades criminais, deverão exercer constante vigilância para com sinais de tortura, confissões forçadas sob maus-tratos ou coação, ou qualquer outro tipo de opressão física ou mental. Juízes, procuradores e advogados, assim, têm não apenas um papel chave nesse aspecto, mas também um dever profissional de assegurar a efetiva implementação das normas internacionais e domésticas existentes para a proteção dos direitos das pessoas privadas da liberdade.

Este capítulo lidará inicialmente com a noção de tortura, tratamentos e punições desumanos e degradantes, e abordará em particular os problemas causados pelos confinamento em solitária e, mais especificamente, detenção *incommunicado*. Será também brevemente explicado os problemas específicos aos quais grupos mais vulneráveis como mulheres e crianças estão submetidos enquanto detidos. Tanto os direitos das mulheres quanto das crianças no que concerne à administração da justiça serão, no entanto, abordados com mais detalhe nos capítulos 10 e 11 respectivamente.

Este capítulo considerará, assim, aspectos da detenção tais como acomodações, exercícios, saúde dos prisioneiros e detentos e seus contatos com o mundo exterior através de visitas e correspondência. Em Terceiro lugar, o capítulo abordará os procedimentos de queixa que devem ser disponibilizados a qualquer tempo às pessoas privadas de sua liberdade. Por último, o capítulo trará alguns conselhos acerca de como juízes, procuradores e advogados podem trabalhar mais efetivamente para a erradicação da tortura e outros tratamentos ilegais para com detentos e prisioneiros.

1.1 Uso de Termos

Neste capítulo os termos “detento” e “pessoa detida” significam qualquer pessoa privada de sua liberdade, quando tal situação não decorrer de uma condenação por crime. As expressões “prisioneiro” ou “pessoa aprisionada” significam qualquer pessoa privada de sua liberdade em razão de condenação por algum crime. É preciso, contudo, notar que, nas Regras Gerais Mínimas para Tratamento de Prisioneiros, o termo “prisioneiros” é usado de forma genérica, cobrindo tanto pessoas não julgadas como aquelas efetivamente condenadas, fato este que deve ser levado em conta sempre que essa norma estiver sendo mencionada ou referida.

2. A Proibição de tortura e Tratamento ou Punição Cruel, Desumana ou Degradante

2.1. Notas Introdutórias

O direito à vida e a proibição da tortura e outros tratamentos ou punições cruéis, desumanas e degradantes não apenas podem ser encontrados em todos os maiores tratados gerais de direitos humanos, mas essas normas também permeiam todo o direito humanitário internacional. Por exemplo, de acordo com o artigo 3 (I) (a) das Convenções de Genebra de 1949, que diz respeito aos conflitos armados de caráter não internacional, “a violência à vida e à pessoa, em particular homicídios de todas as espécies, mutilações, tratamento cruel e tortura” devem permanecer proibidos a qualquer tempo e lugar no que diz respeito “às pessoas que não tomem parte das hostilidades”. Mais adiante, os artigos 75(2) (a) do Protocolo Adicional I e 4(2) (a) do Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra, que respectivamente se relacionam com conflitos armados internacionais e não-internacionais, de forma similar vedam “a violência com a vida, a saúde e o bem estar mental e físico das pessoas” e, em particular, o homicídio, a tortura, o castigo corporal e a mutilação.

A natureza peremptória de ambos os direitos à vida e à proteção contra a tortura e outros tratamentos ou punições desumanas é ainda mais destacada pelo fato de que esses direitos não podem ser derogados das leis internacionais de direitos humanos mesmo na mais grave das situações de crise. Essa circunstância é ressaltada pelos artigos 4(2) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, 27(e) da Convenção Americana de Direitos Humanos e 15(2) da Convenção Européia de Direitos Humanos. O artigo 2(2) na Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos e Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes também estabelece quem “*nenhuma circunstância excepcional, seja de estado ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública poderão ser invocadas como justificativa para a tortura*”. Ademais, o artigo 5 da Convenção inter-Americana para Prevenção e Punição de Tortura complementa estabelecendo que “*nem mesmo o caráter perigoso do detento ou prisioneiro, ou a falta de segurança do estabelecimento prisional ou penitenciário poderão justificar a tortura*”.

A natureza fundamental da proibição à tortura é mais profundamente destacada pelo fato de que, de acordo com o artigo 7 do Estatuto de Roma da Corte Criminal Internacional, a tortura continue **crime contra a humanidade** “*quando cometida como parte de um difundido ou sistemático ataque dirigido à população civil, com conhecimento do ataque*”. “*Tortura ou tratamento desumano, incluindo experimentos biológicos*”, também constituem **crimes de guerra** e graves infrações às Convenções de Genebra de 1949, de acordo com os propósitos do próprio estatuto (art. 8(2)(a)(ii)).

Além dessa multiplicidade de normas legais internacionais, o recurso da tortura é normalmente proibido em âmbito nacional. A existência da tortura, assim, não é um problema legal por si, mas, na verdade, um problema de implementação da lei, que figura como um verdadeiro desafio para a comunidade mundial.

2.2. A Responsabilidade Legal dos Estados

O artigo 7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos determina que “ninguém será submetido a tortura, tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante”, e, em particular, que “ninguém será submetido sem vontade própria a experimentação médica ou científica”. Em seu Comentários Geral nº 20, o Comitê de Direitos Humanos explicou que a intenção deste artigo é “proteger tanto a dignidade quanto a integridade física e mental do indivíduo”¹. O comentário enfatizou, ainda, que “é dever do Estado membro prover a todos proteção, através de medidas legislativas ou de outra natureza, conforme seja necessário, contra atos proibidos pelo artigo 7, sejam eles

¹ Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas, p. 139, parágrafo 2.

infligidos por pessoas agindo na qualidade de oficiais, fora da sua qualidade de oficiais ou em qualidade privada”². A proibição do artigo 7 é complementada pelos requerimentos positivos do artigo 10, parágrafo 1, do Pacto, que estipula que “Todas as pessoas privadas de sua liberdade deverão ser tratadas com humanidade e respeito pela dignidade inerente à pessoa humana.”

* * * * *

O artigo 2 da Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanos ou Degradante determina que “cada Estado Membro deverá adotar efetivas medidas legislativas, administrativas, judiciais ou de outra natureza a fim de **prevenir** atos de tortura em qualquer território de sua jurisdição” (grifou-se). De acordo com o artigo 12 da Convenção, cada Estado membro deverá, ainda, “assegurar que as autoridades competentes realizem prontas e imparciais investigações, sempre que houver razoável embasamento para acreditar que um ato de tortura foi cometido em qualquer território de sua jurisdição” (grifou-se). Fazendo essas recomendações aos Estados membro, o Comitê contra a tortura tem consistentemente enfatizado que os Estados devem “assegurar vigorosas investigações e, quando apropriado, o indiciamento de qualquer alegada tortura ou maus-tratos” por seus autoridades, “sejam civis ou militares.” A fim de assegurar que os perpetradores de tortura não gozem de imunidade, o Comitê contra a Tortura recomendou ainda aos Estados membro “que assegurem que as leis de anistia excluam a tortura de seu alcance”.

Ademais, é relevante notar que o Comitê contra Tortura tem repetidamente recomendado aos Estados membro da Convenção contra Tortura *devem considerar a rejeição a leis que possam minar a independência do Poder Judiciário*, e, no que diz respeito mais especificamente ao problema às nomeações por tempo-limitado, atualizar sua legislação em linha com os Princípios Básicos de Independência do Judiciário de 1985 e as Diretrizes sobre o Papel dos Procuradores.

* * * * *

Em seu Comentário Geral nº 20, o Comitê de Direitos Humanos também indicou que o Artigo 7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos deve ser lido em conjunto com o seu artigo 2(3), relativo à obrigação dos Estados membro de prover remédios efetivos às pessoas cujos direitos e liberdades sejam violados. Isto significa, em particular, que “o direitos de apresentar queixas contra maus-tratos proibidos pelo artigo 7 deve ser reconhecido nas leis nacionais” e que “*as queixas devem ser investigadas pronta e imparcialmente pelas autoridades competentes, de modo a que se possa efetivamente remediar a situação*”. O Comitê contra a Tortura também enfatizou a importância de introduzir “*um sistema efetivo e confiável que permita que as vítimas de tortura e outras formas de tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante possam apresentar queixas*”.

² Ibid., loc. Cit.

Por último, no que diz respeito ao problema da *impunidade*, o Comitê de Direitos Humanos declarou que “anistias são normalmente incompatíveis com o dever dos Estados de investigar tais atos; garantir a prevenção contra tais atos no âmbito de sua jurisdição e assegurar que eles não ocorram no futuro”. Assim, no que diz respeito ao tema das leis de anistia, o Comitê de Direitos Humanos e o Comitê contra Tortura concordam. A esse respeito, o Comitê de Direitos Humanos já disse que “os Estados não podem privar os indivíduos do direito a um remédio efetivo, incluindo indenização e completa reabilitação, na medida do possível”.

* * * * *

A Corte Inter-Americana de Direitos Humanos explicou as obrigações *inter alia* dos Estados, nos termos do artigo 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos com alguns detalhes. No que diz respeito à obrigação de “*assegurar... o livre e pleno exercício*” dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção foi estabelecido que ela:

“...pressupõe o dever de os Estados Membro organizarem o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais o poder público é exercido, de modo a que os Estados sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência dessa obrigação, os Estados devem impedir, investigar e punir qualquer violação aos direitos reconhecidos pela Convenção e, ainda, se possível, tentar restaurar os direitos violados e providenciar compensação pelos danos resultantes da violação.”

A Corte adicionou a esse respeito:

“A obrigação de assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos não é cumprida pela existência de um sistema legal criado para tornar possível o cumprimento a obrigação – é preciso que o governo se conduza de forma a efetivamente assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos.”

Isso significa, em particular, permitir que o Judiciário, os procuradores e os advogados desenvolvam seu trabalho de forma efetiva e independente das autoridades governamentais.

* * * * *

Em um caso relativo ao alegado estupro e maus-tratos de uma detenta mulher, o caso *Aydin*, a Corte Européia de Direitos Humanos lembrou que o artigo 13 da Convenção Européia de Direitos Humanos “*garante a disponibilidade em nível nacional*

de recursos para fazer valer a essência dos direitos e liberdades da Convenção em qualquer forma que os mesmos possam ser assegurados na ordem jurídica doméstica.”

“O efeito desse artigo é, assim, exigir que a norma doméstica preveja um recurso que permita à autoridade nacional competente a lidar tanto com a essência da reclamação prevista pela Convenção como a prover o remédio apropriado, embora aos Estados Contratantes seja permitida alguma discricionariedade no que diz respeito à maneira pela qual os mesmos cumprirão com suas obrigações sob este dispositivo”.

Embora “o escopo da obrigação prevista no artigo 13 varie dependendo da natureza da reclamação prevista na Convenção”, assim mesmo

“o remédio necessário... deve ser ‘efetivo’ na prática assim como na lei, em particular no sentido de que seu exercício não deve ser injustificadamente impedido por atos ou omissões de autoridades do Estado responsável...”

A Corte Européia adicionou nesse caso que

“a natureza do direito salvaguardado pelo Artigo 3 da Convenção tem implicação para o artigo 13. Dada a fundamental importância da proibição de tortura por agentes do Estado e especialmente a posição vulnerável das vítimas de tortura, ... o artigo 13 impõe, sem prejuízo de qualquer outro recurso disponível no âmbito do sistema doméstico, uma obrigação dos Estados de realizarem uma extensa e efetiva investigações dos incidentes de tortura.

Da mesma forma, quando um indivíduo tiver uma queixa defensável de ter sido torturado por agentes do Estados, a noção de um “remédio efetivo” abrange, além do pagamento de uma indenização quando apropriado, uma completa e efetiva investigação, que seja capaz de levar à identificação e punição dos responsáveis e que permita o acesso do reclamante ao procedimento investigatório.”

Por último, entretanto, ao contrário do artigo 12 da Convenção contra a Tortura de 1984, o artigo 13 da Convenção Européia não impõe, *expressis verbis*, “um dever de iniciar uma pronta e imparcial investigação sempre que existam razoáveis indícios para acreditar que um ato de tortura tenha sido praticado”, “tal pressuposto estando implícito na noção de “remédio efetivo” nos termos do artigo 13. Conseqüentemente, no caso *Aydin* ocorreu uma violação do artigo 13, uma vez, que “nenhuma investigação pronta e efetiva foi conduzida para verificar as alegações da reclamante e ... essa falha minimizou a efetividade de quaisquer outros remédios que poderiam ter existido, dada a posição central do papel ocupado pelo promotor público no sistema de ‘remédios’ como um todo, incluindo a busca de indenização.

* * * * *

Para uma análise mais detalhada do dever legal dos Estados de prevenir, investigar punir e remediar a violação de direitos humanos, leia o Capítulo 15 deste Manual.

2.3. As noções de tortura e tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante: definições e compreensão

O Artigo 7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos não contém definição alguma dos temas cobertos neste texto, tampouco tendo o Comitê de Direitos Humanos “considerado necessário apresentar uma lista de atos proibidos ou estabelecer precisas distinções entre as diferentes formas de punição ou tratamento”, uma vez que “as distinções dependem da natureza, propósito e severidade do tratamento utilizado”. No entanto, o Comitê deixou claro que “a proibição do artigo 7 se relaciona não apenas com os atos que causem dor física, mas também aos atos que causem sofrimento mental para a vítima” e, mais ainda, que a proibição cobre “punição física excessiva determinada como punição por um crime ou como medida educativa ou disciplinar”.

Em um caso, porém, o Comitê de Direitos Humanos observou que a percepção do que constitui *tratamento desumano ou degradante* “depende de todas as circunstâncias do caso, como a duração e a forma do tratamento, seus efeitos físicos e mentais, bem como o sexo, idade e estado de saúde da vítima”.

* * * * *

Para os propósitos da Convenção Contra Tortura, o termo “tortura” significa

“qualquer ato através do qual séria dor ou sofrimento, seja física ou mental, seja intencionalmente infligida a uma pessoa com o propósito de obter da mesma ou de terceiro uma informação ou confissão, bem como a punição de tal pessoa por um ato que a mesma ou terceiro tenha cometido ou seja suspeito de ter cometido, ou a intimidação ou coação de tal pessoa ou terceiro, por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento forem infligidos por agente público ou pessoa agindo nessa qualidade, ou por sua instigação, consentimento ou aquiescência. O conceito de tortura não inclui a dor ou o sofrimento apenas inerentes ou incidentais, resultantes de sanções legais.”

Nos termos do artigo 16 da Convenção contra Tortura, “cada Estado Membro deverá se comprometer a prevenir ... outros atos de tratamento ou punição cruel,

desumana ou degradante que não se enquadrem na definição do artigo 1, quando tais atos forem cometidos por um agente público ou pessoa agindo nessa qualidade, bem como com sua instigação, consentimento ou aquiescência”.

* * * * *

No caso *Loayza Tamayo*, a Corte Inter-Americana de Direito Humanos explicou que

“a violação do direito à integridade física e mental é uma categoria de violação que possui várias gradações e abrange tratamentos que vão desde a tortura até outros tipos de tratamento humilhante ou cruel, desumano ou degradante, com vários níveis de efeitos físicos ou mentais, causados por fatores endógenos ou exógenos que devem ser comprovados em cada situação específica.”

Referindo-se aos julgamentos da Corte Européia de Direitos Humanos nos casos *Irish* e *Ribitsch*, a Corte Inter-Americana adicionou que

“mesmo na ausência de danos físicos, sofrimento psicológico ou moral, acompanhado de distúrbios físicos durante o interrogatório, podem ser considerados como tratamento desumano. O aspecto degradante é caracterizado pelo medo, ansiedade e inferioridade induzidos com o propósito de humilhar e degradar a vítima e quebrar sua resistência psicológica e moral. ... Tal situação é exacerbada pela vulnerabilidade da pessoa que é ilegalmente detida. ... Qualquer uso de força que não seja estritamente necessário para assegurar comportamento apropriado por parte do detento constitui um ultraje à dignidade da pessoas ..., uma violação ao Artigo 5 da Convenção Americana. As exigências da investigação e as inegáveis dificuldades da luta anti-terrorista não podem permitir a restrição da proteção dos direito de uma pessoa à sua integridade física.”

* * * * *

No que diz respeito à proibição da “tortura ou ... tratamento ou punições desumanos ou degradantes” em seu artigo 3 a Convenção Européia de Direitos Humanos e a Corte Européia de Direitos Humanos declarou que a distinção entre “tortura” e “tratamento desumano ou degradante” “deriva principalmente da diferença e intensidade do sofrimento infligido”. Na visão da Corte, “parece que a intenção da Convenção, com sua distinção entre ‘tortura’ e ‘tratamento desumano ou degradante’, seria, através do primeiro desses termos, anexar um estigma especial ao tratamento desumano que deliberadamente cause sério e cruel sofrimento”.

2.3.1 Estupro como forma de tortura

No caso de *Aydin*, ao qual se fez referência acima, a reclamante, uma cidadã turca de origem curda, tinha apenas 17 anos quando foi detida por tropas de segurança juntamente com seu pai e sua cunhada. Ela foi estuprada e maltratada durante a detenção. Aceitando as constatações da Comissão Européia de Direitos Humanos quanto aos fatos do caso, a Corte entendeu que:

“O estupro de uma detenta por um oficial do Estado deve ser considerado uma forma especialmente grave e abominável de maus-tratos, dada a facilidade com que o ofensor pode explorar a vulnerabilidade e a resistência enfraquecida de sua vítima. Ademais, o estupro acarreta profundas cicatrizes psicológicas na vítima, as quais não respondem à passagem do tempo com a mesma velocidade que outras formas de violência física ou mental. A reclamante também experimentou dor aguda causada pela penetração forçada, a qual deve tê-la deixado sentindo-se aviltada e violada tanto psicológica como emocionalmente.”³

A reclamante foi, além disso, “submetida a uma série de experiências particularmente assustadoras e humilhantes durante sua custódia nas mãos das tropas de segurança na delegacia de Derik, considerando-se seu sexo e juventude e as circunstâncias nas quais ela foi mantida”; ela fora

“detida por um período de três dias, durante o qual deve ter ficado desorientada e aturdida, por estar com os olhos vendados, e em estado constante de dor física e agonia mental, causadas pelas surras administradas durante seu interrogatório e pela apreensão quanto ao que aconteceria depois. Ela também foi exibida nua em circunstâncias humilhantes, agravando seu senso de vulnerabilidade, e em determinada ocasião ela recebeu jatos de água em alta pressão, enquanto girava em um pneu.”⁴

A Corte estava, portanto,

³ Corte Européia de Direitos Humanos, *Aydin v. Turquia*, julgamento (Grande Câmara) de 25 de setembro de 1997, Relatórios 1997-VI, p. 1891, parágrafo 83.

⁴ *Ibid.*, parágrafo 84.

“... convicta de que o acúmulo de atos de violência física e mental infligidos na requerente e o ato especialmente cruel de estupro ao qual ela foi submetida representaram tortura, em violação ao Artigo 3 da Convenção.”⁵

* * * * *

Em um caso contra o Peru, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos também se defrontou com um caso de estupro por parte de militares. Embora não tenha sido detida oficialmente, a mulher se viu indefesa nas mãos dos indivíduos que haviam seqüestrado – e, no fim, matado – seu marido. Na noite em que seu marido fora levado de casa, a Sra. Mejía foi estuprada duas vezes por um oficial militar.⁶ A Comissão presumiu serem verdadeiros os fatos alegados; sob seu ponto de vista, “a credibilidade da versão apresentada pela reclamante” foi corroborada por vários relatórios de órgãos intergovernamentais e não-governamentais que haviam documentado “numerosos estupros de mulheres no Peru, praticados por membros de tropas de segurança em áreas de emergência, tendo sido o caso específico de Raquel Mejía” mencionado e descrito.⁷ Presumindo, então, a responsabilidade das tropas do Exército Peruano na comissão de abusos da Sra. Mejía e também a inexistência de soluções domésticas eficazes no Peru, a Comissão entendeu que

“A lei internacional atual estabelece que o abuso sexual cometido por membros de tropas de segurança, seja como resultado de prática deliberada promovida pelo Estado, seja como consequência do fracasso do Estado em prevenir a ocorrência desse crime, constitui uma violação aos direitos humanos das vítimas, em especial o direito à integridade física e mental.”⁸

Corroborando essa opinião, a Comissão se referiu *inter alia* aos artigos 27 e 147 da Quarta Convenção de Genebra de 1949, ao artigo 3 comum às Convenções de Genebra, ao artigo 76 do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra, ao artigo 4(2) do Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra e ao artigo 5 do Estatuto de 1998 da Corte Criminal Internacional.⁹

A comissão interpretou então o conceito de tortura do artigo 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos com base na definição contida na Convenção

⁵ Ibid., pág. 1892, parágrafo 86.

⁶ *I-A Comissão de Direitos Humanos, Relatório N° 5/96, caso 10.970 v. Peru*, 1 de março de 1996, in OAS doc. OEA/Serv.L/V/II.91, doc. 7 ver., *Relatório anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 1995*, págs. 158-159.

⁷ Ibid., págs. 174-175.

⁸ Ibid., pág. 182.

⁹ Ibid., págs. 182-184.

Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; a partir de tal definição, os três elementos seguintes teriam de ser combinados para que se configurasse a tortura:

- “deve haver um ato intencional pelo qual dor e sofrimento mentais e físicos sejam infligidos a uma pessoa”;
- “o ato deve ser cometido com um propósito”;
- “o ato deve ser cometido por um agente público ou por um particular instigado por aquele”.¹⁰

Todos esses requisitos foram preenchidos no caso da Sra. Mejía. Quanto ao primeiro elemento, a Comissão considerou “que o estupro é um abuso físico e mental perpetrado como o resultado de um ato de violência”; ele também “causa sofrimento físico e mental na vítima. Além da violência sofrida no momento em que o ato é praticado, as vítimas são geralmente machucadas e, em alguns casos, até engravidadas. O fato de serem sujeitas a um abuso dessa natureza também provoca trauma psicológico devido, de um lado, à humilhação e vitimação e, de outro lado, à condenação de que são alvo por parte dos membros da comunidade caso reportem o que lhes aconteceu.”¹¹ Verificou-se tal elemento no caso, uma vez que a Sra. Mejía “foi vítima de estupro... como consequência de um ato de violência que lhe [causou] ‘dor e sofrimento físicos e mentais’.”¹² No que se refere ao segundo elemento, o estupro da Sra. Mejía foi praticado “com o fim de puni-la pessoalmente e intimidá-la”; o homem culpado lhe havia dito que “ela também era procurada como subversiva, assim como seu marido”, e que “seu nome estava na lista de pessoas relacionadas ao terrorismo”. O homem também ameaçou retornar e estuprá-la novamente.¹³ Por fim, em relação ao terceiro elemento, a Comissão concluiu que o homem que estuprara a Sra. Mejía era um membro das tropas de segurança, o qual fora acompanhado por um grande grupo de soldados.¹⁴

Considerando que todos os três elementos da definição de tortura estava presentes no caso, a Comissão concluiu que o Peru havia violado o artigo 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Concluiu também que os estupros sofridos pela Sra. Mejía constituíram uma violação ao artigo 11 da Convenção, relativo ao direito à privacidade, “visto que afetaram tanto a sua integridade física quanto a moral, inclusive sua dignidade pessoal”; de fato, como declarado pela Comissão, além de violar a integridade mental e física das vítimas, o abuso sexual “implica em agressão deliberada à sua dignidade”.¹⁵ Finalmente, o Estado Peruano também desrespeitara os artigos 1(1),

¹⁰ Ibid., pág. 185.

¹¹ Ibid., pág. 186.

¹² Ibid., loc. cit

¹³ Ibid., págs. 186-187.

¹⁴ Ibid., pág. 187.

¹⁵ Ibid., págs. 187-188.

8(1) e 25 da Convenção, na medida em que não apresentara soluções eficazes para tais violações.¹⁶

O tratamento de detentos e prisioneiros

A prevalência da tortura e outros tipos ilegais de tratamento de pessoas privadas de sua liberdade mostra-se mais do que evidente a partir da análise da jurisprudência, dentre outros, do Comitê de Direitos Humanos, a qual contém numerosos exemplos de violações aos artigos 7 e 10 (1) da Convenção Internacional e do uso de violência para fins, inclusive, de obtenção de confissões. Sempre que o autor é capaz de narrar de modo suficientemente detalhado os espancamentos e outras formas de maus-tratos e que o agente estatal não consegue responder a tais acusações, ou não nega as alegações, a Comissão considera que a informação com que se defronta representa uma violação aos artigos 7 e 10 (1) da Convenção, tomados em conjunto ou isoladamente, de acordo com a torpeza do tratamento.¹⁷

* * * * *

Com relação aos meios de constrangimento das pessoas detidas, o Comitê contra tortura recomendou que os Estados Unidos da América abolissem “os cintos de choque-elétrico e as cadeiras de tortura como métodos de constrangimento daqueles sob custódia”, na medida em que sua utilização quase sempre leva ao desrespeito ao artigo 16 da Convenção contra Tortura, a qual define como ilegais o tratamento e a punição cruéis, desumanos ou degradantes.¹⁸

¹⁶ Ibid., pág. 193. O mesmo foi considerado verdadeiro no tocante ao homicídio de seu marido, *ibid.*, loc. cit.

¹⁷ Veja, por exemplo, dentre muitos outros casos, a Comunicação Nº 328/1988, *R. Zelaya Blanco v. Nicarágua* (opiniões adotadas em 20 de julho de 1994), *in* NU doc. GAOR, A/49/40 (vol. II), págs. 15-16, parágrafos 6.5-6.6, e pág. 18, parágrafo 10.5: tentativas de extrair confissões mediante ameaças, espancamentos e assassinatos de companheiros de prisão, etc., contrariam os artigos 7 e 10 (1) da Convenção; a Comunicação Nº 613/1995, *A. Leehong v. Jamaica* (opiniões adotadas em 13 de julho de 1999), *in* NU doc. GAOR, A/54/40 (vol. II), pág. 60, parágrafo 9.2: as condições e maus-tratos eram “tais que violavam o direito do autor de ser tratado com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana, e o direito a não ser submetido a tratamento *cruel, desumano ou degradante*”, segundo os artigos 7 e 10 (1) (grifado); o autor, que estava no corredor da morte, havia sido espancado pelos agentes penitenciários, recebendo permissão para ver um médico apenas uma vez, apesar de tê-lo solicitado em diversas ocasiões; a Comunicação Nº 481/1991, *J. Villacnés Ortega v. Equador* (opiniões adotadas em 8 de abril de 1997), *in* NU doc., A/52/40 (vol. II), pág. 4, parágrafo 9.2, em comparação com a pág. 2, parágrafo 2.4: maus-tratos dispensados por agentes prisionais após uma tentativa de fuga dos companheiros de cela do autor; o tratamento caracterizou-se por ser “*cruel e desumano*”, contrariando os artigos 7 e 10 (1) da Convenção (grifado); a Comunicação Nº 612/1995, *Arhuacos v. Colômbia* (opiniões adotadas em 29 de julho de 1997), *in* NU doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), pág. 181, parágrafo 8.5: *tortura* de dois irmãos, em desrespeito ao artigo 7, sendo as vítimas “mergulhadas, com os olhos vendados, em um canal”.

¹⁸ NU doc. GAOR, A/55/44, pág. 32, parágrafo 180 (c).

Em um caso contra o Zaire, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos concluiu que “o espancamento de detentos com punhos, varas e botas, a manutenção de prisioneiros acorrentados e a sua sujeição a choques elétricos, suspensão física e submersão em água ... ofendem a dignidade humana”; tais atos, em conjunto ou isoladamente, constituem uma violação ao artigo 5 da Carta Africana.¹⁹ De modo semelhante, em um caso contra Malawi, a Comissão decidiu que os atos aos quais Vera e Orton Chirwa eram submetidos na prisão violavam claramente, “em conjunto ou de forma isolada”, o artigo 5; seus maus-tratos e punições por motivos disciplinares incluíam redução na dieta, acorrentamento dos braços e pernas por dois dias sem acesso a facilidades sanitárias, detenção em uma cela escura sem acesso a luz natural, água ou comida, nudez forçada, e espancamento com varas e barras de ferro; esses eram “exemplos de tortura, de tratamento e punição cruéis e degradantes.”²⁰

* * * * *

A Corte Interamericana de Direitos Humanos teve de lidar, em numerosas ocasiões, com situações envolvendo tortura e outros tipos de maus-tratos, como no chamado caso das “Crianças de Rua”, no qual a Corte entendeu que, depois de seu seqüestro por tropas de segurança do Estado da Guatemala e antes de seu assassinato, os quatro adolescentes tiveram “sua integridade física e mental violada” e “foram vítimas de *maus-tratos e tortura*”, contrariando-se o artigo 5 (1) e (2) da Convenção Americana de Direitos Humanos.²¹

No caso de *Castillo-Páez*, no qual se verificou o seqüestro e o desaparecimento da vítima, a Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que colocar o Sr. Castillo-Páez no porta-malas de um carro oficial afrontava o direito a um tratamento humano, assegurado pelo artigo 5, e que, “mesmo que não tenha ocorrido qualquer outra agressão física ou outro tipo de mau trato, aquela ação, por si só, deve claramente ser considerada contrária ao respeito devido à dignidade inerente à pessoa humana.”²²

¹⁹ Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, *Organização Mundial contra a Tortura e Outros v. Zaire*, Comunicações N^{os} 25/89, 47/90, 56/91 e 100/93, decisão adotada durante a 19^a sessão, março de 1996, parágrafo 65 do texto da decisão conforme publicação em <http://www.up.ac.za/chr/>.

²⁰ Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, *Krishna Achuthan e Anistia Internacional (em nome de Aleke Banda e Orton e Vera Chirwa) v. Malawi*, Comunicações N^{os} 64/92, 68/92 e 78/92, decisão adotada durante a 16^a sessão, outubro-novembro de 1994, parágrafo 33 do texto da decisão conforme publicação em <http://www.up.ac.za/chr/>.

²¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *caso Villagrán Morales et al. V. Guatemala*, julgamento de 19 de novembro de 1999, Série C, N^o 63, pág. 180, parágrafo 177, em conjunto com pág. 176, parágrafo 186; grifado.

²² Corte Interamericana de Direitos Humanos, *caso Castillo-Páez*, julgamento de 3 de novembro de 1997, in OAS doc. OAS/Serv.L/V/III.39, doc.5, *Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 1997*, pág. 264, parágrafo 66.

* * * * *

No caso *Irlandês*, a Corte Européia de Direitos Humanos concluiu que o uso combinado de cinco técnicas de interrogatório nas pessoas presas na Irlanda do Norte em 1971 constituíam tratamento desumano de acordo com o significado atribuído no artigo 3 da Convenção Européia de Direitos Humanos. A Corte entendeu que tais técnicas, consistentes em manter a pessoa em pé, encostada à parede, encapuzá-la, sujeitá-la a barulho, privá-la de sono e de comida e bebida, “eram aplicadas de forma combinada e premeditada e por horas a fio” e que “causaram, se não real ferimento corporal, pelo menos intenso sofrimento físico e mental às pessoas a elas submetidas, além de conduzirem a distúrbios psiquiátricos agudos durante o interrogatório”.²³ Na visão da Corte, tais técnicas de interrogatório eram também “*degradantes*, uma vez que visavam a incutir nas vítimas sentimentos de medo, angústia e inferioridade, capazes de humilhá-las e aviltá-las e possivelmente romper com sua resistência física e moral”.²⁴

No caso de *Tomasi* contra a França, o reclamante foi submetido a um interrogatório policial por cerca de 40 horas, durante as quais foi “estapeada, chutada, socada e golpeada no antebraço, foi obrigado a ficar de pé por longos períodos e sem apoio, com as mãos algemadas atrás das costas; ele foi cuspidor, foi forçado a permanecer de pé e nu em frente a uma janela aberta, foi privado de comida, foi ameaçado com uma arma de fogo e assim por diante”.²⁵ Isso representou “tratamento desumano e degradante”, segundo a Corte Européia de Direitos Humanos, a qual acrescentou de forma significativa que “as exigências da investigação e as inegáveis dificuldades inerentes à luta contra o crime, particularmente no tocante ao terrorismo, não podem resultar na imposição de limites à proteção dispensada à integridade física dos indivíduos”.²⁶

Entretanto, no caso posterior de *Aksoy*, a Corte concluiu que o reclamante fora submetido a *tortura*. Em relação a esse acontecimento, a Corte sustentou que, “quando um indivíduo com boa saúde é levado pela polícia sob custódia, mas se encontra machucado no momento de sua soltura, cabe ao Estado oferecer uma explicação plausível quanto às causas do ferimento, o que, não sendo possível, levanta importante questão, nos termos do Artigo 3 da Convenção”.²⁷ Com base nas conclusões da Comissão Européia de Direitos Humanos, a Corte admitiu que o Sr. Aksoy havia sido submetido, dentre outros,

²³ Corte Européia de Direitos Humanos, caso da Irlanda v. Reino Unido, julgamento de 18 de janeiro de 1978, Série A, N° 25, pág. 66, parágrafo 167.

²⁴ Ibid., pág. 66, parágrafo 167; grifado.

²⁵ Corte Européia de Direitos Humanos, caso Tomasi v. França, julgamento de 27 de agosto de 1992, Série A, N° 241-A, pág. 40, parágrafo 108.

²⁶ Ibid., pág. 42, parágrafo 115.

²⁷ Corte Européia de Direitos Humanos, caso Aksoy v. Turquia, julgamento de 18 de dezembro de 1996, Relatórios 1996-VI, pág. 2278, parágrafo 61.

ao “Enforcamento Palestino”, o que significa que fora “desnudado, com seus braços amarrados juntos atrás das costas, e suspenso pelos braços”. Para a Corte:

“semelhante tratamento só poderia ser dispensado deliberadamente; de fato, seria necessária certa dose de preparação e esforço para levá-lo adiante. Parece ter sido administrado com o propósito de obter do reclamante confissões ou informações. Além da forte dor que deve haver causado no momento, as evidências clínicas demonstram que levou à paralisia de ambos os braços por algum tempo... . A Corte considera que tal tratamento foi de natureza tão séria e cruel que só pode ser descrito como tortura.”²⁸

2.3.3 Punições Físicas

Conforme já observado acima, o Comitê de Recursos Humanos considera que “as punições físicas, inclusive flagelação excessiva, impostas como punição por algum crime ou como medida educativa ou disciplinar”, se incluem entre as proibições previstas no artigo 7 do Acordo Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.²⁹ Esse entendimento foi confirmado pelo caso *Osbourne*, no qual o autor foi condenado a 15 anos de prisão e a 10 chicotadas com vara de tamarindo, por posse ilegal de arma de fogo, roubo qualificado e lesão corporal dolosa. Sustentou-se no caso que, “independentemente da natureza do crime a ser punido, por mais brutal que possa ter sido, a opinião convicta do Comitê é a de que a punição física constitui “*tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante*”, em desrespeito ao artigo 7 do Acordo, que no caso foi transgredido.³⁰ O Comitê informou que o governo em questão tinha a “obrigação de não cumprir a pena de açoitamento infligida ao Sr. Osbourne” e ainda advertiu que as autoridades locais “devem tomar providências para que tais transgressões não venham a repetir-se no futuro, mediante a revogação das disposições legais que admitem punições físicas”.³¹

* * * * *

Quanto à Namíbia, o Comitê contra Tortura recomendou “a abolição imediata das punições físicas”, uma vez que a legislação namibiana ainda impunha tais penas.³² O Comitê também manifestou preocupação com a situação na Arábia Saudita, uma vez que “a condenação a punições físicas, em especial o chicoteamento e a amputação de membros, e a imposição de tais penas por autoridades judiciais e administrativas, não

²⁸ Ibid., pág. 2279, parágrafo 64.

²⁹ Ver Comentário Geral nº 20, *Compilação de comentário Gerais das Nações Unidas*, pág. 139, parágrafo 5.

³⁰ Comunicação ° 759/1997, *G. Osbourne v. Jamaica* (opiniões manifestadas em 15 de março de 2000), in NU. Doc. GAOR, A/55/40 (vol. II), pág. 138, parágrafo 9.1; grifamos.

³¹ Ibid., parágrafo 11.

³² NU doc. GAOR, A/52/44, pág. 37, parágrafo 250.

estão em conformidade com” a Convenção contra Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes.³³

* * * * *

Num caso em que um tribunal inferior da Ilha de Man determinara que um adolescente fosse fustigado três vezes com uma vara – punição que foi de fato executada – o Tribunal Europeu de Recursos Humanos concluiu que a pena não caracterizava “tortura” nem “tratamento desumano”, mas que constituía “*tratamento degradante*”, nos termos do artigo 3 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.³⁴ O tribunal examinou com detalhes se a punição poderia ser considerada “degradante” e julgou que a “humilhação ou aviltação imposta deve alcançar determinado nível e, seja como for, deve ir além do fator de humilhação normal” que resulta de qualquer punição judicial em geral; a avaliação foi “relativa”, dependendo “de todas as circunstâncias de cada caso e, em particular, da natureza e do contexto da punição em si, assim como da maneira e do método de execução”.³⁵ O tribunal descreveu a natureza da punição física nos seguintes termos:

“A própria natureza da punição física imposta por autoridades judiciais consiste no envolvimento de um ser humano que inflige violência física em outro ser humano. Além disso, trata-se de violência institucionalizada, uma vez que no caso em questão a prática estava prevista em lei, foi determinada por autoridades judiciais do Estado e executada pelas autoridades policiais do país... Assim, embora o postulante não tenha sofrido danos físicos graves ou duradouros, sua punição – durante a qual foi tratado como objeto sob o poder das autoridades – constituiu um atentado contra o que representa exatamente um dos principais objetos de proteção do Artigo 3, a saber, a dignidade e a integridade física das pessoas. Tampouco se pode excluir a hipótese de que a punição tenha exercido efeitos psicológicos adversos”.³⁶

Na opinião do tribunal, o caráter institucionalizado da violência “agravou-se ainda mais, em virtude de toda a aura de procedimento oficial que envolveu a punição e em face do fato de os que infligiram a punição serem totalmente estranhos para o delinqüente”. Analisando as circunstâncias “como um todo”, o tribunal concluiu que “o

³³ Ver UM doc. CAT/C/XXVIII/CONCL.6 *Conclusões e Recomendações: Arábia Saudita, adotado em 15 de março de 2002*, parágrafo 4 (B).

³⁴ *Corte Europeia de Direitos Humanos, caso Tyrer, julgamento em 25 de abril de 1978*, Série A, Nº 26, pág. 14, parágrafo 29, e pág. 17, parágrafo 35; grifamos.

³⁵ *Ibid.*, pág. 15, parágrafo 30.

³⁶ *Ibid.*, pág. 16, parágrafo 33.

fator de humilhação atingiu o nível que caracteriza a conceito de ‘tratamento degradante’”.³⁷

2.3.4 Experimentação Médica ou Científica

De acordo com o segundo período do artigo 7 do Acordo Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, “ninguém pode ser submetido, sem livre consentimento, a experimentos médicos ou científicos”. Na falta de tal consentimento, considerar-se-á que o experimento caracteriza forma de “tortura” ou “tratamento cruel, desumano ou degradante”. Em seu Comentário Geral nº 20, o Comitê de Recursos Humanos observou que “necessita-se de proteção especial em relação a tais experimentos no caso de pessoas incapazes de expressar consentimento válido, sobretudo aquelas sob qualquer forma de detenção ou reclusão. Tais indivíduos não devem ser submetidos a nenhum experimento médico ou científico que possa ser prejudicial à sua saúde”.³⁸ Tal asserção é ainda mais aplicável às pessoas internadas em hospitais psiquiátricos.

Sobre o assunto, o Princípio 22 do Corpo de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Reclusão vai ainda mais longe ao estatuir que “nenhuma pessoa detida ou reclusa, *mesmo que com seu consentimento*, será submetida a qualquer experimento médico ou científico que possa ser prejudicial à sua saúde” (ênfase nossa).

Seria cabível indagar se tais indivíduos vulneráveis devem ser submetidos, *sob quaisquer circunstâncias*, a qualquer *experimento* médico ou científico, em face da dificuldade normal de prever os possíveis efeitos adversos de tais ocorrências.

2.4 Tortura autoridades de fiscalização e aplicação das leis, profissionais de saúde e promotores

Do que já foi dito, concluí-se que toda as pessoas que de alguma forma se relacionam com atos de aprisionamento, interrogatório, detenção e reclusão de suspeitos ou condenados têm o dever legal de tratar as pessoas envolvidas com respeito pela dignidade humana e abster-se de recorrer a tortura ou maus-tratos. Quanto aos que exercem *poder de polícia, como o de prender e deter*, as mesmas restrições são

³⁷ Ibid., págs. 16–17, parágrafos 33 e 35.

³⁸ *Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas*, pág. 140, parágrafo 7.

explicitadas pelo Código de Conduta de Autoridades Responsáveis pela Fiscalização e Aplicação das Leis, que no artigo 5 prevê o seguinte:

“Nenhuma autoridade responsável pela fiscalização e aplicação das leis promoverá ou tolerará qualquer ato de tortura ou outras formas de tratamento ou punição cruéis, desumanas ou degradantes, nem invocará ordens superiores ou circunstâncias excepcionais, tais como estado de guerra ou ameaça de guerra, riscos para a segurança nacional, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificativa para a tortura ou outras formas de tratamento ou punição cruéis, desumanas ou degradantes”.

No que concerne aos *profissionais de saúde*, o Princípio 2 dos Princípios de Ética Médica aplicáveis às Funções dos Profissionais de saúde, em especial aos médicos, na Proteção de Prisioneiros e Detentos contra Tortura e outras Formas de Tratamento ou Punição Cruéis, Desumanas ou Degradantes estipula que:

“Constitui infração grave à ética médica, assim como transgressão dos instrumentos internacionais aplicáveis, o envolvimento ativo ou passivo de profissionais de saúde em atos que caracterizem participação, cumplicidade, incitamento ou tentativa de cometer tortura ou outras formas de tratamento ou punição cruéis, desumanas ou degradantes”.

Ao contrário, é dever desses grupos de profissionais proteger a saúde física e mental dos detentos ou reclusos e dispensar-lhes tratamento “da mesma qualidade ou padrão do que for garantido às pessoas que não estejam detidas ou reclusas” (Princípio 1).

Conforme observado pelo Comitê de Recursos Humanos, é importante que os representantes dos Estados no Acordo divulguem informações sobre a proibição da tortura à população em geral e, conforme já enfatizado pelo Comitê, sobretudo às autoridades de fiscalização e aplicação das leis, profissionais de saúde, policiais e quaisquer outras pessoas que participem da custódia ou que cuidem de indivíduos sujeitos a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão, ou seja, agentes que *devem receber instruções e treinamento adequados*.³⁹

Como já indicado acima, e explicado nos Capítulos 4 e 7, não se podem obter confissões por qualquer meio ilegal, como tortura ou outras formas de maus-tratos ou de infrações aos direitos humanos. A Diretriz 16 das Diretrizes sobre as Funções de Promotores determina que os *promotores* “se recusarão a usar tais provas contra qualquer

³⁹ *Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas*, pág. 140, parágrafo 10; grifamos.

pessoa, a não ser aquelas que recorreram a esses métodos, prestando as devidas informações aos tribunais e tomarão todas as providências necessárias para garantir que os responsáveis por tais práticas sejam levados à justiça” (veja o artigo 15 da Convenção contra a Tortura, que contém preceito semelhante).

Os Estados têm o dever legal, por força da legislação internacional, de adotar medidas legislativas, administrativas e judiciais eficazes, além de quaisquer outras medidas, para prevenir atos de tortura e outras formas de maus-tratos.

Os Estados também têm o dever legal de investigar com presteza e eficácia eventuais denúncias de tortura e de outras formas de maus-tratos e de adotar medidas eficazes em favor das supostas vítimas desses maus-tratos.

Garantir imunidade aos praticantes de tortura e de outras formas de maus-tratos é incompatível com o dever legal dos estados de prevenir, investigar e corrigir as violações aos direitos humanos.

Todas as pessoas têm o direito de não serem submetidas a tortura ou a tratamentos ou punições cruéis, desumanas ou degradantes, e tal direito deve ser garantido o tempo todo, e não pode ser suspenso mesmo em situações de emergência pública que ameacem a própria sobrevivência do país.

Em geral, pode-se afirmar que a tortura é forma especialmente grave de mau-trato, não importa que seu propósito seja obter confissões ou informações ou ainda punir ou intimidar o indivíduo. É cometida por autoridade pública ou é praticada sob a instigação ou com a aquiescência de autoridade pública ou de outra pessoa que esteja agindo nessa condição.

Considera-se que abusos sexuais na forma de estupro, cometidos por autoridades públicas, constituem forma de tortura.

O direito a não sofrer maus-tratos abrange a proibição de aplicar punições físicas e, no mínimo, de realizar experimentos médicos e científicos com seres humanos, sem o livre consentimento dos participantes.

Todas as pessoas privadas de liberdade também devem ser tratadas com o respeito pela dignidade inerente aos seres humanos.

As autoridades de fiscalização e aplicação das leis e os

profissionais de saúde estão estritamente proibidos de jamais recorrer a tortura e a outras formas de maus-tratos. As confissões obtidas por tais meios devem ser desconsideradas pelos promotores e juízes.

Para serem capazes de contribuir no sentido de garantir o total exercício do direito à liberdade contra a tortura e outras formas de tratamento desumano, juízes, promotores e advogados devem ser autorizados a realizar seu trabalho de forma eficiente e independente.

3. REQUERIMENTOS LEGAIS PARA LOCAIS DE DETENÇÃO E REGISTRO DE DETENTOS E PRISIONEIRO

3.1 Reconhecimento oficial de todos os locais de detenção

Para proteger a segurança pessoal de pessoas privadas de sua liberdade, tais pessoas devem ser mantidas exclusivamente em locais oficialmente reconhecidos como locais de detenção. A obrigação dos Estados em cumprir com essa obrigação legal é reconhecida tanto pelos órgãos de monitoramento internacional quanto por instrumentos legais. Nesse sentido, nos Comentários Gerais, número 20, artigo 7 da Garantia Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Comitê de Direitos Humanos afirmou que:

“Para garantir a proteção efetiva de pessoas detidas, procedimentos devem ser feitos para que detentos sejam mantidos em locais reconhecidos oficialmente como locais de detenção e seus nomes e locais de detenção, bem como os nomes das pessoas responsáveis por sua detenção, devem ser mantidos em registros disponíveis e acessíveis para os interessados, inclusive familiares e amigos.”⁴⁰

O Artigo 10 da Declaração de Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimento Forçado e o Princípio 6 dos Princípios de Prevenção Efetiva e

⁴⁰ Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas, p. 140, par. 11

Investigação Extra-Legal, Arbitrária e Execuções Sumárias contêm requerimentos similares com relação à manutenção de pessoas detidas em locais oficialmente reconhecidos como locais de detenção. Princípio 12(1)(b) do Corpo de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sujeitas a qualquer Forma de Detenção ou Aprisionamento estabelece que deve estar registrada a “informação precisa acerca do local de custódia”.

* * * * *

No nível regional, o Artigo XI da Convenção Inter-Americana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas estipula, inter alia, que “toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em um local oficialmente reconhecido como local de detenção...”. A Corte Inter-Americana de Direitos Humanos tem enfrentado numerosos casos envolvendo o desaparecimento de pessoas, desaparecimentos esses que provavelmente ocorreram em virtude de falhas por parte do Estado responsável em cumprir com garantias básicas contra detenções arbitrárias, incluindo a obrigação de manutenção de pessoas privadas de sua liberdade em locais oficialmente reconhecidos como locais de detenção. Conforme ressaltado pela Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, o “desaparecimento forçado de seres humanos é uma múltipla e contínua violação de muitos direitos previstos na Convenção [Inter-Americana] de [Direitos Humanos] que os Estados Partes são obrigados a respeitar e garantir”, tais como aqueles contidos nos artigos 7, 5 e 4 em conjunto com o artigo 1(1)⁴¹

* * * * *

A Corte Européia de Direitos Humanos tem ressaltado que “a detenção desconhecida de um indivíduo é uma total negação” das garantias contra a detenção arbitrária contida no artigo 5 da Convenção Européia de Direitos Humanos e que “revela uma violação ainda mais grave do Artigo 5”; considerando a responsabilidade das autoridades em contabilizar indivíduos sob seu controle, o “Artigo 5 exige que eles adotem medidas efetivas para se salvaguardar contra o risco de desaparecimento e conduzir uma imediata e efetiva investigação no sentido de uma reclamação discutível de que uma pessoa foi mantida sob custódia e não foi vista desde então”.⁴²

3.2 Registro de detentos e prisioneiros

Além da solicitação de que pessoas privadas de sua liberdade devem ser oficialmente mantidas em locais reconhecidos como locais de detenção, a Comissão de Direitos Humanos afirmou que as disposições devem também ser feitas para “seus nomes e locais de detenção, bem como para os nomes das pessoas responsáveis pelas detenções,

⁴¹ Ver e.g I-A Corte de DH, caso *Velásquez Rodríguez*, julgamento em 29 de Julho de 1998, Serie C, N° 4, p. 147, par. 155 e pp. 162-163, par. 194.

⁴² Corte Européias de DH, caso *Çakici v. Turkey*, julgamento em 08 de julho de 1999, Relatórios 1999-IV, p. 615, par. 104, grifo incluído.

para serem mantidas em registros prontamente disponíveis e acessíveis para os interessados, incluindo familiares e amigos”.⁴³

Essa obrigação também está prevista na Regra 7(1) das Regras de Padrão Mínimo para o Tratamento de Prisioneiros, de acordo com as quais:

“(1) Em todo lugar onde pessoas estejam aprisionadas deve ser mantido um livro de registro com páginas numeradas nas quais devem ser incluídas, com relação a cada prisioneiro recebido:

- (a) informações relacionadas à sua identidade;
- (b) as razões de seu crime e a autoridade responsável;
- (c) o dia e a hora de sua admissão e liberação.”

Princípio 12(1) do Corpo de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sujeitas a qualquer Forma de Detenção ou Aprisionamento estabelece que “deve estar devidamente registrada:

- (a) as razões do aprisionamento;
- (b) a hora do aprisionamento e da condução da pessoa aprisionada para o local de custódia, bem como de sua primeira aparição perante uma autoridade judicial ou outra autoridade qualquer;
- (c) A identidade dos oficiais relacionados (law enforcement officials concerned);
- (d) A precisa informação relacionada ao local da custódia.”

Além disso, de acordo com o Princípio 12(2) do Corpo de Princípios, “tais registros devem ser comunicados ao detento, ou seu advogado, se for o caso, na forma prevista pela lei.”

O Artigo 10 da Declaração de Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados vai ainda mais fundo a esse respeito, estabelecendo com relação a qualquer pessoa privada de sua liberdade que:

“2. Informação acurada sobre a detenção de tais pessoas e seu local ou locais de detenção, incluindo transferências, deve estar prontamente disponíveis para seus familiares, seus advogados ou para qualquer outra pessoa que tenha um interesse legítimo na informação, a não ser que vontade contrária tenha sido manifestada pelas pessoas interessadas.

3. Um registro atualizado de todas as pessoas privadas de sua liberdade deve ser mantido em cada local de detenção.

⁴³ Comentários Gerais N° 20, em *Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 140, par. 11.

Adicionalmente, cada Estado deve tomar providências para manter registros centralizados. A informação contida nesses registros deve ser colocada à disposição para as pessoas mencionadas no parágrafo anterior, para qualquer autoridade judicial ou para qualquer outra autoridade nacional competente e independente e para qualquer outra autoridade competente incumbida conforme a lei do Estado interessado ou qualquer instrumento legal internacional no qual o Estado interessado é parte, procurando traçar o paradeiro da pessoa detida.”

* * * * *

A Convenção Inter-Americana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas foi elaborada como resposta para as dez mil pessoas que desapareceram nas Américas nos anos 70 e 80. O Artigo XI estipula que:

“Os Estados Partes devem estabelecer e manter registros oficiais atualizados de seus detentos e, de acordo com sua lei doméstica, devem disponibilizá-los para parentes, juízes, advogados e qualquer outra pessoa que tenha um interesse legítimo, e outras autoridades.”

* * * * *

Com relação à Convenção Européia de Direitos Humanos, a Corte Européia especificou que:

“O registro de acurada informação com relação a data, a hora, e os locais de detenção, bem como os motivos da detenção e o nome das pessoas que a realizaram, é necessário para que a detenção de um indivíduo seja compatível com o requisitos legais para os propósitos do Artigo 5, parágrafo 1.”⁴⁴

No caso do Çakici, a falta de registros do requerente – que foi mantido em uma detenção desconhecida – mostrou uma “séria falha”, a qual foi agravada pela “conclusão geral de ausência de confiabilidade e imprecisão” dos relatórios custodiados em questão. A Corte entendeu “inaceitável a falha na manutenção de relatórios que permitam a localização de um detento a ser determinada em um momento específico”.⁴⁵ Conseqüentemente, existiu uma particularmente grave violação do Artigo 5 da Convenção Européia nesse caso.

⁴⁴ Corte Européia de DH, *Caso do Çakici v. Turkey, julgamento em 8 de julho de 1999, Relatórios 1999-IV*, par. 105 da p. 616.

⁴⁵ *Ibid*, loc. Cit.

Todas as pessoas privadas de sua liberdade devem ser mantidas exclusivamente em locais oficialmente reconhecidos como detenção. Registros devem ser mantidos em cada local de detenção com informações detalhadas e confiáveis, inter alia com o nome das pessoas detidas, as razões de sua detenção, o horário de chegada, partida e transferência, e os nomes das pessoas responsáveis por sua detenção e aprisionamento. Tais registros devem sempre estar prontamente disponíveis para todas as pessoas interessadas, tais como advogados e membros da família, para quem os registros relevantes devam também ser comunicados de ofício.

4. Condições de detenção e aprisionamento

4.1 Princípios básicos que regulam a detenção e o aprisionamento

A seguir estão os princípios essenciais relacionados com o tratamento de pessoas privadas de sua liberdade, entre outros, todos os assuntos tratados nessa seção.

Em primeiro lugar, e conforme já indicado acima, todas as pessoas privadas de sua liberdade “devem ser tratadas com humanidade e com respeito pela digna herança da pessoa humana” (artigo 10(1) da Convenção Internacional, e ver também artigo 5(2) da Convenção Americana que, entretanto, não faz referência à “humanidade”; ver ainda Princípio 1 do Corpo de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sujeitas a qualquer Forma de Detenção ou Aprisionamento e Princípio 1 dos Princípios Básicos para o Tratamento de Prisioneiros; grifo incluído).

Com relação ao Artigo 10(1) da Convenção Internacional, o Comitê de Direitos Humanos afirmou que, além da proibição ao tratamento desumano e experimentação no artigo 7, pessoas privadas de sua liberdade não podem “ser objeto de qualquer preconceito ou limitação além daqueles resultantes da privação de sua liberdade”, e que o “respeito à dignidade de tais pessoas deve ser garantido sob as mesmas condições que aplicáveis para as pessoas livres.” Isso significa que “pessoas privadas de sua liberdade possuem todos os direitos estabelecidos na Convenção, sujeitos às condições que são inevitáveis em um ambiente fechado.”⁴⁶

Além disso, o Comitê de Direitos Humanos enfatizou que “tratar todas as pessoas privadas de sua liberdade com humanidade e com respeito por sua dignidade é uma regra fundamental e aplicável de forma universal”, a qual, “como mínima, não pode

⁴⁶ Ver Comentários Gerais No. 21, *Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas*, par. 3, na p. 142.

dependem de recursos materiais disponíveis no Estado parte”, e que devem ser aplicáveis sem discriminação.⁴⁷ Quando considerando se os Estados parte têm cumprido com suas obrigações estabelecidas nos tratados nesse sentido, a Comissão irá considerar os relevantes modelos das Nações Unidas aplicáveis para o tratamento de prisioneiros, cuja referência é feita no decorrer desse capítulo.

Em segundo lugar, a proibição à discriminação encontrada nos artigos 2(1) e 26 da Garantia Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 2 da Carta Africana em Direitos Humanos e das Pessoas, artigos 1(1) e 24 da Convenção Americana em Direitos Humanos e artigo 14 da Convenção Européia de Direitos Humanos é, naturalmente, totalmente aplicável para todas as pessoas detidas ou aprisionadas. O princípio da não discriminação também é encontrado no artigo 6(1) das Regras de Padrões Mínimos para o Tratamento de Prisioneiros, Princípio 2 dos Princípios Básicos para o Tratamento de Prisioneiros, e Princípio 5(1) do Corpo de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sujeitas a Alguma Forma de Detenção ou Aprisionamento. A proibição contra a discriminação, entretanto, não exclui distinções razoáveis feitas entre diferentes detentos e/ou prisioneiros que são objetivamente justificadas por suas necessidades e status específicos.

Em terceiro lugar, pessoas acusadas “devem, salvo circunstâncias excepcionais, ser segregadas de pessoas condenadas e devem ser objeto de tratamento separado e apropriado ao seu status de pessoas não condenadas” (conforme *inter alia* artigo 10(2)(a) da Convenção Internacional e artigo 5(4) da Convenção Americana). Conforme ressaltado pelo Comitê de Direitos Humanos, “tal segregação é requerida para enfatizar seu status de pessoa não condenada que ao mesmo tempo possuem o direito de serem consideradas inocentes”.⁴⁸ Conseqüentemente, eles também tem o direito a um tratamento mais favorável que as pessoas condenadas, sendo esse tratamento diferenciado não uma forma de discriminação, mas uma forma justificada de distinção feita entre dois grupos de pessoas. Esse assunto será tratado de forma mais específica adiante, na sub-seção 4.2.1.

Em quarto lugar, para as pessoas que estão condenadas, o sistema penitenciário deve ter como seu objetivo essencial a reforma e a reabilitação/readaptação social do prisioneiro (art. 10(3) da Convenção Internacional e artigo 5(6) da Convenção Americana). De acordo com o Comitê de Direitos Humanos “nenhum sistema penitenciário deve ser unicamente retributório”, mas “deve procurar essencialmente pela reforma e reabilitação social do prisioneiro”.⁴⁹ Quando submetendo seus relatórios periódicos, os Estados partes devem providenciar “informação específica com relação às medidas adotadas para oferecer ensinamentos, educação e re-educação, auxílio vocacional e treinamento e também programas de trabalho relacionados para prisioneiros tanto dentro do estabelecimento penitenciário quanto fora”.

⁴⁷ *Ibid*, par. 4; grifo incluído

⁴⁸ *Ibid*, pp. 142-143, par. 9; grifo incluído.

⁴⁹ *Ibid*, p. 143, par. 10.

Nesse respeito, a Regra 59 quando lida em conjunto com a Regra 58 do Padrão Mínimo de Regras para o Tratamento de Prisioneiros estabelece que para possibilitar os prisioneiros “a conduzir uma obediente e auto-sustentável vida” após liberados,

“a instituição deve utilizar todos os remédios, educacionais, morais e espirituais e outras forças e formas de assistência que forem apropriados e disponíveis, e deve procurar aplicá-las de acordo com as necessidades de tratamento individual dos prisioneiros”.

Princípio 8 dos Princípios Básicos para o Tratamento de Prisioneiros também enfatiza a necessidade por um “trabalho significativamente remunerado que irá facilitar a reintegração [dos prisioneiros] no mercado de trabalho do país e permitir que eles contribuam para o sustento financeiro próprio e de seus familiares”.

De acordo com a Regra 89 do Padrão de Regras Mínimas, “um prisioneiro não condenado deve sempre ser oferecida a oportunidade de trabalhar, mas ele não deve ser obrigado a trabalhar”. Caso ele escolha trabalhar, ele deve ser remunerado por isso.” Para maiores detalhes sobre o trabalho de pessoas condenadas, ver Regras 71-76 do Padrão de Regras Mínimas.

Todas as pessoas privadas de sua liberdade têm o direito de serem tratadas com humanidade e respeito por sua dignidade. Esta é uma regra fundamental e universal que deve ser sempre garantida independentemente da disponibilidade de recursos dos Estados.

Toda pessoa detida ou aprisionada tem o direito de não ser objeto de discriminação.

Exceto em circunstâncias excepcionais, suspeitos devem ser separados de prisioneiros condenados; detentos não condenados têm o direito de serem considerados inocentes até que sua culpa seja provada e, conseqüentemente, também tem o direito de ter um tratamento mais favorável do que os prisioneiros condenados.

Os Estados têm a obrigação de oferecer aos prisioneiros ensinamento e treinamento com o objetivo de sua recuperação e reabilitação social.

4.2 Acomodações

Enquanto as convenções gerais de direitos humanos não contêm detalhes sobre os requisitos para as acomodações de detentos e prisioneiros, as Regras 9-14 das Regras de Padrão Mínimo para o Tratamento de Prisioneiros regulam, em especial, as condições dos dormitórios, de saneamento e de trabalho.

Assim, a Regra 9(1) estabelece que “onde os dormitórios são em celas ou quartos individuais, cada prisioneiro deverá ocupar por cada noite uma cela ou quarto sozinho.” Caso, por razões especiais, tal como uma superlotação temporária, torne-se necessário para a administração central da prisão fazer uma exceção a essa regra, não é desejável ter dois prisioneiros em uma cela ou quarto” (grifo incluído). Onde dormitórios são utilizados, eles devem ser ocupados somente por prisioneiros “capazes de se adaptarem uns com os outros nessas condições” (Regra 9(2)). Todas as acomodações na prisão de pessoas privadas de sua liberdade, incluindo, em particular, os dormitórios, “devem cumprir todos os requisitos de saúde, devida atenção sendo dada para as condições climáticas e, particularmente, para a qualidade do ar, espaço mínimo, iluminação, aquecimento e ventilação” (Regra 10).

Em todos os locais de convivência e trabalho nos locais de detenção, “as janelas devem ser grandes o suficiente para permitir que os prisioneiros leiam ou trabalhem com luz natural, e devem... permitir a entrada de ar fresco existindo ou não ventilação artificial” (Regra 11(a)). “Luz artificial deve ser fornecida para que os prisioneiros possam ler ou trabalhar sem prejudicar sua visão” (Regra 11(b)).

Finalmente, “as instalações sanitárias devem ser adequadas para permitir que cada prisioneiro cumpra com suas necessidades básicas quando necessário, de uma forma limpa e decente” (Regra 12; grifo incluído).

* * * * *

A Comissão Africana de Direitos Humanos e das Pessoas concluiu que o artigo 5 da Carta Africana foi violado no caso *Ouko*, no qual o reclamante alegou que nas instalações de detenção havia uma lâmpada elétrica de 250 watts que foi deixada ligada durante sua detenção de 10 meses de duração; durante esse período, também lhe foram negadas instalações sanitárias e ele foi submetido a tortura psicológica e física. Na opinião da Comissão essas condições descumpriram com o direito do reclamante de respeito à sua dignidade e liberdade contra desumanos e tratamentos degradantes conforme garantidos pelo artigo 5 da Carta.⁵⁰ Além das condições específicas de Vera e Orton Chirwa, que foram consideradas pelas sub-seção 2.3.2 acima, a Comissão Africana também examinou as condições gerais da prisão em Malawi. Concluiu que as seguintes condições “ofenderam a dignidade da pessoa e violaram” o artigo 5 da carta Africana: “o acorrentamento das mãos na cela de forma que o prisioneiro não possa se mover (às vezes

⁵⁰ ACHPR, *John D. Ouko v. Kenya*, Comunicação N° 232/99, decisão adotada durante a 28ª sessão ordinária, 23 de outubro - 06 de Novembro de 2000, par. 22-33 do texto da decisão como publicado no <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/232-99.html> .

durante a noite e o dia), o oferecimento de comida podre, o confinamento solitário ou superlotado, tais como celas para 70 pessoas ocupadas por mais de 200.”⁵¹

No caso *Greek*, a Comissão Européia de Direitos Humanos concluiu que a acomodação no campo Lakki violou o artigo 3 da Convenção Européia de Direitos Humanos por causa “das condições de superpopulação e suas conseqüências”; os dormitórios poderiam manter de 100 a 150 pessoas.⁵²

4.2.1 SEPARAÇÃO DE CATEGORIAS

Conforme mencionado acima, as leis internacionais de direitos humanos requerem, a princípio, que pessoas acusadas sejam segregadas de prisioneiros condenados e que a eles seja dado tratamento separado e apropriado ao seu status de pessoas não condenadas (conforme art. 10(2)(a) da Convenção Internacional em Direitos Cíveis e Políticos e artigo 5(4) da convenção Americana; ver também, em especial, artigo 8(b) do Padrão de Regras Mínimas).

Com relação específica às crianças/menores acusados, os artigos 10(2)(b) da Convenção Internacional e o artigo 5(5) da Convenção Americana estabelecem que eles devem ser mantidos separados dos adultos e trazidos para julgamento na maior brevidade possível. Entretanto, de acordo com o Artigo 37(c) da Convenção sobre os Direitos das Crianças, que deve ser considerada como lei especial quando comparada com os tratados gerais sobre direitos humanos, “toda criança privada de sua liberdade deve ser separada dos adultos a não ser que a separação não seja do melhor interesse da criança” (grifo incluído). O melhor interesse de uma determinada criança pode justificar o afastamento da regra básica de que ela deva ser separada dos adultos.⁵³

Regra 8 das Regras de Padrão Mínimo para o Tratamento de Prisioneiros é de um escopo mais geral e estabelece que “as diferentes categorias de prisioneiros devem ser mantidas em instituições ou parte de instituições considerando seu sexo, idade, recorde criminal, a razão legal da sua detenção e as necessidades de seu tratamento.” Isso significa, de forma específica, que “homens e mulheres devem tanto quanto possível ser detidos em instituições separadas; em uma instituição que receba homens e mulheres as instalações onde ficam as mulheres devem ficar inteiramente separadas” (Regra 8(a) das Regras de Padrão Mínimo, grifo incluído).

⁵¹ ACHPR, *Krishna Achuthan e Amnesty International (na qualidade de Aleke Banda e Orton e Vera Chirwa) v. Malawi*, Comunicações N° 64/92, 68/92 e 78/92, decisão adotada durante a 16ª sessão, outubro/novembro de 1994, par. 34 do texto da decisão como publicado no <http://www.up.ac.za/chr/>.

⁵² Comissão Européia de DH, *Requerimentos N° 3321-3323/67 e 3344/67, Dinamarca, Noruega, Suécia e Holanda v. Greece*, Relatório da Comissão adotada em 5 de Novembro de 1969, 12 Livro do Ano, p. 497, par. 21 e p. 494, par. 14.

⁵³ Nas questões sobre separação de crianças detidas dos adultos detidos, ver *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* (Nova Iorque, UNICEF, 1998), pp. 501-502 (doravante referida como UNICEF Implementation Handbook).

A separação das mulheres dos homens e das crianças dos adultos é uma das primeiras e indispensável, apesar de não suficiente, medida para garantir o direito à segurança dessas pessoas em particular. Com especial atenção às crianças, também é essencial que os locais de detenção relevantes tenha uma infra-estrutura adequada e um pessoal especialmente treinado para garantir que suas necessidades e interesses básicos sejam garantidos.⁵⁴ Outros detalhes com relação a crianças e mulheres detidas serão previstos nos Capítulos 10 e 11.

De uma forma geral, a acomodação de detentos e prisioneiros deve ser de tal forma que respeite sua dignidade, segurança e boa saúde, com condições de dormitórios, convivência, trabalho e sanitárias adequadas.

Crianças/menores que são privados de sua liberdade devem ser separados dos adultos, a não ser que a separação não seja de seu melhor interesse; eles devem ser trazidos para julgamento imediatamente.

Na medida do possível, homens e mulheres devem ser mantidos em instituições separadas.

4.3 Higiene Pessoal, Comida, Saúde E Serviços Médicos

Sem examinar em detalhes as regras e os casos relacionados com higiene pessoal, comida e serviços médicos de pessoas privadas de sua liberdade, os seguintes princípios contidos nos Padrões Mínimos de Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Prisioneiros devem ser enfatizados:

- Com relação a higiene pessoal: “prisioneiros devem ser solicitados a se manterem limpos, e, para tanto, a eles devem ser fornecidos água e artigos de banho necessários para saúde e limpeza” (Regra 15)

⁵⁴ Na detenção de crianças, ver e.g. Eric Sottas e Esther Bron, *Exactions et Enfants*, Genebra, OMCT/SOS Tortura, 1993, pp. 26-27.

- Com relação às vestimentas: “a todo prisioneiro que não é autorizado a vestir suas próprias roupas deve ser fornecido uma vestimenta adequada para o clima e para mantê-lo com boa saúde. Tais vestimentas não podem ser degradantes ou humilhantes” (Regra 17(1)). “Todas as roupas devem ser limpas e mantidas em condições adequadas” (Regra 17(2)); “sempre que um prisioneiro for removido para fora da instituição com um propósito autorizado, ele deve estar autorizado a vestir suas próprias roupas ou outra roupa discreta” (Regra 17(3)).
- Com relação ao dormitório: “a todo o prisioneiro deve ser, de acordo com o local e padrões nacionais, fornecida uma cama separada e com separada e suficiente roupa de cama, a qual deve estar limpa quando entregue, mantida em boa ordem e trocada com a frequência suficiente para manter a limpeza”. (Regra 19)
- Com relação à alimentação: “a cada prisioneiro deve ser fornecido pela administração, nas horas usuais, comida com o valor nutricional adequado para a saúde e força, de qualidade geral e bem preparada e servida”; água potável deve estar disponível aos prisioneiros sempre que lhes seja necessário”. (Regras 20(1) e (2)).
- Com relação à saúde e aos serviços médicos: deve existir “pelo menos um profissional médico qualificado que tenha algum conhecimento de psiquiatria” em cada local de detenção e serviços médicos “devem ser organizados com próxima relação com a administração geral da saúde da comunidade ou nação” (Regra 22(1)); “prisioneiros doentes que solicitam tratamento especializado devem ser transferidos para instituições especializadas ou hospitais civis”, e onde existirem hospitais na instituição relacionada, devem existir equipamentos e materiais “apropriados para o tratamento de saúde e de prisioneiros doentes e... um grupo de profissionais devidamente treinado” (Regra 22(2)); cada prisioneiro deve também ter à sua disposição “os serviços de um dentista qualificado” (Regra 22(3)).
- Em instituições para mulheres, também deve **inter alia** “existir espacial acomodação para todas as necessidades pré e pós natal e tratamento”. (Regra 23(1)).

Ainda, “o profissional médico deve ver e examinar cada prisioneiro tão logo possível após sua admissão e, após, sempre que necessário, com uma atenção especial para detectar doenças mentais ou físicas e tomar todas as providências necessárias” (Regra 24); o profissional médico deve também, “ter cuidado com a saúde mental e física dos prisioneiros e deve diariamente ver todos os prisioneiros doentes, todos que reclamam de doença, e qualquer prisioneiro para quem sua atenção seja especialmente dirigida” (Regra 25(1)); o profissional médico deve, ainda, “regularmente inspecionar e aconselhar o diretor” sobre assuntos como a qualidade da comida, da higiene e limpeza da instituição e dos prisioneiros, os sanitários, vestimentas e roupas de cama, etc. (Regra

26). Além disso, o Princípio 24 do Corpo de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Aprisionamento estabelece que “um exame médico apropriado deve ser oferecido para os detentos ou prisioneiros, e, ainda, tratamento e cuidados médicos devem ser fornecidos sempre que necessário. Esses cuidados e tratamentos devem ser fornecidos gratuitamente.”

Os órgãos internacionais de monitoramento examinaram numerosos casos envolvendo condições de detenção e alguns desses casos descritos abaixo irão ilustrar os entendimentos desses órgãos em assuntos como ausência de alimentos, higiene deficiente e alegada ausência de cuidados médicos.

* * * * *

No caso da *Freemantle*, as seguintes condições do autor da detenção resultaram em violação do artigo 10(1) da Convenção Internacional: o autor foi confinado em 2 metros quadrados de cela por 22 horas por dia, e permaneceu isolado de outros homens na maior parte do dia; ele gastou a maior parte de suas horas acordado na escuridão forçada, tinha muito pouco para mantê-lo ocupado, e não foi autorizado a trabalhar ou a estudar.⁵⁵

No caso do *Robinson*, a Comissão concluiu que as seguintes condições do autor do aprisionamento geraram violação ao artigo 10(1) da Convenção Internacional: existia uma total ausência de colchões, outras roupas de cama e móveis nas celas, uma quantidade desesperadora de sabão, pasta de dente e papel higiênico, a qualidade da água e da comida era muito pobre, não existia sanitário inteiro nas celas e havia esgoto aberto e montes de lixo, nenhum médico estava disponível e o autor foi “confinado em sua cela por 22 horas todos os dias, no escuro forçado, isolado de outros homens, sem nada para mantê-lo ocupado.”⁵⁶

Entre muitos outros casos, artigo 10(1) da Convenção Internacional foi também violado no caso da *Elahie*, onde o autor reclamou que tinha apenas “um pedaço de esponja e velhos jornais” para dormir, que recebeu “comida não apropriada para o consumo humano” e ainda “foi tratado com brutalidade pelos guardas sempre que alguma reclamação era feita”.⁵⁷

Artigo 10(1) da Convenção foi ainda mais violado no caso Michael e Brian Hill, a quem não foi dada qualquer comida durante os primeiros cinco dias de detenção policial

⁵⁵ Comunicação N° 625/1995, M. Freemantle v. Jamaica (Audiência realizada em 24 de Março de 2000), na ONU doc. GAOR, A/55/40 (vol. II), p. 19, par. 7.3.

⁵⁶ Comunicação N° 731/1996, M. Robinsos v. Jamaica (Audiência realizada em 29 de Março de 2000), na ONU doc. GAOR, A/55/40 (vol. II), p. 128, par. 10.1-10.2.

⁵⁷ Comunicação N° 533/1993, H. Elahie v. Trinidad and Tobago (Audiência realizada em 28 de Julho de 1997), na ONU doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), pp. 37, par. 8.3.

na Espanha,⁵⁸ enquanto o artigo 7 foi violado no caso Tshisekedi wa Mulumba, que foi sujeito a “tratamento desumano” depois de ter sido “privado de comida e bebida por quatro dias após sua prisão” e “subseqüentemente mantido preso sob condições sanitárias inaceitáveis”.⁸⁷ O Art. 10(1) também restou violado no caso Kalenga, onde o autor reclamou, em particular, de lhe fora negada atividades recreativas, ocasionalmente privado de comida e que não recebeu assistência médica quando necessário.⁸⁸

Na ótica do Comitê, os arts. 7º e 10º(1) do Compromisso foram violados no caso Linton uma vez que “a ridicularização foi praticada pelo carcereiro da prisão e o preso foi impedido de receber tratamento médico adequado” quando o Autor precisou de tratamento nas lesões provocadas por uma tentativa de fuga frustrada; o tratamento era considerado “cruel e desumano”.⁸⁹

* * * * *

No caso contra Malawi, já abordado nas subseções 2.3.2 e 4.2, A Comissão Africana dos Direitos Humanos e da Pessoas dispõe, sobretudo, que “a impossibilidade de os presos saírem de suas celas por até 14 horas seguidas, a falta de esportes organizados, a falta de tratamento médico, condições sanitárias deficientes e a falta de acesso a visitantes, correspondências e materiais para leitura” configuram violação ao art. 5 do Carta.⁹⁰ A Comissão também decidiu que negar o acesso de um detento a médicos enquanto sua saúde está se deteriorando configura violação do art. 16 do Carta Africana, que garante a toda indivíduo “o direito de gozar do melhor estado físico e mental de saúde” (art. 16(1)).⁹¹ O art. 16 também foi violado com relação ao Ken Saro-Wiwa, cuja saúde enquanto esteve sob custódia chegou ao ponto de colocá-lo em risco de vida; não obstante as requisição de tratamento hospitalar feitas por um médico qualificado da prisão, tal tratamento fora negado.⁹²

⁵⁸ Comunicação N° 526/1993, *M. and B.Hill v. Spain* (Audiência realizada em 02 de Abril de 1997), na ONU doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), pp. 17-18, par. 13.

⁸⁷ Comunicado n° 241 e 242/1987, *F. Birindwa ci Birhashwirwa and E. Tshisekedi wa Malumba v. Zaire* (audiência realizada em 2 de novembro de 1989), no documento da ONU GAOR, A/45/40 (vol. II), p. 84, §13(b)

⁸⁸ Comunicado n° 326/1988, *H. Kalenga v. Zâmbia* (audiência realizada em 27 de julho de 1993), no documento da ONU GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 71, §6.5.

⁸⁹ Comunicado n° 255/1987, *C. Linton v. Jamaica* (audiência realizada em 22 de outubro de 1992), no documento da ONU GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 16, §8.5.

⁹⁰ ACHPR, *Krishna Achuthan and Amnesty International (em nome de Aleke Banda e Orton e Vera Chirwa) v. Malawi*, Comunicado n° 64/92, 68/92 e 78/92, decisão proferida durante a 16ª sessão, Outubro-Novembro de 1994, §34 do texto de decisões, do texto da decisão publicada no site <http://www.up.ac.za/chr/>.

⁹¹ ACHPR, *Media Rights Agenda and Others v. Nigeria*, Comunicado n° 105/93, 128/94, 130/94 e 152/96, decisão proferida em 31 de outubro de 1998, §91 do texto da decisão publicada no site http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/105-93_128-94_130-94_152-96.html.

⁹² ACHPR, *International Pen and Others (em nome de Ken Saro-wiwa Jr. and Civil Liberties Organisation) v. Nigéria*, Comunicado n° 137/94, 139/94, 154/96 e 161/97, decisão proferida em 31 de outubro de 1998, §112 do texto da decisão publicada no site http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/137-94_139-94_154-96_161-97.html

O direito da vítima ao respeito e dignidade e sua proteção contra tratamento desumano e degradante, de acordo com o art. 5, foi violado, uma vez que a pessoa, além de ter suas pernas e mãos acorrentadas ao chão dia e noite, teve seus pedidos de banho negados durante os 147 dias em que ficou detida.; ela também só recebia comida duas vezes ao dia e ficou mantida em confinamento solitário antes de ser julgada e em cela destinada à criminosos.⁹³

* * * * *

No caso de de Varga-Hirsch, a Comissão Européia de Direitos Humanos decidiu que “não pode ser afastado o conceito que a detenção de pessoa doente pode gerar determinadas obrigações”, conforme art. 3º da Convenção Européia. Neste caso particular, o requerente, que teve a prisão preventiva prolongada, sofria de diabetes e arritmia cardíaca; “[seu] estado de saúde já era precário quando de sua detenção...e ficou pior”.⁹⁴ A Comissão apontou, entretanto, que, as autoridades “atenderam a todos os pedidos do requerente no sentido de ouvir a opinião de médicos especialistas” e quando “os diagnósticos estavam imprecisos, as autoridades não se eximiram de nomear novos especialistas”; em todos os casos, 10 diagnósticos foram elaborados e “nenhuma opinião dos especialistas concluiu definitivamente que o estado de saúde do requerente era incompatível com sua detenção”.⁹⁵ Quando os especialistas recomendaram que o requerente deveria ser transferido para um hospital, isso também foi atendido. Posteriormente, a Comissão ressaltou que o Governo percebeu que “o requerente contribuiu para a piora de seu estado de saúde quando se recusou, durante um certo período, a ser transferido para uma prisão-hospital, além de não seguir sua dieta para diabetes e recusando o tratamento com insulina”.⁹⁶ Dadas “as circunstâncias especiais do caso”, o tratamento médico recebido pelo requeente durante sua detenção não violou o art. 3º da Comissão Européia de Direitos Humanos.⁹⁷

Responsabilidade do Estado por Prisioneiros em Greve de Fome O Caso de R., S., A., e C. v. Portugal

A responsabilidade do Estado pela saúde e bem-estar do preso em greve de fome foi

⁹³ ACHPR, *Media Rights Agenda (em nome de Niran Malaolu) v. Nigeria*, Comunicado nº 224/98, decisão proferida durante a 28ª seção, de 23 de outubro a 6 novembro de 2000, § 70 e 72 do texto da decisão publicada no site <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/224-98.html>

⁹⁴ *Eur. Comm. HR, Requerimento nº 9559/81, P. de Varga-Hirsch v. France*, decisão de 9 de maio de 1983 pelo deferimento do requerimento, 33 DR, p. 213, §6.

⁹⁵ *Ibid.*, loc. cit.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 213-214, § 6

⁹⁷ *Ibid.* §6 da p. 214

ventilada como uma questão num caso contra Portugal, que envolveu quatro requerentes, entre os quais o requerente R., que só fora examinado por uma equipe médica no 26º dia de sua greve de fome. A Comissão Europeia de Direitos Humanos notou que “não poderia ter passado tão longo período sem que o requerente tenha sido colocado sob supervisão médica”, mas a questão a ser analisada era “até onde as autoridades nacionais eram responsáveis por essa situação”.⁹⁸ A Comissão entendeu ser importante ressaltar que, a partir do momento em que eles decidiram começar a greve de fome, “os requerentes sempre se recusaram a receber tratamento médico”, e dois dos requerentes – inclusive o requerente R. – até mesmo se recusaram a serem examinados por uma equipe médica composta por três médicos do Hospital da Universidade de Lisboa, mesmo um deles aparecendo numa lista onde eles apontavam os médicos de sua escolha.⁹⁹ O impasse foi resolvido no vigésimo sexto dia da greve de fome do requente R., “quando as autoridades carcerárias permitiram que os requentes fossem visitados por uma equipe formada por um médico nomeado pelo Conselho Médico, um médico da prisão e médico da escolha dos requerentes”. A equipe solicitou que os requerentes fossem “hospitalizados com urgência”, o que foi feito poucos dias depois.¹⁰⁰ As motivações da Comissão no caso merecem ser transcritas por inteiro:

“18. Como a Comissão já enfatizou, a Convenção determina que as autoridades carcerárias, com a devida observância aos princípios regulares e razoáveis para aprisionamento, devem exercer sua autoridade de custodiante para salvaguardar a saúde e bem estar de todos os prisioneiros, inclusive aqueles engajados em protestos, até onde as circunstâncias permitirem. *...Em situações de sério impasse, as autoridades públicas não podem se colocar numa posição inflexível, visando mais a punição dos detentos em prol da disciplina da prisão do que buscando meios viáveis para resolver o impasse...* .

19. No caso concreto, uma vez que, lamentavelmente, os requerentes não receberam cuidados médicos durante um longo período de suas greves de fome, as autoridades se colocaram em uma posição através da qual ficaram responsáveis por essa situação. No que concerne à recusa dos requerentes em serem examinados por determinados médicos, cuja competência estava livre de qualquer questionamento, o Governo agiu de uma maneira pela qual os requerentes não podiam reclamar. A Comissão está impossibilitada de concluir sobre as circunstâncias específicas deste caso, onde as autoridades portuguesas se mostraram inflexíveis e permitiram que a situação dos requerentes piorasse, na medida em que eles foram vítimas de tratamento desumano ou tortura, violando o art. 3º da convenção.”¹⁰¹

⁹⁸ Eur. Comm. HR, *Requerimentos nº 9911/82 e 9945/82 (apensados), R., S., A. e C. v. Portugal*, 36 DR, p. 207, §16.

⁹⁹ Ibid., p. 207-208, § 16.

¹⁰⁰ Ibid., p. 208, §17.

¹⁰¹ Ibid., § 18-19; grifado.

A razoabilidade no caso português baseou-se no caso McFeeley, que surgiu no dramático contexto da Irlanda do Norte. Os requerentes nesse caso queriam ser reconhecidos como presos políticos e, sendo assim, se recusaram a usar roupas da prisão e trabalhar dentro da prisão. Como represália, eles receberam diversos castigos, incluindo períodos em celas solitárias. Neste caso particular a Comissão declarou que

“deveria manifestar sua preocupação com a postura inflexível das autoridades nacionais, que estava visando mais a punição dos detentos em prol da disciplina da prisão do que buscando meios viáveis para resolver o impasse. Ademais, a Comissão compartilha da opinião que, por questões humanitárias, esforços deviam ter sido realizados pelas autoridades para garantir que os requerentes valersse de certas facilidades, como, por exemplo, fazer exercícios regulares ao ar livre com alguma roupa (diferente da roupa da prisão) e fazer melhor uso das comodidades da prisão em condições similares. Ao mesmo tempo, entendimentos deveriam ser mantidos para possibilidades que os requerentes recebessem a visita de médicos especialistas de fora da prisão, mesmo sem que eles estivessem dispostos a usarem as roupas da prisão.”¹⁰²

Apesar do mencionado acima e, “levando em consideração a magnitude do problema institucional causado pelo protesto e pela supervisão e precaução sanitária” as autoridades decidiram arcar com isso, e sua falha não leva a Comissão a concluir, *prima facie*, que o art. 3 da Convenção Européia para Direitos Humanos foi violada neste caso.¹⁰³

Mais sobre a Necessidade de Exame Médico em Pessoas Mantidas sob Custódia Policial

Para prevenir a ocorrência de tortura e outras formas de maus-tratos de pessoas privadas de

¹⁰² *Eur. Comm. HR, Requerimento nº 8317/78, T. McFeeley and Others v. the United Kingdom, decisão de 15 de maio de 1980, pelo deferimento, 20 DR, p. 86, §64.*

¹⁰³ *Ibid.* p. 86-87, §65.

liberdade, o Comitê contra Tortura enfatizou “a necessidade de deixar que suspeitos...sejam examinados por um médico independente imediatamente após sua prisão, ou após cada sessão de interrogatório e antes de ser levado a um juiz ou ser solto”.¹⁰⁴

Em seus diversos relatórios para determinados Governos da Europa sobre visitas a locais de detenção, o Comitê Europeu para Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante recomendou:

- Que uma pessoa mantida sob custódia policial tem o direito de ser examinada por um médico de sua escolha;
- que todos os exames médicos em pessoas mantidas sob custódia policial seja efetuado sem que os policiais possam ouvir e preferencialmente fora também de seu alcance visual (a não ser que preocupações do médico requeiram o contrário); e que
- os resultados de todos os exames médicos, assim como declarações relevantes do detento e as conclusões do médico sejam formalmente gravadas pelo médico e posta à disposição do detento e seu advogado.¹⁰⁵

Toda pessoa privada de sua liberdade tem o direito e o dever de se manter limpa e o direito de se manter abrigada e boa saúde. Para essa finalidade, essa pessoa deve receber artigos necessários para higiene, roupas, cama, comida adequada e serviço médico e odontológico.

Toda pessoa privada de sua liberdade tem o direito de gozar de uma cela de tamanho adequado e de desfrutar de luz solar.

Quando estiver lidando com detentos ou prisioneiros em protesto ou em greve de fome, as autoridades devem ter o cuidado para não adotarem uma postura inflexível e punitiva, devendo explorar

¹⁰⁴ Proferido na Suíça, no doc. ONU GAOR, A/53/44, p. 12, §96.

¹⁰⁵ Ver documento do Conselho da Europa: (1) CPT/Inf. (92) 4 Relatório para o Governo Sueco na visita à sua Suécia feita pelo Comitê Europeu para Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante (CPT) do dia 5 ao dia 14 de maio de 1991, p.52; (2) CPT/Inf. (93) 13, Relatório para o Governo da República Federativa da Alemanha, durante a visita à Alemanha feita pelo Comitê Europeu para Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante (CPT) do dia 8 ao dia 20 de dezembro de 1991, p. 70; (3) CPT/Inf. (93) 8, Relatório para o Governo Finlandês feito pelo Comitê Europeu para Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante (CPT) do dias 10 ao dia 20 de maio de 1992, p. 56.

as vias do diálogo, a serem conduzidas com senso de humanidade.

Uma pessoa sob custódia policial deve Ter permissão para ser examinada por um fisiologista de sua escolha. Exames médicos dever ser realizados em privacidade a não ser que o médico requeira o contrário e o resultado do exame deve ser gravado pelo médico e posto à disposição do detento e seu advogado.

4.4 Religião

O Regulamento 6(1) do Padrão de Regras Mínimas no Tratamento de Prisioneiros, 2º Princípio dos Princípios Básicos para o Tratamento de Prisioneiros e o 5º(1) Princípio do Corpo de Princípios para a Proteção de Todos as Pessoas Sob Qualquer Forma de Detenção ou Aprisionamento proíbe a discriminação em virtude da religião. O 3º Princípio dos Princípios Básicos acrescenta, ainda, que “é desejável o respeito pelas crenças religiosas e os preceitos culturais do grupo ao qual o preso pertença, sempre que as condições do lugar permitam”.

Regulamento 41 e 42 do Padrão de Regras Mínimas contém ainda as seguintes regulamentações nesse sentido: em primeiro lugar, “se a instituição contém um determinado e suficiente números de presos que crêem na mesma religião, um representante qualificado dessa religião deve ser nomeado ou aprovado. Se o número de prisioneiros justifique e as condições permitam, o acordo deve ser realizado de forma que ocorra em horário integral” (Rule 41(1)). Um representante qualificado nomeado ou aprovado “deve ter permissão para prestar serviços regulares e a oferecer atendimento pastoral em particular para os prisioneiros de sua religião em horários apropriados” (Rule 41(2)). Ademais, “acesso a um representante qualificado de qualquer religião não deve ser negado a nenhum prisioneiro”, mas “se qualquer prisioneiro se recusar a receber a visita de qualquer representante religioso, essa atitude de ser integralmente respeitada” (Rule 41(3)). Por fim, “enquanto for possível, a cada prisioneiro deve ser permitido satisfazer suas necessidades religiosas ao prestar serviços na instituição e ter consigo os livros de sua religião com instruções quanto a sua denominação” (Rule 42).

Toda pessoa privada de sua liberdade tem o direito de não ser discriminada em virtude de suas crenças religiosas. Até onde possível for, as convicções religiosas e preceitos culturais de detentos e prisioneiros devem ser respeitados, incluindo a consecução de serviços regulares e a visita de uma organização pastoral.

4.5 Atividades Recreativas

De acordo com o Regulamento 21(1) do Padrão de Regras Mínimas, “todo prisioneiro que não esteja empregado em trabalhos externos deve ter pelo menos uma hora diária de exercício adequado em local aberto, caso as condições climáticas permitam”. No caso de “prisioneiros jovens e outros de idade e físico adequados”, eles “devem receber treinamento físico e recreativo durante o período de exercício” e “instalações e os equipamentos devem ser fornecidos” (Rule 21(2)).

Princípio 6 dos Princípios Básicos também dispõe que “todos os prisioneiros devem ter o direito de participar de atividades culturais e educacionais visando o completo desenvolvimento da personalidade humana.”

Por fim, de acordo com o Princípio 28 do Corpo de Princípios, “um detento ou prisioneiro deve ter o direito de receber, dentro dos limites de recursos disponíveis, se de fontes públicas, quantidades razoáveis de informação educacional e cultural, conforme condições razoáveis de segurança e boa ordem no local de detenção ou aprisionamento.”

* * * * *

Com relação às prisões policiais em Zurique, Suíça, o Comitê Europeu para Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante recomendou que medida urgentes sejam tomadas para garantir que as pessoas detidas sejam autorizadas a praticarem exercícios ao ar livre pelo menos uma hora por dia, em condições que permitam que eles aproveitem isso ao máximo e sejam garantidos seus direitos com relação à vida privada.¹⁰⁶ Essa recomendação foi realizada em resposta à

¹⁰⁶ Conselho da Europa doc. CPT/Inf (93) 3, Relatório para o Conselho Federal Suíço na visita à Suíça feita pelo Comitê Europeu para Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante (CPT) nos dias 21 a 29 de julho de 1991, p. 75 no texto francês.

recusa dos detentos em se exercitarem do lado de fora por terem receio de serem vistos algemados em publico e acompanhados por um policial.¹⁰⁷

Toda pessoa privada de sua liberdade tem o direito de se exercitar ao ar livre por, no mínimo, uma hora por dia em condições que respeitem seus direitos à privacidade. Determinadas categorias de detentos e prisioneiros podem necessitar de recreação específica.

Detentos e prisioneiros devem ter acesso razoável a educação, cultura e informação material

4.6 Confinamento Solitário

O uso de confinamento solitário não é, per se, regulamentado nos tratados internacionais de direitos humanos, apesar de inúmeras reclamações relativas ao isolamento durante a detenção e aprisionamento tendo sido trazidas à atenção dos órgãos de monitoramento internacionais, que vêm tentando orientar a interpretação deste particular e sério recurso de confinamento. De início, pode-se dizer que o uso de confinamento solitário não viola, per se, as leis internacionais de direitos humanos, de acordo com os arts. 7º e 10º(1) da Convenção Internacional, mas a questão da aplicação da lei irá depender do objetivo, da duração e das condições do confinamento em cada caso particular.

O Comitê de Direitos Humanos dispôs em seus Comentários Gerais nº 20 que “o confinamento solitário prolongado do detento ou prisioneiro pode atingir os atos proibidos pelo art. 7º” da convenção.¹⁰⁸ É evidente que o Princípio 7º dos Princípios Básicos para Tratamento de Prisioneiros dispõe, ademais, que “esforços visando a abolição do confinamento solitário como castigo, ou para a aplicação de castigo, não deveria acontecer e deveria ser desencorajado” (grifamos).

O Comitê de Direitos Humanos examinou a questão do confinamento solitário no caso Vuolanne, que se originou com a reclamação de um detento que recebeu a pena de “10 dias de regime fechado, i.e., confinamento na guarita sem exercícios”. O autor

¹⁰⁷ Ibid., p. 20, §22-23.

¹⁰⁸ *Compilação de Comentários Gerais da ONU*, p. 139, §6.

reclamou em particular que “fora trancado numa cela com 2x3 metros de tamanho com uma pequena janela, mobiliada apenas com uma cama, uma pequena mesa, uma cadeira e escura luz elétrica” e, ainda, “só lhe era permitido sair da cela para comer, ir ao banheiro e para tomar ar puro por meia hora por dia”.¹⁰⁹ O Comitê, entretanto, concluiu que, tanto o art. 7º, como o 10º(1), não haviam sido violados nesse caso; em primeiro lugar, não pareceu que “o confinamento solitário ao qual o autor foi submetido, considerando seu objetivo, duração e fim pretendido, causou qualquer alteração em seu estado físico ou mental” e, em segundo lugar, “não foi constatado que o Sr. Vuolanne tenha sofrido qualquer humilhação ou que sua dignidade tenha sido afetada em virtude do confinamento como medida disciplinar como ele fora submetido”.¹¹⁰

Contudo, o ocorrido foi diferente no caso de Antonaccio, onde o Comitê concluiu que ambos os arts. 7º e 10º(1) foram violados, uma vez que o autor fora mantido em uma cela subterrânea e teve negada a atenção médica que suas condições demandavam; ele também foi torturado por 3 meses.¹¹¹ O art. 10(1) por si só foi violado no caso de Gómez de Voituret com relação à detenção do autor em confinamento solitário durante aproximadamente 7 meses “em uma cela praticamente sem luz natural”; o art. 10(1) foi violado neste caso porque, na ótica do Comitê, o autor “foi mantido em confinamento solitário por vários meses em condições que não respeitaram a dignidade da pessoa humana”.¹¹²

O confinamento solitário violou ambos os arts. 7ª e 10º(1) no caso de Espinoza de Polay, particularmente porquê o autor “ficou isolado por 23 horas por dia numa pequena cela” e pelo fato de não ter tido mais de 10 minutos de sol por dia.¹¹³

* * * * *

Com relação à Noruega e a Suécia, o Comitê contra a Tortura recomendou que o uso de confinamento solitário fosse abolido, particularmente durante o período de prisão preventiva, e em outros casos excepcionais, com quando a segurança e o bem-estar da pessoa esteja em perigo. Também foi recomendado que o uso dessa medida excepcional seja “estrita e especialmente regulamentada por lei” e sujeita a controle judicial.¹¹⁴

* * * * *

¹⁰⁹ Comunicado nº 265/1987, *A. Vuolanne v. Finlândia* (audiência realizada em 7 de abril de 1989), ONU doc. GAOR, A/44/40, p. 249, §2.2 e p. 250, §2.6

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 256, §9.2.

¹¹¹ Comunicado nº R.14/63, *R. S. Antonaccio v. Uruguai* (audiência realizada em 28 de outubro de 1981), no doc ONU GAOR, A/37/40, p. 120, §20 lido em conjunto com a p. 119, §16.2.

¹¹² Comunicado nº 109/1981, *T. Gómez de Voituret v. Uruguai* (audiência realizada em 10 de abril de 1984) doc. ONU GAOR, A39/40, p. 168, §12.2-13

¹¹³ *Comunicado nº 577/1994, R. Spinoza de Polay v. Peru* (audiência realizada em 6 de novembro de 1997) no doc. ONU GAOR, A/53/40 (vol. II), p. 42, § 8.7.

¹¹⁴ *ONU doc. GAOR, A/53/44*, p. 17, §56 (Noruega) e *GAOR, A/52/44*, p. 34, §225 (Suécia)

Quando examinado se o confinamento solitário poderia violar o art. 3º da Convenção Europeia para Direitos Humanos, a Comissão Europeia de Direitos Humanos examinou a fundo a legalidade de tal convenção sob a ótica de sua duração, do objetivo pretendido e o efeito que tal medida pode ter na pessoa submetida a esse tratamento. Essa abordagem foi aplicada no caso de R. v. Dinamarca, onde o requerente passou não menos que 17 meses em confinamento solitário durante sua detenção preventiva. A Comissão apontou que, neste caso, “quando uma medida de confinamento solitário é considerada como hipótese, é preciso fazer uma análise sobre o quanto essa medida irá para contribuir nas investigações e o efeito que esta medida causará na pessoa detida”. Mesmo aceitando que “o requerente foi mantido isolado por um período de tempo indesejável”, a Comissão concluiu que “levando-se em consideração as particularidades circunstância em que o ocorreu o confinamento em questão, o ocorrido não foi grave ao ponto de ser aplicado o art. 3º ” da Convenção.¹¹⁵ A esse respeito, a Comissão notou que “o requerente foi mantido em uma cela de aproximadamente seis metros quadrados”; que “foi permitido que ele ouvisse rádio e visse televisão”; que, durante período relevante “lhe fora permitido fazer exercícios ao ar livre durante uma hora por dia”; que ele podia pegar livros emprestados na biblioteca da prisão; que ele mantinha contato diário com os funcionários da prisão, diversas vezes ao dia e as vezes até mesmo com outras pessoas ligadas à investigação policial e audiências do tribunal; que ele esteve sob observação médica; e, finalmente, que, apesar de ele ter tido restrições quanto a visita externas durante esse período “lhe fora permitido receber visitas controladas de seus familiares”.¹¹⁶

* * * * *

A Comissão Europeia para Prevenção da Tortura, que realiza recomendações muito precisas em suas investigações específicas, recomendou, com relação a um local de detenção da Suíça, por exemplo, quando o recurso utilizado é o da isolamento involuntário, deve ser claramente definido seu uso e só deve ser utilizado em circunstâncias excepcionais; ademais, o isolamento deve ser “pelo período mais curto possível” e revisto a cada três meses, com um relatório médico-social.¹¹⁷ Naquela ocasião, o Comitê Europeu recomendou, também, que cada prisioneiro que tenha seu isolamento prolongado deve ser informado por escrito das razões de tal medida, a não ser que seja imperativo, por medidas de segurança, que isso não seja feito. Se necessário for, ao prisioneiro também deve ser permitido ser assistido por um conselheiro e ser permitido que suas audiências sejam enviadas às autoridades competentes no caso de prolongamento do isolamento.¹¹⁸

¹¹⁵ *Eur. Comm. HR, R. v. Dinamarca, Requerimento nº 10263/83, R. v. Dinamarca, decisão de 11 de março de 1985 pelo deferimento*, 41 DR, p. 154.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 153-154

¹¹⁷ Conselho da Europa doc. CPT/Inf (93) 3, *Relatório para o Conselho Federal Suíço na visita à Suíça feita pelo Comitê Europeu para Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante (CPT) nos dias 21 a 29 de julho de 1991*, p. 77.

¹¹⁸ *Ibid.*, loc. cit.

4.6.1 Detenção “Incomunicada”

A detenção “incomunicada” é uma particular e severa forma de confinamento solitário, na qual a pessoa privada de sua liberdade fica sem acesso a qualquer coisa do mundo exterior, resultando em aumento do risco de essa pessoa ter seus direitos humanos violados. Inúmeras pessoas foram torturadas, desaparecidas, e até mesmo mortas em razão do extenso uso da detenção “incomunicada”. O Repertório Especial das Nações Unidas sobre tortura apontou que a tortura “é mais frequentemente praticada durante a detenção “incomunicada”” e, por isso, propôs que tal forma de detenção “deve ser considerada ilegal e que as pessoas mantidas “incomunicada”...devam ser soltas sem atraso”.¹¹⁹ Como será visto abaixo, a tendência dos demais órgãos internacionais de monitoramento também é de desencorajar o uso dessa forma de detenção.

Em seus Comentários Gerais Nº 20, o Comitê de Direitos Humanos enfatizou que “provisões também devem ser feitas com relação a detenção “incomunicada””, acrescentando que “os Estados deve garantir que todos os locais de detenção não disponham de qualquer equipamento que possa ser utilizado para tortura ou maus tratos”.¹²⁰ Após ter considerado o quarto relatório periódico do Chile, o Comitê recomendou que “o Estado deve rever suas leis sobre essa questão com vistas a elimina, em conjunto, todas as formas de detenção “incomunicada””.¹²¹ Em convergência com suas considerações sobre o primeiro relatório da Suíça, o Comitê lamentou que “em vários pequenos distritos suíços, detentos podem ficar mantidos “incomunicado” por períodos que variam de 8 a 30 dias ou até mesmo, em alguns casos, por períodos indeterminados”, e recomendou que “as discussões que visam harmonizar a legislação dos procedimentos criminais nesses pequenos distritos sejam intensificadas, com observância aos princípios da Convenção, particularmente com relação às garantias fundamentais durante a custódia policial ou detenção “incomunicada”.¹²²

No caso *El-Megreisi*, o irmão do autor foi mantido incomunicável na Líbia por mais de três anos quando finalmente foi autorizada a visita de sua esposa em abril de 1992; no dia 23 de março de 1994, quando o Comitê voltou suas atenções para o caso, o Sr. El-Megreisi ainda estava detido. Este fato levou o Comitê a concluir que “por ter sido mantido incomunicável e submetido a detenção prolongada em local incerto, [ele foi] a vítima de tortura e crueldade e tratamento desumano em contrariedade aos artigos 7º e 10(1) da Convenção⁵⁹. O artigo 7º também foi infringido no caso *Mukong*, onde o autor “foi mantido incomunicável, foi ameaçado com tortura e morte e intimidado, sem alimento, mantido trancado na cela por vários dias com o intuito de evitar descanso”. Referindo-se ao Comentário Geral, acima mencionado, o Comitê também notou que “o isolamento total de uma pessoa detida ou aprisionada poderá acumular atos proibidos

¹¹⁹ ONU doc. E/CN.4/1995/34, *Relatório do Repertório Especial sobre Tortura*, §926(d)

¹²⁰ *Compilação dos Comentários Gerais da ONU*, p.140, §11.

¹²¹ ONU doc. GAOR, A/54/40 (vol I), p. 46, § 209.

¹²² ONU doc. GAOR, A/52/40 (vol. I), p. 20, §98 e p. 22, §109.

⁵⁹ Comunicação nº 440/1990, *Y. El-Megreisi vs. Líbia* (pontos adotados em 23 de março de 1994), *in* NU doc. GAOR, A/49/40 (vol. II), pág. 130, parágrafo 5.4; grifou-se.

pelo artigo 7º”, e conclui que o Sr. Mukong foi submetido a “tratamento cruel, desumano e humilhante” neste caso contrariamente ao artigo 60. Em vários outros casos o Comitê considerou que a detenção em regime de incomunicabilidade por semanas ou meses era contrária ao artigo 10(1) da Convenção, incluindo um caso onde tal detenção perdurou por 15 dias⁶¹. Contudo, esses casos são anteriores aos casos El-Megreisi e Mukong, sendo possível, portanto, concluir que o Comitê está adotando o tratamento legal adequado para a prática da detenção em regime de incomunicabilidade.

Finalmente, os artigos 7º e 10(1) foram infringidos no caso Espinosa de Polay, onde o autor foi mantido incomunicável de 22 de julho de 1992 até 26 de abril de 1993 e depois novamente por mais um ano após sua condenação⁶².

* * * * *

O Comitê contra a Tortura recomendou que o Peru abolisse o período de detenção em regime de incomunicabilidade antes de julgamento⁶³.

* * * * *

No caso Suárez Rosero, a Corte Inter-Americana de Direitos Humanos concluiu que

“51. detenção em regime de *incomunicabilidade* é uma medida excepcional cujo propósito é evitar qualquer interferência no processo de investigação dos fatos. Tal isolamento deve ser limitado a período de tempo expressamente estabelecido por lei. Mesmo nesse caso, o Estado é obrigado a garantir ao detento as mínimas e inderrogáveis garantias estabelecidas na Convenção e, especificamente, o direito de questionar a legalidade da detenção e da garantia de acesso à ampla defesa durante o cárcere.”⁶⁴

⁶⁰ Comunicação nº 458/1991, *A.W.Mukong vs. Camarões* (pontos adotados adaptada em 21 de julho de 1994), in NU doc. GAOR, A/49/40 (vol. II), pág. 180, parágrafo 9.4; grifou-se.

⁶¹ Comunicação nº 147/1983, *L. Arzuaga Gilboa vs. Uruguai* (pontos adotados em 1º de novembro de 1985), in NU doc. GAOR, A/41/40, pág. 133, parágrafo 14 (15 dias); e e.g. Comunicação nº 139/1983, *H. Conteris vs. Uruguai* (pontos adotados em 17 de julho de 1985), in NU doc. GAOR, A/40/40, pág. 202, parágrafo 10 (mais de três meses).

⁶² Comunicação nº 577/1994, *R. Espinosa de Polay vs. Peru* (pontos adotados em 6 de novembro de 1997), in NU doc. GAOR, A/53/40 (vol. II), págs. 41/43, parágrafos 8.4, 8.6 e 9. As condições da detenção e aprisionamento do autor também violavam os artigos 7 e 10(1) por vários outros motivos: apresentação do autor para a imprensa durante sua transferência dos locais de detenção; condições de confinamento solitário.

⁶³ NU doc. GAOR, A/55/44 (vol. II), pág. 15, parágrafo 61(b).

⁶⁴ Corte I-A, *caso Suárez Rosero vs Equador*, julgado em 12 de novembro de 1997, in OAS doc. OAS/Ser.L/V/III.39, doc. 5, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1997*, pág. 296, parágrafo 51.

O Sr. Suárez Rosero foi mantido incomunicável por 36 dias, muito embora a lei equatoriana estabeleça que tal detenção não pode exceder 24 horas; conseqüentemente, neste caso foi infringido o artigo 7(2) da Convenção Americana de Direitos Humanos⁶⁵. Corte Inter-Americana de Direitos Humanos posteriormente explicou que

“90. Uma das razões pelas quais a detenção em regime de incomunicabilidade é considerada instrumento excepcional é a gravidade das conseqüências produzidas para a pessoa detida. De fato, o isolamento do mundo exterior produz sofrimento moral e psicológico a qualquer pessoa, colocando-a em uma particular posição de vulnerabilidade, e aumenta o risco de agressões e atos arbitrários praticados nas prisões.”⁶⁶

A Corte Inter-Americana concluiu que, pelas razões abaixo, a detenção em regime de *incomunicabilidade* constituiu **tratamento cruel, desumano e humilhante**, infringindo o artigo 5(2) da Convenção Americana, argumento que não foi contestado pelo Equador:

“91. O simples fato de que a vítima foi privada de comunicação com o mundo exterior por 36 dias, em particular com a sua família, autoriza a Corte a concluir que o Sr. Suárez Rosero foi submetido a tratamento cruel, desumano e humilhante, até porque restou comprovado que sua detenção em regime de incomunicabilidade foi arbitrária e contrária às leis internas do Ecuador. A vítima revelou à Corte seu sofrimento por seu insucesso na procura de aconselhamentos legais ou sua comunicação com a família. Declarou também que, durante o isolamento, foi mantido em uma cela úmida e subterrânea, medindo aproximadamente 15 metros quadrados, juntamente com outros 16 prisioneiros, sem condições básicas de higiene, e sendo obrigado a dormir em cima de folhas de jornal; ele também descreveu as agressões e ameaças que sofreu durante a detenção. Por tais razões, o tratamento ao qual o Sr. Suárez Rosero foi submetido pode ser classificado como cruel, desumano e humilhante.”⁶⁷

No caso *Velásquez Rodríguez*, a respeito do desaparecimento involuntário do Sr. Velásquez, a Corte Inter-Americana sustentou que

“156. ... o isolamento prolongado e privação de comunicação são, por si só, tratamentos cruéis e desumanos, podendo causar danos à integridade moral e psicológica da pessoa e violação do direito de

⁶⁵ Ibid., parágrafos 48 e 52.

⁶⁶ Ibid., pág. 301, parágrafo 90.

⁶⁷ Ibid., pág. 301/302, parágrafo 91.

qualquer detento de dignidade da pessoa humana. Esse tratamento, portanto, infringe o artigo 5 da Convenção, que garante o direito à integridade da pessoa humana... ”⁶⁸

* * * * *

A ligação entre a falta de intervenção judicial adequada, isolamento e tortura foi melhor percebida no caso *Aksoy*, onde, conforme visto na subseção 2.3.2 acima, o requerente foi torturado, infringindo o artigo 3 da Convenção Européia de Direitos Humanos. Neste caso, o requerente foi mantido sob regime de incomunicabilidade por pelo menos quatorze dias sem intervenção judicial, e após foi apresentado ao promotor público com hematomas em seus braços. Embora a Corte tenha reconhecido que a investigação de terrorismo “sem dúvida traz problemas especiais às autoridades”, ela rejeitou a necessidade de deter um suspeito por quatorze dias sem intervenção judicial; esse período foi “excepcionalmente longo, e deixou o requerente propenso não apenas à interferência arbitrária ao seu direito à liberdade mas também à tortura.”⁶⁹ O exame da legalidade da privação da liberdade, através de uma correta intervenção judicial, torna-se um instrumento a garantir o respeito à integridade física e mental do detento.

*Conquanto não seja de fato ilegal, o confinamento solitário deveria ser limitado a circunstâncias excepcionais, em particular durante a prisão preventiva. A legalidade do confinamento solitário depende da verificação de seu **propósito, duração e condições**. O confinamento solitário deve somente ser usado quando a segurança do bem-estar da sociedade ou da propriedade estiverem correndo perigo e deve somente ser aplicado sob regular supervisão judicial. O confinamento solitário não deve ser usado como um meio de punição. A detenção sob regime de incomunicabilidade consiste, particularmente, em uma séria forma de confinamento solitário e deveria ser declarada ilegal. Isolamento prolongado constitui ‘per se’ um meio de tortura e tratamento cruel e desumano. É ilegal evitar a manutenção da incomunicabilidade da pessoa questionando a legalidade de sua detenção ou através da preparação efetiva de sua defesa. Uma intervenção judicial adequada para examinar a legalidade da privação à liberdade é um instrumento a assegurar o respeito pela integridade física e mental da pessoa do detento.*

⁶⁸ Corte I-A, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, julgado em 29 de julho de 1998, Séries C, nº 4, pág. 148, parágrafo 187.

⁶⁹ Corte Euro., *Aksoy vs. Turquia*, julgado em 18 de dezembro de 1996, *Reports 1996-VI*, pág. 2282, parágrafo 78.

5. Contatos com o Mundo Externo

Uma premissa fundamental em se tratando do direito dos detentos ou prisioneiros de manterem contato com o mundo fora dos limites físicos das instituições em que são confinados e que, como pessoas livres, tais pessoas privadas de liberdade gozem de todos os direitos humanos garantidos pela lei internacional, observados, é claro, as restrições inevitáveis do confinamento.⁷⁰ Isso significa, *inter alia*, que nenhum detento ou prisioneiro “pode ... ser arbitrária ou ilegalmente sofrer interferência em sua privacidade, família, lar ou correspondência” (art. 17 da Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos).

5.1 Contatos com membros da família e amigos: visitas e correspondências

A Regra 37 das Regras Padrões Mínimas determina que “aos prisioneiros em geral deve ser permitida, sob necessária supervisão, a comunicação regular com seus familiares e a amigos de boa reputação, seja por correspondência, seja por visitas”. Aos prisioneiros de outras nacionalidades “devem ser permitidas facilidades de comunicação com o representante diplomático e consular do Estado a que pertencem”, ou “com o representante diplomático do Estado que defende seus interesses ou qualquer autoridade nacional ou internacional que tenha por objeto a proteção de tais pessoas” (Regra 38(1) e (2)). Adicionalmente, de acordo com a Regra 92:

“92. A qualquer prisioneiro ainda não julgado deve ser permitido o contato para que informe imediatamente a seus parentes a sua detenção, devendo ser dada todas as facilidades para a comunicação com seus parentes e amigos, e para o recebimento de visitas pelos mesmos, restringindo-se e supervisionando-se apenas em conformidade com os interesses da administração da justiça e para se assegurar a boa ordem da instituição.”

O Princípio 15 do Corpo de Princípios determina que “a comunicação do detento e do prisioneiro com o mundo externo, e em particular com sua família ou advogado, não

⁷⁰ Cf. estabelecido em particular colocação feita pelo Comitê de Direitos Humanos em seu Comentário Geral nº 21, artigo 10, *in United Nations Compilation of General Comments*, parágrafo 3, pág. 142.

pode ser negada por mais de poucos dias”. Além disso, o Princípio 16(1) do Corpo de Princípios determina que:

“1. Imediatamente após a prisão e após a transferência de um lugar de detenção ou confinamento para outro, ao detento ou prisioneiro deve ser dado o direito de informar, ou requerer à autoridade competente para que informe, aos familiares ou outras pessoas adequadas da condição de sua prisão, detenção ou confinamento ou de sua transferência e do lugar em que é mantido sob custódia.”

De acordo com o Princípio 16(4), tal informação “deve ser realizada ou permitida *sem atraso*” (grifou-se), embora “a autoridade competente possa ... atrasar a informação por um período razoável em caso de necessidade excepcional para as investigações.” O Relatório da *United Nations Special Rapporteur* em tortura entendeu, a esse respeito, que “em quaisquer circunstâncias, um parente do detento deve ser informado da prisão e do lugar da detenção dentro de 18 horas”⁷¹, período de tempo que sem dúvidas parece ser indevidamente longo, dado que muitos casos de tortura severa e desaparecimento involuntário ocorrem durante as primeiras horas após a prisão.

Finalmente, de acordo com o Princípio 19 do Corpo de Princípios:

“O detento ou prisioneiro deve ter o direito à visitas e à troca de correspondências, em particular, com familiares, devendo ser dada oportunidade de comunicação com o mundo exterior, sujeito a condições razoáveis e restritas conforme determinado pela legislação.”

A recusa por parte das autoridades de permitir ao detento ou prisioneiro de escrever para familiares e receber visitas dos mesmos, viola tanto o artigo 7 quanto o artigo 10(1) da Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos. Por exemplo, no caso *Espinoza de Polay* acima referido, o autor foi não apenas impedido de receber visitas de seus familiares, como também de lhes enviar correspondência. Esses fatos constituem *tratamento desumano* contrário ao artigo 7 da Convenção e também infringe o artigo 10(1).⁷² Entretanto, não está claro exatamente em que circunstâncias e com que frequência, de acordo com o ponto de vista do Comitê, ao prisioneiro deve ser permitido receber visitas ou fazer comunicações com seus familiares.

No caso *Estrella*, os artigos 17 c/c 10(1) foram violados em razão da maneira pela qual foram censuradas e restringidas as correspondências do autor a prisão

⁷¹ NU doc. E/CN.4/1995/34, *Report of the Special Rapporteur on torture*, parágrafo 926(d).

⁷² Comunicação nº 577/1994, *R. Espinoza de Polay vs. Peru* (pontos adotados em 6 de novembro de 1997), in NU doc. GAOR, A/53/40 (vol. II), pág. 42, parágrafo 8.6.

Libertad no Uruguai.⁷³ O Sr. Estrella alegou que os oficiais da prisão sentenciavam arbitrariamente e se recusavam a enviar as cartas; durante toda a detenção de dois anos e quatro meses ele recebeu 35 cartas e durante um período de sete meses não recebeu nenhuma.⁷⁴ Relativamente à censura das correspondências do Sr. Estrella, o Comitê entendeu

“... que é normal que as autoridades carcerárias exerçam controle e censura sobre as correspondências dos prisioneiros. Contudo, o artigo 17 da Convenção determina que ‘ninguém poderá ser submetido a interferências arbitrárias ou ilegais de correspondência’. Assim sendo, qualquer tipo de controle ou censura deve ser objeto de garantias legais contra determinações arbitrárias... . Adicionalmente, o grau de restrição deve ser adequado com os padrões de tratamento humano de detentos determinado pelo artigo 10(1) da Convenção. Neste particular, os prisioneiros devem ser autorizados sob supervisão necessária a se comunicarem regularmente com seus familiares e amigos de boa reputação, através de correspondências e por visitas. O Comitê entende, basicamente, que as correspondências de Miguel Angel Estrella foram censuradas e restringidas na prisão *Libertad* de tal forma que o Estado não conseguiu justificar a compatibilidade com o artigo 17 combinado com o artigo 10(1) da Convenção.”⁷⁵

* * * * *

Os argumentos mais detalhados relativos a correspondências de prisioneiros foram realizados pela Corte Europeia de Direitos Humanos, e os argumentos contrários foram examinados de acordo com os artigos 6(1) e 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, esses artigos respectivamente garantem, dentre outros, o direito de acesso à justiça e o direito ao sigilo de correspondência. O artigo 6(1) será melhor examinado na seção 5.2 abaixo.

Enquanto o artigo 8(1) da Convenção Europeia determina que “todos têm direito à privacidade da vida e da família, do seu lar e da sua correspondência”, o parágrafo 2 determina as seguintes restrições ao exercício desse direito:

“2. Nenhuma autoridade pública deverá intervir no exercício desse direito, exceto se permitido por lei e se necessário em uma sociedade democrática de acordo com interesse de segurança nacional, segurança pública ou bem-estar econômico para o país,

⁷³ Comunicação nº 74/1980, *M. A. Estrella vs. Uruguai* (pontos adotados em 29 de março de 1983), in NU doc. GAOR, A/38/40, pág. 159, parágrafo 10.

⁷⁴ Ibid. pág. 154, parágrafo 1.13.

⁷⁵ Ibid. págs. 158/159, parágrafo 9.2.

para a prevenção da desordem ou crime, para a proteção da saúde e da moral, ou para a proteção dos direitos e liberdade dos demais.”

A falta de entrega da correspondência de um detento ou de um prisioneiro ou a sua entrega com atraso, somente deve ser executada “de acordo com a lei” de acordo com um ou mais dos legítimos objetivos enumerados na lei e se “necessária em uma sociedade democrática” com tais objetivos. Todavia, grande parte dos problemas surgidos perante os órgãos internacionais tem se relacionado à interferência nas correspondências trocadas com advogados e não com familiares, sendo este particular aspecto que será enfatizado abaixo.

5.1.1 Os direitos dos detentos e dos prisioneiros às visitas

O direito a visitas dos que são privados de liberdade advém da Convenção Americana de Direitos Humanos em um caso contra a Argentina. A reclamação dizia respeito à situação de uma mulher e sua filha de treze anos, onde tinham que se submeter a uma inspeção vaginal antes de cada visita com contato próximo com o homem que era seu marido e pai, respectivamente. As reclamantes alegaram perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que tais inspeções constituíam uma interferência ilegítima no direito daquelas pessoas à família, bem como no seu direito à privacidade, honra e dignidade e, também, no seu direito à integridade física, contrariando os artigos 17, 11 e 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos.⁷⁶

Ao examinar essas alegações, a Comissão entendeu, *primeiramente*, que “uma medida tão extrema quanto a busca ou a inspeção vaginal de visitantes, que envolve uma ameaça de violação de uma série de direitos garantidos pela Convenção, precisa ser determinada por lei que especifique claramente as circunstâncias em que tal medida pode ser imposta e estabeleça as condições a serem observadas por aqueles que adotem semelhante procedimento, de modo que todas as pessoas a ele submetidas estejam asseguradas ao máximo contra a arbitrariedade e o abuso de sua aplicação.”⁷⁷ *Em segundo lugar*, a Comissão não questionou a necessidade de buscas gerais antes do ingresso em prisões; sob o seu ponto de vista, contudo, “buscas ou inspeções vaginais são, entretanto, um tipo de busca excepcional e bastante intrusivo”; embora “a medida em questão possa ser adotada excepcionalmente para garantir a segurança em certos casos específicos, não se pode sustentar que seu emprego sistemático a todos os visitantes seja uma medida necessária à segurança pública.”⁷⁸

⁷⁶ I -A Comm. HR, Relatório N° 38/96, Caso 10.506 v. Argentina, 15 de outubro de 1996, *in* OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev, Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 1996, págs. 58-59, parágrafo 48.

⁷⁷ *Ibid.* págs. 63/64, parágrafo 64.

⁷⁸ *Ibid.* pág. 64, parágrafo 68.

A Comissão explicou então, *em terceiro lugar*, que, para ser legal em um determinado caso, a busca ou inspeção vaginal teria de atender às quatro condições seguintes:

- “deve ser absolutamente necessária à obtenção da segurança objetiva no caso em questão”;
- “não pode haver uma opção alternativa”;
- “deve ser determinada por ordem judicial”; e, finalmente,
- “deve ser desempenhada por profissional de saúde adequado”.⁷⁹

Aplicando esses princípios ao caso em exame, a Comissão considerou que:

- a medida pode “ter sido justificável logo após a descoberta de que o Sr. X se encontrava na posse de explosivos”, mas não se poderia dizer o mesmo “das numerosas vezes em que a medida foi aplicada anteriores a essa ocasião”;⁸⁰
- havia “outras opções mais razoáveis ... disponíveis às autoridades a fim de assegurar a segurança na prisão”;⁸¹
- conforme a Convenção Americana, o Estado tinha o dever legal “de requerer uma ordem judicial para executar a busca”, o que não foi feito;⁸²
- os direitos das reclamantes foram lesionados pelo fato de a medida não ter sido acompanhada das “devidas garantias”. A Comissão insistiu em “que qualquer tipo de exame corporal ... deve ser desempenhada por um médico, com a mais rigorosa observância dos aspectos de segurança e higiene, dado o potencial de danos físicos e morais aos indivíduos.”⁸³

A Comissão concluiu que, “quando ... realizaram inspeções vaginais de forma sistemática nas Sras. X e Y, as autoridades prisionais violaram o direito destas à integridade física e moral, em desrespeito ao Artigo 5º da Convenção.”⁸⁴ Tais buscas também feriram “os direitos das reclamantes à honra e à dignidade, protegidas pelo Artigo 11 da Convenção.”⁸⁵ A exigência de que as reclamantes se submetessem a tais inspeções cada vez que elas desejassem uma visita com contato próximo com o Sr. X também interferia indevidamente em seus direitos de família, conforme assegurado pelo Artigo 17 da Convenção.⁸⁶ Por fim, no que se referia à filha, as buscas atingiam os direitos da criança protegidos pelo Artigo 19 da Convenção.⁸⁷ Ao organizar visitas

⁷⁹ Ibid. págs. 65, parágrafo 72.

⁸⁰ Ibid. págs. 65/66, parágrafo 73.

⁸¹ Ibid. pág. 67, parágrafo 80.

⁸² Ibid. pág. 68, parágrafo 83.

⁸³ Ibid. parágrafos 84/85.

⁸⁴ Ibid. pág. 69, parágrafo 89.

⁸⁵ Ibid. pág. 70, parágrafo 94.

⁸⁶ Ibid. pág. 72, parágrafo 100.

⁸⁷ Ibid. pág. 73, parágrafo 105.

familiares em lugares de detenção, as autoridades devem, em outras palavras, cuidar para que os direitos e liberdades dos visitantes sejam respeitados.

5.2 Contatos com advogados: visitas e correspondências

Os contatos entre o advogado e seus clientes são privilegiados e confidenciais; esta regra básica continua aplicável depois que os clientes são privados de sua liberdade. A Regra 93 das Regras Padrões Mínimas determina a esse respeito que:

“93. Para os fins de sua defesa, um prisioneiro ainda não julgado deve poder solicitar assistência legal gratuita nos locais em que tal auxílio esteja disponível, além de receber visitas de seu advogado, com vistas à sua defesa, e de preparar e entregar a ele instruções confidenciais. Para tais propósitos, o prisioneiro deverá receber material para escrita, se assim o desejar. Entrevistas entre o prisioneiro e seu advogado poderão ser vistas, mas não ouvidas, pelo agente da polícia ou da instituição.”

Esse mesmo ponto é abordado pelo Princípio 18 do Corpo de Princípios, que determina o seguinte:

- “1. Uma pessoa detida ou aprisionada deve ter o direito de comunicar-se e consultar-se com seu advogado.
2. Uma pessoa detida ou aprisionada deve ter as facilidades e o tempo adequados para consultar-se com seu advogado.
3. O direito de uma pessoa detida ou aprisionada de ser visitada por seu advogado e de com ele consultar-se ou comunicar-se, sem demora ou censura e com plena confidencialidade, não pode ser suspenso ou restrito, salvo em circunstâncias excepcionais a serem especificadas em lei ou em regulações legais, quando isso seja considerado indispensável pela autoridade judicial ou por qualquer outra, de modo a manter a segurança e a boa ordem.
4. Entrevistas entre uma pessoa detida ou aprisionada e seu advogado podem ser vistas, mas não ouvidas.
5. As comunicações entre uma pessoa detida ou aprisionada e seu advogado mencionadas no presente princípio são inadmissíveis para fins probatórios contra a pessoa detida ou aprisionada, a menos que sejam conexas com um crime continuado.”

Além da importância de buscar conselho legal a fim de preparar uma defesa criminal, o Comitê de Direitos Humanos também enfatizou, em conexão com o risco de maus-tratos de pessoas privadas de sua liberdade, que “a proteção de um detido ... requer que lhe seja conferido acesso pronto e regular a médicos e advogados e, sob a adequada supervisão, quando as investigações assim o exigirem, a membros da família.”⁸⁸ Os casos acima referidos analisados de acordo com detenção *incomunicado* demonstra a necessidade imperativa da efetividade desta regra em todos os tempos.

Para exemplos de casos relativos ao direito de um suspeito ao acesso a um advogado para defender-se, leia acima o Capítulo 5, seção 7, o Capítulo 6, subseção 6.4, e o Capítulo 7, subseção 3.5.

* * * *

O caso de *Tomlin* analisado pela Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos se referia à suposta interferência na carta de um prisioneiro a seu advogado. O autor sustentou que uma carta escrita por ele a seu advogado em 22 de abril de 1991, relativa a sua petição de licença especial para apelar ao Comitê Judicial do Conselho Privado, não foi postada pelas autoridades prisionais até o dia 10 de julho de 2001; o Governo negou o fato, afirmando que não havia “evidência alguma de que qualquer arbitrariedade ou interferência ilegal fora cometida contra a correspondência do autor.”⁸⁹ O Comitê de Direitos Humanos aceitou que o material do qual estava diante “não revelava que as autoridades estatais, em particular a administração da prisão, haviam retido a carta do autor por um período superior a dois meses.” O Comitê não poderia, portanto, que tivesse ocorrido uma interferência “arbitrária” no direito do autor à privacidade, segundo o artigo 17(1) da Convenção.⁹⁰ Acrescentou considerar, no entanto, que o longo atraso “poderia levantar uma questão com respeito ao artigo 14, parágrafo 3 (b) da Convenção, assim como poderia constituir uma violação ao direito do autor de comunicar-se livremente com seu advogado. Todavia, como não havia afetado de forma negativa o direito do autor de preparar adequadamente sua defesa”, tal atraso não poderia ser considerado como uma violação ao artigo 14 (3)(b).⁹¹

Perguntas a respeito do caso Tomlin:

- É de alguma importância que um atraso no envio de uma carta de um cliente-prisioneiro para seu advogado não tenha *de fato* acarretado nenhuma consequência adversa na sua defesa legal?
- Por que a Comissão de Direitos Humanos continuou examinando o caso sob o artigo 14 da Convenção (Covenant) apesar de não haver qualquer prova de

⁸⁸ Comentário Geral N° 20, *Compilação de Comentários gerais das Nações Unidas*, pág. 40, parágrafo 11.

⁸⁹ Comunicação n° 589/1994, *C. Tomlin v. Jamaica* (pontos adotados em 16 de julho de 1996), *in* NU doc. GAOR, A/51/40 (vol. II), pág. 193, parágrafos 3.7 e 4.5.

⁹⁰ *Ibid.* pág. 195, parágrafo 8.3.

⁹¹ *Ibid.* loc. cit..

que as autoridades teriam ocultado a carta e arbitrariamente interferido no direito à privacidade do autor, sob o artigo 17(1)?

- Compare o raciocínio da Comissão com o da Corte Europeia de Direitos Humanos, abaixo. Quais são as diferenças? Essas diferenças se justificam legalmente?
- Na sua opinião, a Comissão deveria ratificar sua decisão no caso *Tomlin* em comunicações futuras?

A questão da correspondência de prisioneiros foi levada em consideração em numerosas ocasiões pela Corte Europeia de Direitos Humanos, cujas opiniões oferecem importantes esclarecimentos com relação ao direito de um detento ou prisioneiro de se comunicar com seu advogado, seja para fins de defesa ou para reclamar sobre condições e tratamentos na prisão. Ainda que a Corte Europeia tenha em princípio aceitado que pode ser necessário interferir na correspondência de um prisioneiro para “a prevenção da desordem ou do crime”, sob o artigo 8(2) da Convenção Europeia Sobre Direitos Humanos, tais medidas devem ser proporcionais ao objetivo legítimo que se deseja numa sociedade democrática, e nesta questão é preciso levar em consideração a margem de apreciação do governo.⁹² Sobre o controle da correspondência, a Corte declarou:

“45. Também reconhece-se a necessidade de alguma medida de controle sobre a correspondência dos prisioneiros, o que não é incompatível com a Convenção desde que se considerem os requisitos comuns e razoáveis do aprisionamento Contudo, ao se analisar o grau permissível desse controle geral, não se deve relevar o fato de que a oportunidade de escrever e receber cartas é às vezes a única ligação entre o prisioneiro e mundo exterior.

46. É claramente do interesse geral que qualquer pessoa que deseje consultar um advogado esteja livre para fazê-lo sob condições que favoreçam a discussão plena e desinibida. É por esta razão que o relacionamento advogado-cliente é, em princípio, privilegiada. De fato, no julgamento de *S. V. Suíça* de 28 de novembro de 1991, a Corte destacou a importância do direito do prisioneiro de se comunicar com o advogado sem o monitoramento das autoridades carcerárias. Considerou-se, no contexto do Artigo 6, que se um advogado não pudesse conversar com seu cliente sem esse monitoramento e receber dele instruções confidenciais, sua assistência perderia muito da sua utilidade, enquanto o objetivo da Convenção é garantir que os direitos sejam práticos e efetivos

⁹² Corte Europeia DH, *Caso Campbell v. Reino Unido*, julgamento de 25 de março de 1992, Série A, No. 233, p. 18, par. 44.

47. Na opinião da Corte, aplicam-se considerações semelhantes à correspondência de um prisioneiro com um advogado com respeito a procedimentos contemplados ou pendentes em que seja igualmente prioritária a necessidade de confidencialidade, particularmente se tal correspondência estiver relacionada ... a queixas e reclamações contra autoridades carcerárias. O fato de que essa correspondência fique sujeita a controles de rotina, particularmente pelos indivíduos ou autoridades que podem ter interesse direto no seu conteúdo é contrário aos princípios de confidencialidade e privilégio profissional da relação entre um advogado e seu cliente.

48. Reconhece-se ... que a fronteira entre a correspondência referente ao litígio em questão e a de natureza genérica é particularmente difícil de delimitar, e a correspondência com um advogado pode incluir assuntos que tenham pouca ou nenhuma relação com o litígio. Entretanto, a Corte não vê razão para fazer distinção entre diferentes categorias de correspondências com advogados, as quais, independentemente de seu propósito, se referem a assuntos de caráter privado e confidencial. Em princípio, tais cartas são privilegiadas sob o Artigo 8.

Isto significa que as autoridades carcerárias podem abrir uma carta de um advogado a um prisioneiro quando tenham motivos razoáveis para acreditar que contenha objetos ilícitos que os meios de detecção normais não tenham podido detectar. No entanto, a carta deve apenas ser aberta, mas não ser lida. Devem ser tomadas as garantias apropriadas para impedir a leitura da cartas, como a sua abertura na presença do prisioneiro. Por outro lado, a leitura de correspondência do prisioneiro para o advogado e vice-versa só deve ser permitida em circunstâncias excepcionais, quando as autoridades tenham causas razoáveis para acreditar que eles estejam abusando de seu privilégio e que o conteúdo da carta represente perigos à segurança da prisão ou à de outras pessoas, ou que seja de natureza criminosa. Aquilo que pode ser entendido como “causas razoáveis” dependerá de diversas circunstâncias, mas pressupõe a existência de fatos ou informações que assegurem a observadores idôneos que o privilégio do canal de comunicação não foi violado ...”⁹³

No caso de *Campbell*, a Corte Européia também afirmou, com relação ao **controle automático de correspondência**, que “o direito do respeito à correspondência é de especial importância no contexto carcerário, em que a visita do advogado em pessoa ao

⁹³ Ibid., pp. 18-19, par. 45-48.

seu cliente pode ser mais difícil devido ... à localização remota da prisão” e que “o objetivo da comunicação confidencial com o advogado não poderia ser alcançado se esse meio de comunicação estivesse sujeito ao controle automático”.⁹⁴ Finalmente, “a mera possibilidade de abuso” por parte dos advogados que não observem as regras da sua profissão “é superada pela necessidade de respeito à confidencialidade da relação advogado-cliente”.⁹⁵ Considerando que não havia “grande necessidade social” para a abertura e leitura da correspondência do Sr. Campbell com seu advogado, isso constituiu uma violação do Artigo 8 da Convenção Européia.⁹⁶

No caso *Golder*, o requerente queixou-se da recusa do secretário de lhe conceder a permissão para entrar com uma ação civil por difamação contra um agente carcerário. A Corte concluiu que “não cabia ao próprio secretário avaliar as chances da ação contemplada” pelo Sr. Golder, mas que “uma corte independente e imparcial deveria decidir sobre qualquer queixa apresentada. Ao recusar-se a conceder a permissão que lhe foi solicitada, o secretário desrespeitou, na pessoa de Golder, o direito de procurar a justiça garantido pelo Artigo 6 § 1”⁹⁷ Na opinião da Corte Européia, a recusa em permitir que o Sr. Golder se correspondesse com seu advogado com o fim de procurar aconselhamento jurídico com relação à ação por difamação também violou o Artigo 8 da Convenção Européia, considerando-se que não foi uma interferência contra seu direito de respeito à correspondência justificável como sendo necessária numa sociedade democrática com qualquer um dos propósitos enumerados.⁹⁸

O caso *Silver e Outros* levantou diversas situações de interferência com a correspondência dos prisioneiros, e o Artigo 8 da Convenção Européia foi **violado *inter alia*** quando deu-se a interrupção da correspondência com os seguintes embasamentos principais e subsidiários: (1) restrição da comunicação relacionada a quaisquer assuntos legais ou outros, incluindo uma carta ao Conselho Nacional de Liberdades Cívicas; (2) proibição de queixas feitas visando expor e criticar as autoridades; e (3) proibição da inclusão em cartas a advogados e membros do Parlamento de queixas que ainda não tivessem sido tratadas internamente.⁹⁹ A interrupção dessa correspondência não foi considerada necessária em uma sociedade democrática para os vários propósitos indicados pelo governo do Reino Unido.

O Artigo 8 da Convenção Européia também foi violado no caso *McCallum* com respeito, por exemplo, às cartas do requerente ao seu advogado e membro do Parlamento, que foram interrompidas por conterem queixas sobre o tratamento na prisão que deveriam

⁹⁴ Ibid., p. 20, par. 50.

⁹⁵ Ibid., p. 52, par. 21.

⁹⁶ Ibid., p. 21, par. 53-54.

⁹⁷ Corte Européia DH, *Caso Golder v. Reino Unido*, julgamento de 21 de fevereiro de 1975, série A, no. 18, par. 40, p. 20.

⁹⁸ Ibid., pp. 21-22, par. 45.

⁹⁹ Corte Européia DH, *Caso Silver e Outros v. Reino Unido*, julgamento de 25 de março de 1983, série A, no. 61, p. 38, par. 99.

ter sido dirigidas primeiro às autoridades carcerárias competentes (regra da prioridade do tratamento interno). O fato de que o Comitê Visitante da prisão impôs ao requerente uma medida disciplinar que incluía **a proibição absoluta de qualquer correspondência por 28 dias** também violou o Artigo 8 da Convenção.¹⁰⁰

Finalmente, devemos ressaltar que, ainda que a Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos não garanta o respeito à vida privada, à vida familiar e à correspondência, esse direito está previsto no Artigo 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

As pessoas privadas de sua liberdade têm o direito de usufruir dos mesmos direitos humanos que as pessoas em liberdade, sujeitas somente às restrições que são consequência inevitável de seu confinamento.

Primeiro, os detentos e prisioneiros têm o direito de entrar em contato com seus familiares ou amigos sem demora no ato da prisão ou detenção. Além disso, durante sua privação de liberdade, eles têm o direito de manter contato com familiares e amigos através de visitas e de correspondência a intervalos regulares. Qualquer interferência com este direito não pode ser arbitrária (Convenção Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos), devendo basear-se na lei, ser imposta com propósitos legítimos e ser necessária numa sociedade democrática para tais fins (Convenção Européia Sobre Direitos Humanos).

Segundo, as pessoas privadas de sua liberdade têm o direito de receber visitas regulares de seus advogados, podendo consultá-los e comunicar-se com eles por meio de correspondência, a qual deve ser transmitida sem demora e preservando a total confidencialidade da relação advogado-cliente. Durante as visitas de seus advogados, os detentos e prisioneiros devem poder conversar com eles sendo observados mas não ouvidos pelas autoridades carcerárias.

Para ajudar a assegurar seu direito à segurança pessoal, todas as pessoas privadas de liberdade têm o direito à comunicação desimpedida com o propósito de fazer queixas referentes, em particular, a condições de detenção que elas considerem

¹⁰⁰ Corte Européia DH, Caso McCollum v. Reino Unido, julgamento de 30 de agosto de 1990, série A, no. 183, p. 15, par. 31.

insatisfatórias, tortura e outras formas de maus tratos.

Na organização de visitas familiares, as autoridades carcerárias devem assegurar que os direitos e liberdades dos visitantes sejam respeitados.

6. Inspeção de Locais de Detenção e Procedimentos de Queixas

6.1 Inspeção de locais de detenção

Como ressaltado pelo Relator Especial de Direitos Humanos das Nações Unidas sobre a questão da tortura, “a inspeção regular de locais de detenção, especialmente quando feita como parte de um sistema de visitas periódicas, constitui uma das medidas preventivas mais eficazes contra a tortura. Inspeções de todos os locais de detenção, incluindo cadeias, centros de custódia, instalações dos serviços de segurança, áreas de detenção administrativa e prisões, devem ser conduzidas por equipes de peritos independentes”, cujos membros “devem ter a oportunidade de falar em particular com os detentos” e devem também relatar publicamente suas conclusões¹⁰¹. Diante da importância da inspeção regular de instituições penais, a Comissão de Direitos Humanos mostrou preocupação “com a falta de um sistema independente de supervisão de: (a) abusos de direitos humanos por autoridades policiais; (b) condições nas instituições

¹⁰¹ Doc. ONU E/CN.4/1995/34. Relatório do Comissário Especial sobre Tortura, par. 926(c).

penais, incluindo as instituições para menores; e (c) queixas de violência ou outros abusos por membros do Serviço Prisional”.¹⁰²

A Comissão contra a Tortura também recomendou que “órgãos governamentais independentes compostos por pessoas dotadas de altos padrões morais devem ser indicados para assumir a inspeção de centros de detenção e locais de aprisionamento.”¹⁰³

Da mesma forma, o Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e de Tratamento ou Punição Inumana ou Degradante recomendou que as autoridades suecas “explorassem a possibilidade de criar um sistema sob o qual cada estabelecimento prisional fosse visitado regularmente por um órgão independente, o qual possua poderes para inspecionar a prisão e ouvir queixas dos internos sobre o tratamento a eles dispensado no estabelecimento”.¹⁰⁴

6.2. Procedimentos para Queixas (veja também seção 2.2 acima, “Responsabilidade legal dos Estados”)

No Comentário Geral n° 20, a Comissão de Direitos Humanos enfatizou que “o direito de protocolar queixas contra maus-tratos proibido pelo artigo 7° precisa ser reconhecido pela lei doméstica”, e que “as queixas precisam ser imediatamente e imparcialmente investigadas por autoridades competentes de maneira a tornar as medidas tomadas efetivas”.¹⁰⁵ Esta é apenas uma conseqüência lógica da dupla obrigação dos Estados membros assumidas por força do artigo 2(1) e (3) da Convenção, “respeitar e assegurar” os direitos nela reconhecidos e prover às possíveis vítimas de violações “medidas efetivas”. A Comissão de Direitos Humanos enfatizou que “a necessidade de tornar disponíveis a quaisquer pessoas cujos direitos tenham sido violados medidas efetivas é particularmente urgente em face das obrigações contidas nos artigos 7, 9 e 10 da Convenção”.¹⁰⁶ Em outra ocasião, recomendou que os Estados membros “criem um órgão independente com competência para receber e investigar toas as queixas de uso excessivo da força e outros abusos de poder pela polícia e outras forças de segurança”.¹⁰⁷

¹⁰² Vide para o Japão, doc. ONU GAOR, A/54/40 (vol. I), p. 67, par. 350. Vide também para o México, na medida em que não havia um órgão independente para investigar o número substancial de queixas sobre atos de tortura e outras formas de maus-tratos, *ibid.*, p. 62, par. 318.

¹⁰³ Vide com relação à Namíbia doc. ONU GAOR, A/52/44, p. 37, par. 244.

¹⁰⁴ Conselho Europeu,, doc. CPT/Inf(92) 4, Relatório ao Governo Sueco sobre a Visita à Suécia pelo Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e de Tratamento ou Punição Inumana ou Degradante (CPT) de 5 a 14 de maio de 1991, p. 57, par. 5(a).

¹⁰⁵ Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas, p. 141, par. 14.

¹⁰⁶ Com relação à Letônia, vide doc. ONU GAOR, A/50/40, p. 63, par. 344.

¹⁰⁷ Com relação ao Chile, vide doc. ONU GAOR, A/54/40 (vol. I), p. 45, par. 206.

A Comissão contra a Tortura também recomendou que os Estados partes da Convenção contra a Tortura “introduzam um sistema de queixas efetivo e confiável que permita que as vítimas de tortura e outras formas de tratamento ou punição cruéis, inumanas ou degradantes prestem queixa”,¹⁰⁸ como, por exemplo, contra integrantes da força policial.¹⁰⁹ A Comissão também sugeriu “a criação de um registro central contendo dados estatísticos adequados sobre queixas de tortura e outros tratamentos e punições inumanas ou degradantes, investigações de tais queixas, o tempo decorrido nas investigações, denúncias oferecidas e seus resultados.”¹¹⁰

O Artigo 25(1) da Convenção Americana de Direitos Humanos garante o direito à proteção judicial de modo que “ todos têm direito a simples e imediato recurso, ou qualquer outro recurso efetivo, a uma corte ou tribunal competente para a proteção contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição ou leis do Estado em questão ou por esta Convenção”.

Diretamente ligado a este direito a recurso efetivo contra violações de direitos humanos está a obrigação dos Estados subscritores de investigar e ouvir as alegações em questão, obrigação surgida do artigo 1(1) da Convenção Americana.¹¹¹ É necessário que tal obrigação de investigar “seja desempenhada de forma séria, e não como mera formalidade predestinada à ineficácia”, precisando também ser objetiva e assumida pelo Estado como seu próprio dever legal.¹¹²

Segue que todas as reclamações relativas a tortura e outras formas de maus-tratos contra pessoas privadas de sua liberdade ou todas as queixas relacionadas a qualquer outro aspecto da detenção ou prisão que possa violar os padrões de direitos humanos devem ser investigadas de modo que se imponha “a devida sanção” aos responsáveis pelas violações de direitos humanos e que se assegure “adequada compensação” às vítimas.¹¹³ Lembra-se que o dever de investigação é elemento essencial da obrigação dos agentes estatais de “adotar medidas razoáveis de *prevenção* das violações de direitos humanos”;¹¹⁴ se sabem que seus atos não serão investigados com seriedade, os ofensores

¹⁰⁸ Vide com relação à Polônia, doc. ONU GAOR, A/55/44, p. 22, par. 94.

¹⁰⁹ Vide com relação à Namíbia, doc. ONU GAOR, A/52/44, p. 37, par. 244.

¹¹⁰ Vide com relação a Cuba, doc. ONU GAOR, A/53/44, p. 14, par. 118(g).

¹¹¹ Corte Interamericana HR, caso Villagrán Morales e outros, (o “Caso das Crianças de Rua”)

¹¹² *Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, julgado em 29 de julho de 1988, Série C, Nº 4*, pág. 156, parágrafo 177.

¹¹³ *Ibid.*, pág. 155, parágrafo 174..

¹¹⁴ *Ibid.*, loc. cit.; grifo nosso

não terão qualquer motivação para deixar de cometer as referidas violações, o que provavelmente gerará na sociedade em questão forte clima de *impunidade*.

A Corte Interamericana verificou, assim, violações ao dever legal dos agentes estatais de investigar e punir em diversos casos de pessoas desaparecidas ou encontradas mortas após terem sido seqüestradas, detidas ilegalmente e torturadas.¹¹⁵

O Artigo 13 da Convenção Européia de Direitos Humanos também estabelece o direito a “uma solução eficaz” e, nas palavras da Corte Européia de Direitos Humanos, isso significa que deve haver disponível, em âmbito nacional, “um meio de dar cumprimento aos principais direitos e liberdades da Convenção, qualquer que seja a forma como eles estejam assegurados pela ordem legal doméstica”. Embora “de acordo com esse dispositivo os Estados–Membros gozem de alguma discricionariedade quanto ao modo como se conformarão às obrigações previstas na Convenção”, a solução exigida “deve ser tão ‘eficaz’ na prática como o é no texto legal No caso de *Cakici*, que envolvia o desaparecimento do irmão do reclamante, a Corte entendeu também que:

“Dada a importância fundamental dos direitos em questão, como o direito à proteção da vida e liberdade contra a tortura e os maus–tratos, o Artigo 13 impõe, sem prejuízo de qualquer outro remédio disponível no sistema doméstico, uma investigação cuidadosa e eficaz, capaz de conduzir à identificação e punição dos responsáveis e na qual o reclamante tenha acesso efetivo aos procedimentos investigatórios.”¹¹⁶

Dessa forma, o Artigo 13 foi desrespeitado no caso de *Cakici*, visto que o Governo Turco não conseguiu cumprir com sua obrigação de “desenvolver uma investigação eficaz quanto ao desaparecimento do irmão do autor”, o que “diminuiu a eficácia de qualquer outro remédio que possa ter existido”.¹¹⁷

Nesse sentido, portanto, as obrigações legais dos Estados–Membros apresentam caráter duplo, já que envolvem tanto a investigação eficaz de supostas violações de abusos contra direitos humanos, como também o oferecimento de reparações efetivas às verdadeiras vítimas.

¹¹⁵ Ver, por exemplo, *Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, julgado em 29 de julho de 1988, Série C, Nº 4* e *Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Villagrán Morales e outros (o “Caso das Crianças de Rua”)*, julgado em 19 de novembro de 1999, Série C, Nº 63.

¹¹⁶ *Ibid.*, pág. 618, parágrafo 113.

¹¹⁷ *Ibid.*, parágrafo 114.

A inspeção regular de todos os lugares de detenção realizada por equipes independentes é uma medida eficiente de prevenção da ocorrência de tortura e outras formas de maus-tratos, sendo recomendável sua prática em todos os países. A fim de maximizar os efeitos de tais visitas, os membros desses grupos devem ter acesso irrestrito e confidencial a todos os detentos e prisioneiros e elaborar um relatório público com suas constatações.

As pessoas privadas de sua liberdade têm o direito a uma efetiva compensação pelas supostas violações a seus direitos humanos, inclusive, em particular, o direito à liberdade contra a tortura e outras formas de maus-tratos; devem, por isso, ter acesso irrestrito aos procedimentos de reclamações, os quais deveriam resultar em investigações imediatas, sérias e objetivas por parte das autoridades.

Uma vez comprovados, a tortura e outras formas de maus-tratos devem ser punidos de modo adequado, garantindo-se compensação apropriada à vítima.

A existência de procedimentos eficientes de reclamações e a realização consistente e vigorosa de investigações e julgamento das injustiças sofridas pelas pessoas privadas de sua liberdade possuem forte efeito dissuasivo na incidência de todas as formas de tortura, bem como de tratamento e punição cruéis, desumanos e degradantes.

7. O papel dos juízes, promotores e advogados na prevenção e remediação do tratamento ilegal de pessoas privadas de sua liberdade

Como já demonstrado neste capítulo, os Estados também têm o dever legal de assegurar os direitos humanos das pessoas privadas de sua liberdade, de fornecer procedimentos independentes, imparciais e eficazes de reclamação que possam averiguar as supostas violações aos direitos dessas pessoas, e de oferecer as compensações adequadas sempre que se verificar o desrespeito aos direitos de alguém. Há ainda muito a fazer nesse campo, dado que a tortura e outras formas de maus-tratos de detentos e prisioneiros, inclusive a aceitação ilegal de confissões feitas sob coação, continuam freqüentes em vários países. O papel dos juízes, promotores e advogados em assegurar

tanto o pleno gozo desses direitos **quanto** o funcionamento efetivo do sistema de reclamações é portanto indispensável e multifacetado.

Os advogados devem sempre proteger e defender os interesses de seus clientes, mantendo-se vigilantes quanto a quaisquer sinais de tortura ou outras formas de maus-tratos e perseguindo vigorosamente qualquer caminho que se abra para a reclamação contra tal tratamento. Se os meios domésticos de recurso não funcionam, uma solução de última instância talvez seja promover as reclamações perante um órgão competente no âmbito internacional.

Conforme mostrado neste Manual, **os promotores** possuem a obrigação especial de tomar todas as medidas necessárias para levar à justiça os suspeitos por violações de direitos humanos, tais como tortura e tratamento cruel, desumano e degradante. Seu trabalho é fundamental tanto para a remediação de violações passadas de direitos humanos, como para a prevenção de futuras transgressões. É evidente que a atuação efetiva dos promotores não pressupõe que eles tenham condições de trabalhar de modo independente e imparcial, sem a interferência do Executivo (conforme Capítulo 4). Os promotores não podem fiar-se em evidências obtidas por meios ilegais que desrespeitem os direitos humanos.

Por fim, **os juízes** também devem poder tomar suas decisões de forma independente e imparcial em todos os casos que envolvam supostas violações a direitos humanos. Devem sempre rejeitar as confissões de suspeitos obtidas mediante tortura ou qualquer outra forma de coação. Além disso, como os advogados e promotores, sobretudo em países em que a tortura e outras formas de maus-tratos reconhecidamente existem, os juízes precisam estar constantemente alerta para quaisquer sinais de que tais tratamentos estejam sendo dispensados e devem tomar as medidas legais necessárias para remediar e colocar um fim em tais situações.

Quando o Governo não esteja disposto ou não consiga atuar com rigor para erradicar a tortura, juízes, procuradores e advogados possuem uma responsabilidade profissional para fazer o melhor possível para ajudar as vítimas e prevenir futuras ocorrências de tais tratamentos, como explicado neste capítulo. Para este fim, eles também terão de se manter continuamente informados sobre o significado dos padrões internacionais de direitos humanos aplicados pelos órgãos de monitoramento internacionais.

Juízes, promotores e advogados têm papel chave na proteção dos direitos humanos de pessoas privadas de sua liberdade e precisam que lhes seja permitido que exerçam suas respectivas obrigações legais de forma verdadeiramente independente e imparcial.

8. Observações finais

Este capítulo ofereceu uma visão geral de alguns direitos humanos fundamentais que pessoas privadas de sua liberdade continuam a usufruir durante seu confinamento, incluindo, em particular, seus direitos à integridade pessoal e segurança e o conseqüente direito à não sofrerem tortura e outras formas de maus-tratos. Não obstante os Estados terem o dever legal decorrente da lei internacional de direitos humanos de garantir estes direitos e prover procedimentos de queixas incluindo remédios efetivos, estes procedimentos e remédios necessitam da participação efetiva das profissões leis para que se tornem realidade. Quando as profissões legais não estejam dispostas a assumir este papel, indivíduos viverão em um vácuo legal e serão presa fácil da injustiça. É dever legal dos Estados frente à lei internacional de direitos humanos assegurar que juízes, promotores e advogados estejam aptos a exercer estas obrigações em um espírito de independência e imparcialidade.



..... **Capítulo 9**
O USO DE MEDIDAS
NÃO CARCERÁRIAS
NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA.....

Objetivos do Aprendizado

- *Familiarizar os participantes com a existência de padrões internacionais que promovem a utilização de medidas não carcerárias,*
- *Explicar os propósitos de medidas não carcerárias e a sua utilização nos vários estágios da administração da justiça;*
- *Auxiliar os participantes a identificar as espécies de medidas não carcerárias que podem ser úteis no contexto de suas responsabilidades profissionais;*
- *Dar conhecimento aos participantes sobre as proteções legais ligadas ao uso de medidas não carcerárias,*
- *Familiarizar os participantes com as conseqüências da não observância das disposições de medidas não carcerárias.*

Perguntas

- *Quais as alternativas para a prisão que existem no país em que você trabalha e com relação a quais tipos de crimes estas são aplicadas?*
 - *Em sua atuação como juiz, promotor ou advogado, você. aconselhou ou recorreu para a adoção de uma medida não carcerária?*
 - *Em quais situações você. acredita que seria particularmente útil tal posição?*
 - *Existem grupos especiais de pessoas que irão se beneficiar mais do que outros com o uso de medidas não carcerárias?*
 - *Em caso positivo, identifique estes grupos e explique os motivos pelos quais eles se beneficiariam das alternativas à prisão.*
 - *Quais salvaguardas legais existem no país em que você trabalha com relação ao uso de medidas não carcerárias?*
- Quais são as sanções para a violação das condições ligadas às medidas não carcerárias nos países em que você. atua?*

Documentos Legais Relacionados

- Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Penas Não-Privativas de Liberdade (As Regras de Tokio), 1990
- Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça Juvenil e Infantil (As Regras de Beijing), 1985
- Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder, 1985

1. Introdução

A questão da punição para a ultrapassagem das barreiras legais é uma matéria de interesse contínuo. Embora não seja a sanção criminal usada mais frequentemente, a prisão dos criminosos permanece sendo uma punição comum aos criminosos, que é autorizada pelos direitos humanos internacionais, na medida em que seja aplicada após julgamento que obedeça ao devido processo legal e tampouco seja aplicado um tratamento proibido pelos padrões de direitos humanos, especialmente, quando for claramente desproporcional à ofensa criminal cometida.

Ainda que a prisão seja necessária em diversos casos envolvendo criminosos violentos, não se constitui uma panacéia com relação tanto à prevenção de crimes quanto com relação à reintegração social dos criminosos. Ademais, em muitos países o sistema prisional encontra maiores desafios em função das instalações lotadas e antiquadas das prisões, o que acaba resultando no fato de os prisioneiros se encontrarem em condições deploráveis de detenção, que podem vir a causar efeitos adversos em sua saúde mental e psíquica e impedir o seu treinamento educacional e vocacional, afetando, conseqüentemente, suas chances de um futuro ajuste a uma vida comunitária regular. O impacto gerado por uma prisão de longo prazo na família e profissão de uma pessoa também é considerável.

As sanções criminais mais comumente aplicadas são as de natureza não privativa de liberdade, e a utilização destas medidas será tratada neste capítulo. Como o ceticismo com relação à eficácia da prisão cresceu, os *experts* vem tentando desenvolver outras medidas úteis para auxiliar os criminosos, mantendo-os na comunidade, e o objetivo das Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Penas Não-Privativas de Liberdade (doravante referidas como “Regras de Tóquio”), é enfatizar a importância destas medidas.¹ O presente capítulo será primordialmente baseado nas Regras de Tóquio e nos seus Comentários, embora algumas referências possam ser ocasionalmente feitas à Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça Juvenil e Infantil (As Regras de Beijing) e na Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder. No entanto, as Regras de Beijing serão consideradas com maior profundidade no Capítulo 10, “Os Direitos da Criança na Administração da Justiça”.

¹ Vide ONU doc. ST/CSDHA/22, Comentários ao Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Penas Não-Privativas de Liberdade (as “Regras de Tóquio”) (doravante referido simplesmente como Comentários), página 2

1.1 Os objetivos das medidas não privativas de liberdade e as Regras de Tóquio Comentários gerais introdutórios

Conforme indicado acima, o objetivo da adoção de penas não privativas de liberdade em geral e, das Regras de Tóquio, em particular, é encontrar alternativas eficazes à prisão de criminosos e permitir às autoridades o ajuste das sanções criminais às necessidades individuais do criminoso de maneira proporcional ao crime cometido. As vantagens da individualização das sentenças desta forma é evidente, considerando que permite que o criminoso seja mantido em liberdade, permitindo, conseqüentemente, que ele continue seu trabalho, seus estudos e sua vida familiar.²

Conforme será visto abaixo, medidas não privativas de liberdade, entretanto, devem ser sujeitas a condições e restrições e as suas violações, em casos sérios, poderá acarretar a prisão. Ainda para resguardar direitos humanos e a dignidade humana, os padrões devem ser estabelecidos para a imposição e implantação de quaisquer restrições e condições, e um dos principais objetivos das Regras de Tóquio é precisamente tentar definir tais padrões, os quais devem ser considerados como os padrões mínimos objetivados para promover “esforços para superar dificuldades práticas na aplicação destas medidas”. Conseqüentemente, não se pretende que as Regras sejam lidas como um modelo detalhado para um sistema de medidas não preventivas de liberdade, mas simplesmente como um guia “sobre o que são os princípios e boas práticas atualmente aceitos” nesta área.³

Após a explicação de alguns termos básicos utilizados, este capítulo considerará os princípios gerais das Regras de Tóquio, as salva-guardas legais, as opções de medidas não privativas de liberdade nos vários estágios de administração da justiça e a implantação destas medidas. Por último, será feita uma breve referência ao papel dos profissionais jurídicos na escolha das alternativas à prisão.

2. Terminologia

2.1 O termo “medidas não privativas de liberdade”

Para os fins deste capítulo, o conceito de “medidas não privativas de liberdade” significa qualquer decisão tomada por uma autoridade competente, de submeter uma pessoa suspeita, acusada, ou sentenciada por uma ofensa, a certas condições e

² Ibid., loc. Cit.

³ Ibid., p. 3

obrigações que não incluem a prisão, tal decisão pode ser tomada em qualquer estágio da administração da justiça penal. (Regra 2.1).⁴

2.2 O termo “criminoso”

De acordo com a Regra 2.1., as Regras de Tóquio “serão aplicadas a todas as pessoas sujeitas a um julgamento ou execução de sentença, em todos os estágios da administração da justiça criminal” e “tais pessoas são referidas como ‘criminosos’ não importando se são suspeitas, acusadas ou sentenciadas”. Consequentemente, o termo “criminoso” é usado de forma genérica, sem depreciar a presunção de inocência.

2.3 O termo “autoridade competente”

O termo “autoridade competente” significa um membro do judiciário, promotor ou órgão que seja detentor de poderes, por lei, para tomar decisões sobre a imposição ou implantação de uma medida não privativa de liberdade.⁵

3. Princípios Gerais Relativos a Medidas Não Privativas de Liberdade

As Regras 1 a 4 das Regras de Tóquio descrevem com algum detalhe os princípios gerais que guiam o recurso a medidas não privativas de liberdade ao invés da prisão e, exceto pela ressalva contida na Regra 4, estes princípios descrevem os principais objetivos, escopo e salvaguardas das medidas não privativas de liberdade. Esta seção irá destacar os aspectos mais salientes destes princípios gerais.

3.1 Os objetivos fundamentais das medidas não privativas de liberdade

De acordo com a Regra 1.1, os dois objetivos fundamentais das Regras de Tóquio são fornecer:

- “um conjunto de princípios básicos para promover o uso de medidas não privativas de liberdade”; e
- “salvaguardas mínimas para as pessoas sujeitas a alternativas à prisão”.

Assim, as Regras de Tóquio iniciam-se com o estabelecimento de um importante equilíbrio entre seus dois princípios fundamentais que simultaneamente encorajam o recurso a medidas não privativas de liberdade e objetiva a garantia de uma

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

justa aplicação da pena baseada no respeito aos direitos humanos dos criminosos, tais garantias são exigidas para evitar recursos desproporcionais a medidas de controle.⁶

De acordo com os *Comentários às Regras de Tóquio*, as medidas não privativas de liberdade têm “considerável valor potencial tanto para os criminosos como para a comunidade” e podem constituir-se em sanções apropriadas para uma série de crime e muitos tipos de criminosos, particularmente com relação àqueles que provavelmente não repetirão os atos criminosos, àqueles que praticaram crimes de pouca gravidade e àqueles que necessitam de tratamento médico, psiquiátrico ou social.⁷ Nestes casos, a prisão não pode ser considerada como a sanção apropriada, pois corta os laços com a comunidade e dificulta a reintegração social, e conseqüentemente também reduz o senso de responsabilidade do criminoso e sua habilidade de tomar suas próprias decisões.⁸ Por outro lado, medidas privativas de liberdade possuem uma característica única de tornar possível o controle do comportamento do criminoso, enquanto lhe é permitido viver nas suas condições naturais.⁹

Conseqüentemente, a utilização de medidas não privativas de liberdade também diminui gastos, visto que a administração da justiça impõe um alto encargo financeiro para os Estados. Considerando-se que não somente o criminoso individualmente, mas também a sociedade como um todo, se beneficiam das medidas não privativas de liberdade, este potencial positivo deve encorajar o envolvimento da comunidade em sua implantação.¹⁰

Em seguida, a Regra 1.2 descreve os objetivos de promover tanto “um maior envolvimento da comunidade na administração da justiça criminal, especialmente no tratamento dos criminosos” quanto “um senso de responsabilidade dos criminosos para com a sociedade”. O envolvimento da comunidade é essencial na reintegração do criminoso e pode reduzir o risco de estigmatização.¹¹

Conforme a Regra 1.3, as Regras de Tóquio “serão implantadas levando-se em consideração as condições políticas, econômicas, sociais e culturais de cada país e os propósitos e objetivos do seu sistema de justiça criminal”. Conseqüentemente, não se pretende que as Regras descrevam um modelo para o sistema de medidas não privativas de liberdade, e tal tarefa, de qualquer forma, seria precluída pela variedade de sistemas de justiça criminal existentes ao redor do mundo, a intenção é de que esta diversidade permitirá um intercâmbio frutífero de idéias sobre os métodos e desenvolvimentos.¹²

⁶ Ibid., p.5

⁷ Ibid., loc. cit.

⁸ Ibid., loc.cit.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

Tendo-se em mente os objetivos do sistema judiciário criminal e o equilíbrio que deve ser mantido entre os diferentes interesses individuais, a Regra 1.4 estabelece que “ao implantarem-se as Regras, os Estados Parte devem esforçar-se para assegurar o equilíbrio entre os direitos individuais dos criminosos, os direitos das vítimas e a preocupação da sociedade com segurança pública e prevenção de crimes.”

Ao enfatizar a promoção de medidas não restritivas de liberdade e a aplicação de sanções criminais individuais, as Regras de Tóquio também apóia totalmente o objetivo geral do sistema da justiça criminal que é o de reduzir a criminalidade e a necessidade de reconhecer a importância do papel da vítima do crime.¹³

Por último, de acordo com a Regra 1.5,

“Os Estados Parte desenvolverão medidas não privativas de liberdade dentro de seus sistemas legais, a fim de fornecer outras opções, reduzindo, portanto, a utilização da prisão, e racionalizando as políticas da justiça criminal, levando-se em consideração a observância dos direitos humanos, os requisitos de justiça social e as necessidades de reabilitação do criminoso.”

De acordo com o *Comentário*, a referência “à observância dos direitos humanos, os requisitos de justiça social e às necessidades de reabilitação dos criminosos” significa, *inter alia*, que as Regras de Tóquio objetivam garantir o uso mais constante de medidas não privativas de liberdade, tal utilização não deve levar a um aumento no número de pessoas sujeitas a medidas criminais nem a um aumento na intensidade destas medidas, ao enfatizar a observância dos direitos humanos, as Regras de Tóquio procuram evitar o abuso da discricionariedade na implantação de medidas não privativas de liberdade.¹⁴

O objetivo primário das medidas não privativas de liberdade, alternativas à prisão, é permitir que as sanções criminais sejam individualizadas às necessidades do criminoso, fazendo, conseqüentemente, com que as sanções sejam mais eficazes. Medidas não privativas de liberdade são também, em geral, menos custosas para a sociedade do que aquelas que privam a liberdade do criminoso.

Sanções penais individualizadas que envolvam medidas não privativas de liberdade devem ser consideradas à luz do objetivo geral do sistema de justiça criminal, que é a

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid, p. 7.

redução da criminalidade e a necessidade de reconhecimento das necessidades e interesses das vítimas de crimes.

O uso de medidas não privativas de liberdade devem respeitar os direitos humanos reconhecidos internacionalmente.

3.2 O objetivo das medidas não privativas de liberdade

3.2.1 O objetivo geral das medidas não privativas de liberdade

Conforme verificado na subseção 2.2. acima, as Regras de Tóquio são aplicáveis “a todas as pessoas sujeitas a um processo judicial, julgamento ou execução de uma sentença” (Regra 2.1.). Assim, elas podem ser aplicadas tanto em medidas para uma pessoa condenada, como forma de punição a um crime, como a suspeitos e réus em julgamento. Por último, elas cobrem medidas que permitem que uma parte de uma sentença de prisão seja cumprida na comunidade e medidas que reduzam a duração das penas prisionais e substituam por outras formas de supervisão.¹⁵ O uso de medidas não privativas de liberdade ao invés da detenção pré-julgamento é particularmente encorajado, uma vez que a prisão pré-julgamento deve ser uma medida excepcional, com base no direito da presunção de inocência do suspeito.¹⁶

3.2.2 A proibição de discriminação

De acordo com a Regra 2.2, as Regras de Tóquio “devem ser aplicadas sem qualquer discriminação de raça, cor, sexo, idade, idioma, religião, posição política, nacionalidade ou origem social, propriedades, nascimento ou outro status. Conforme demonstrado neste Manual, a proibição de discriminação condiciona-se a todos os aspectos dos direitos humanos. Conseqüentemente, é perfeitamente lógico que as medidas não privativas de liberdade também devem ser aplicadas de maneira não discriminatória.

Entretanto, nem todas as diferenças de tratamento podem ser consideradas como discriminatórias, e, conforme definido pelo Comitê de Direitos Humanos no artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Político, “diferenciações baseadas em

¹⁵ Ibid, p.8.

¹⁶ Ibid, loc. cit. e Capítulo 5 de “Human Rights and Arrest, Pré-Trial and Administrative Detention”..

critérios objetivos não se caracterizam como sendo a discriminação proibida” no significado daquele artigo.¹⁷

Tendo se em conta que uma das maiores vantagens das medidas não privativas de liberdade é a possibilidade de ajustá-las às necessidades individuais do criminoso, o elemento de discricionariedade envolvido na tomada de decisões pode aumentar o risco de discriminação contra uma pessoa ou um grupo. A implantação das medidas certamente pode também refletir em discriminações atualmente praticadas naquela comunidade.¹⁸ Por exemplo, pode se provar mais difícil encontrar oportunidades de treinamento ou vagas de emprego para minorias étnicas ou até mesmo para mulheres sujeitas a medidas não privativas de liberdade.¹⁹ Independentemente destes problemas, igualdade de tratamento na aplicação das medidas não privativas de liberdade *devem* ser asseguradas.

Por outro lado, e conforme indicado acima, a proibição quanto à discriminação não significa que todas as diferenças no tratamento são proibidas, *mas somente aquelas que não tenham uma justificativa razoável e objetiva*. De fato, poderia ser razoável e objetivamente justificável tratar pessoas de forma diferente em vista de seus antecedentes particulares e necessidades e problemas pessoais.²⁰

Pode também ser necessário ter que se levar em consideração crenças religiosas e percepções morais dos grupos aos quais o criminoso pertence.²¹ Ademais, existem alguns grupos de pessoas, tais como crianças, mulheres, idosos e pessoas com alguma deficiência mental, às quais a prisão poderia particularmente causar um efeito prejudicial, sendo não só desejável como também necessário se fazer algumas distinções entre os criminosos a fim de acomodar suas necessidades especiais.²²

3.2.3 Flexibilidade na aplicação

Ao enfatizar a importância da “sentença consciente”, a Regra 2.3 promove uma flexibilidade considerável no desenvolvimento e utilização das medidas não privativas de liberdade, baseando-se nos seguintes quatro critérios:

- “a natureza e a gravidade do crime”;
- “a personalidade e os antecedentes do criminoso”;
- “a proteção da sociedade”; e

¹⁷ Vide, por exemplo, Comunicado nº 172/11984, S.W.M Broek v. the Netherlands (Visão adaptada em 9 de abril de 1987), GAOR, A/42/40, p. 150, parágrafo 13.

¹⁸ Comentários, pp. 8 e 9

¹⁹ Ibid, p. 9.

²⁰ Ibid, loc. cit.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

- Evitar-se “o uso desnecessário da detenção”.

As medidas não privativas de liberdade podem ser muito mais flexíveis do que a detenção pré-julgamento, por exemplo, e este é o potencial reconhecido pela Regra 2.3.²³ Entretanto, é clara a consistência com os interesses de justiça e legitimidade e as recomendações para sentenças que estabelecem equivalências entre as várias formas de medidas não privativas de liberdade auxiliarão aqueles que estabelecem tais medidas.²⁴

Em linha com este caráter de flexibilidade, a Regra 2.4 estabelece que “o desenvolvimento de novas medidas não privativas de liberdade deve ser encorajado e monitorado de perto e o seu uso deve ser sistematicamente avaliado”. A necessidade de uma monitoração regular e avaliação sistemática é particularmente importante dada a flexibilidade inerente às medidas não privativas de liberdade e para apurar se os objetivos previstos na Regra 2.3. são alcançados.²⁵ Do ponto de vista de uma justiça criminal racional, novas medidas não privativas de liberdade devem ser adicionadas somente se acompanhadas de uma avaliação sistemática permitindo que as autoridades mensurem a sua eficácia operacional.²⁶

Ademais, de acordo com a Regra 2.5, “deve-se levar em consideração que ao lidar com os criminosos na comunidade, deve-se evitar, o tanto quanto possível, recorrer-se a procedimentos formais ou julgamentos em tribunais, de acordo com as salvaguardas legais e a letra da lei”. Tal norma é consistente com a regra 2.6 das Regras de Tóquio que estabelece que “medidas não privativas de liberdade devem ser utilizadas de acordo com o princípio da mínima intervenção”.²⁷ Um julgamento deve ser evitado, sempre que possível, tanto porque poupa um criminoso e sua família de consequências negativas de uma sanção formal, quanto porque diminui o encargo econômico da sociedade.²⁸

A flexibilidade inerente às medidas não privativas de liberdade implica no conceito de que estas podem ser utilizadas em qualquer estágio dos processos.

Medidas não privativas de liberdade devem ser aplicadas de forma justa e objetiva, e não devem permitir discriminação. Diferenças no tratamento são legais se tiverem uma justificativa legal e razoável.

As autoridades devem assegurar a outorga de sentenças consistentes

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid, pp. 9 e 10.

²⁷ Ibid, página 10.

²⁸ Ibid, loc. cit..

quando se recorrer a medidas não privativas de liberdade.

Medidas não privativas de liberdade serão utilizadas de acordo com o princípio da mínima intervenção, e todas as medidas excessivas devem ser evitadas.

Quando recorrerem às medidas não privativas de liberdade, devem as autoridades considerar o quanto segue:

- *A natureza e a gravidade do crime;*
- *A personalidade e os antecedentes do criminoso;*
- *A proteção à sociedade (prevenção do crime); e*
- *Evitar-se a utilização da detenção desnecessária.*

3.3 Salvaguardas legais

3.3.1 O princípio da legalidade

A importância de respeitar-se os direitos humanos das pessoas às quais as medidas não privativas de liberdade podem ser aplicadas é um tema recorrente nas Regras de Tóquio e a razão pela qual salvaguardas legais devem ser consideradas essenciais. A Regra 3.1, assim, estabelece que “a introdução, definição e aplicação de medidas não privativas de liberdade devem ser previstas em lei”. A exigência de que as medidas não privativas de liberdade devem ser definidas e aplicadas somente como “previsto em lei” é consistente com a exigência de direitos humanos internacionais de que “restrições ao exercício de direitos humanos devem basear-se em padrões legais pré-estabelecidos de aplicação geral.”;²⁹ em outras palavras, o princípio da legalidade deve ser respeitado sempre que o Estado autorize a tomada de medidas que interfiram no gozo dos direitos e liberdades de um indivíduo, quer dentro ou fora dos limites do procedimento criminal.

Entretanto, com relação à aplicação de medidas não restritivas de liberdade, basta que a lei defina as medidas a serem aplicadas e as condições para a sua aplicação, ela deve também especificar quais autoridades são responsáveis por sua implantação e, quando tal autoridade for delegada a terceiro, tal delegação deve ser fundada em lei.³⁰

²⁹ Anna-Lenna Svesson-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* (The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers), 1998, page 721.

³⁰ Comentários, p. 11

3.3.2 Os critérios para se recorrer a medidas não privativas de liberdade e a necessidade de discricionariedade

Uma segunda salvaguarda à aplicação de medidas não privativas de liberdade é que, conforme estabelecido na Regra 3.2, a escolha de medidas não privativas de liberdade deve ser baseada em infração aos critérios estabelecidos para:

- A natureza e gravidade do crime;
- A personalidade e os antecedentes do criminoso;
- Os objetivos da sentença; e
- Os direitos das vítimas.

Assim, as Regras de Tóquio estabelecem um panorama claro para a escolha de medidas não privativas de liberdade, que considera tanto o interesse dos criminosos, como os da sociedade em geral e o da(s) vítima(s). Tais critérios constituem-se em outro tema recorrente nas Regras de Tóquio e também estão refletivos nas Regras 1.4 e 2.3.

Além destes critérios básicos, a natureza da imposição de medidas não privativas de liberdade exige que a autoridade judicial ou independente goze de um grau de discricionariedade considerável, o que, entretanto, de acordo com a Regra 3.3. “será exercido em todos os estágios dos processos mediante total responsabilidade e somente de acordo com a letra da lei.”.

Esta regra aplica-se a todas as decisões relativas a medidas não privativas de liberdade, desde a decisão original que impõe a medida até qualquer decisão subsequente com relação a sua implantação.³¹ *O princípio da legalidade deve ser respeitado no curso de todos os processos relativos a medidas não privativas de liberdade.*

3.3.3 A exigência de consentimento

A exigência de consentimento do criminoso quanto à imposição de medida não privativa de liberdade é uma pré-condição importante para o seu sucesso, e, de acordo com a Regra 3.4, tal consentimento é obrigatório com relação a medidas não privativas de liberdade “aplicados antes ou ao invés de procedimentos formais ou julgamentos” Conseqüentemente, a exigência de consentimento é particularmente uma salvaguarda para aqueles que ainda não tenham sido julgados ou condenados.³² O *Comentário* explica que é essencial que o suspeito ou acusado consinta com a medida não privativa de liberdade porque, quando imposta ao invés de um procedimento formal, o consentimento pode levar à renúncia das salvaguardas legais que existiriam caso o processo fosse continuado.³³

³¹ Ibid.

³² Ibid., p. 12.

³³ Ibid.

Ademais, o acusado deve ser informado sobre as potenciais conseqüências da recusa ao consentimento às medidas não privativas de liberdade e qualquer pressão indireta para que o acusado consinta com as medidas deve ser evitada.³⁴ Por último, a recusa ao consentimento à imposição de uma medida não privativa de liberdade não deve afetar adversamente a posição do acusado de qualquer maneira.³⁵

A exigência do consentimento para medidas alternativas também está contida na Regra 11.3 da Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça Juvenil e Infantil. Em tal contexto, quer “o menor, ou seus pais ou curador” devem consentir com a medida alternativa recomendada (vide também o Capítulo 10, subseção 10.3).

3.3. O direito à revisão

A Regra 3.5 estabelece que “decisões sobre a imposição de medidas não privativas de liberdade devem estar sujeitas à revisão por autoridade judicial ou independente competente, antes da aplicação ao criminoso”. Este direito de apelação é uma salvaguarda

adicional contra decisões arbitrárias. Para que esta salvaguarda seja verdadeiramente eficaz, o criminoso deva ser informado sobre este direito. A este respeito, o *Comentário* aconselha que, no momento da imposição da medida, o criminoso e, quando apropriado, seu representante legal deve receber um documento explicando em detalhes os procedimentos para o processo de revisão, incluindo informações sobre o órgão competente para julgar tal recurso e a forma de contato.³⁶ O criminoso deve ter o direito de comparecer pessoalmente ou de ser ouvido de alguma forma pelo órgão revisor. A revisão deve ocorrer rapidamente.³⁷

O direito de apelação não refere-se apenas à medida não privativa de liberdade inicial. A Regra 3.6 também garante ao criminoso o direito “de requerer ou reclamar à autoridade judicial ou outra autoridade independente que seja competente com relação a problemas que afetem seus direitos individuais *na implantação das medidas não privativas de liberdade*” (grifamos). Mesmo depois que o criminoso tenha aceitado a imposição de uma medida não privativa de liberdade, ele ou ela pode necessitar buscar um recurso para reclamar de uma implantação injusta ou arbitrária que viole os seus direitos humanos e liberdades fundamentais.³⁸

O órgão que analisará a reclamação deve ser *independente* da autoridade que estiver implantando a medida e deve ser uma corte, um conselho revisor ou um

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

ombudsman com poderes de investigação. Aqui, também é essencial que o criminoso e seu/sua representante legal sejam informados em termos claros e simples sobre a existência deste direito e como este pode ser exercido.³⁹ A investigação deve ser rápida e os resultados comunicados ao criminoso em termos que ele ou ela possam entender.⁴⁰

Por último, a Regra 3.7 estabelece que

“As ferramentas apropriadas devem ser fornecidas para o recurso e, se possível, a reparação de qualquer injustiça relativa ao não cumprimento dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.”

Esta regra obriga os Estados a estabelecerem procedimentos adequados de reclamações para assegurar que as Regras 3.5 e 3.6 sejam devidamente implantadas e que as ferramentas judiciais sejam fornecidas, conferindo a possibilidade de reparação de qualquer violação às obrigações dos direitos humanos internacionais que possam ter sido causadas pela imposição e/ou implantação de medidas não privativas de liberdade. Tal previsão é simplesmente uma expressão da obrigação dos Estados dentro dos direitos humanos internacionais para remediar qualquer violação a direitos individuais e liberdades pelas quais eles tenham sido considerados responsáveis.

O direito de apelação contra medidas alternativas também é garantido pela Regra 11.3 das Regras de Beijing com respeito a criminosos menores de idade (vide Capítulo 10, subseção 10.3).

3.3.5 Restrições à imposição de medidas não privativas de liberdade

Primeiramente, a Regra 3.8 proíbe medidas não privativas de liberdade que envolvam “experimentos médicos ou psicológicos, ou que impliquem em risco de dano físico ou mental ao criminoso”. De qualquer forma, as medidas não privativas de liberdade, logicamente não podem violar as regras existentes nos direitos humanos internacionais, tais como o direito de liberdade dos seres humanos, ou tratamentos degradantes ou castigos (conforme *inter alia* artigo 7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da cláusula contida na Regra 4.1 das Leis de Tóquio).

É importante ressaltar que a busca por novas medidas não privativas de liberdade, que é encorajada pela Regra 2.4. das Regras de Tóquio, deve ser analisada à luz da Regra 3.8, uma vez os criminosos não podem ser usados como cobaias.⁴¹ A implantação e o desenvolvimento das medidas não privativas de liberdade devem, em outras palavras, sempre respeitar os direitos e liberdades dos criminosos, exigência contida na Regra 3.9, através da qual “a dignidade do criminoso sujeito a penas não privativas de liberdade deve ser sempre protegida.”

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid, pp. 41-42.

Em segundo lugar, “na implantação de medidas não privativas de liberdade, os direitos do criminoso não serão mais restringidos do que o que foi autorizado pela autoridade competente que proferiu a decisão original” (Regra 3.10). Esta regra é baseada no princípio da legalidade: qualquer interferência nos direitos de uma pessoa deve ser baseada em lei, e nenhuma restrição adicional pode ser imposta sem que haja uma decisão proferida pela autoridade autorizada, agindo de acordo com a lei.

Em terceiro lugar, “na aplicação de medidas não privativas de liberdade, o direito à privacidade deve ser respeitado, assim como deve ser respeitado o direito de privacidade da família do criminoso” (Regra 3.11). A este respeito, o *Comentário* aconselha contra o uso de métodos de vigilância que trate os criminosos simplesmente como objetos de controle, ademais, técnicas de vigilância não devem ser utilizadas sem o conhecimento dos criminosos e outras pessoas que não aquelas devidamente credenciadas não devem ser empregadas para a vigilância dos criminosos.⁴² Tais medidas podem prejudicar a dignidade do criminoso que deve ser sempre garantida..

Por último, o direito à dignidade e direito ao respeito à privacidade do criminoso também são protegidos pela Regra 3.12., de acordo com a qual “os registros pessoais devem ser mantidos estritamente confidenciais e fechados a terceiros. O acesso a tais registros deve ser limitado a pessoas diretamente ligadas ao caso ou outras pessoas devidamente autorizadas”. Os criminosos e suas famílias têm o direito de serem informados que suas informações pessoais não se tornarão públicas e não serão utilizadas para diminuir a suas chances de reintegração social. Portanto, também é importante que os registros sejam mantidos em local seguro e deve ser considerada a hipótese de destruí-los após um período razoável.⁴³

O princípio da legalidade deve ser totalmente respeitado no emprego das medidas não privativas de liberdade. O recurso a e a implantação de tais medidas devem ser utilizados sempre de acordo com a lei.

Medidas não privativas de liberdade devem ser baseadas nos seguintes critérios:

- *Natureza e gravidade do crime;*
- *Personalidade e antecedentes do criminoso;*
- *Objetivos da sentença; e*

⁴² Ibid, loc. cit..

⁴³ Ibid, p. 14.

- *Direitos das vítimas.*

O uso de medidas não privativas de liberdade exige o consentimento do criminoso quando aplicado antes ou ao invés de procedimentos formais ou julgamento.

O criminoso tem o direito de requerer uma revisão por autoridade judicial ou outra autoridade independente que seja competente com relação à medida não privativa de liberdade imposta.

A dignidade do criminoso sujeito à aplicação de medidas não privativas de liberdade deve ser sempre respeitada, assim como seus direitos e liberdades.

As medidas não privativas de liberdade não devem restringir os direitos do criminoso mais do que o autorizado pela decisão original.

O direito à privacidade do criminoso e de sua família deve ser garantido no curso da implantação das medidas não privativas de liberdade.

4. Opções de medidas não privativas de liberdade nos diferentes estágios do processo judicial

Conforme acima explicado, o recurso a medidas não privativas de liberdade pode ser utilizado em qualquer estágio dos processos judiciais, quer no pré-julgamento, no julgamento, na fase de sentença e na fase pós-sentença. Conseqüentemente, elas constituem ferramentas importantes e flexíveis na escolha das sanções que provavelmente terão um impacto mais benéfico para o criminoso na forma de sua reintegração na comunidade como um cidadão observador da lei.

4.1 Medidas não privativas de liberdade no estágio pré-julgamento

A possibilidade de recurso a medidas não privativas de liberdade no estágio pré-julgamento é regulada nos seguintes termos pela Regra 5.1. das Regras de Tóquio:

“Quando apropriado e compatível com o sistema legal, a polícia, a promotoria ou outras agências que lidem com casos criminais devem ter poderes para absolver o criminoso caso considerem que não seja o caso de proteção da sociedade, prevenção contra o crime ou promoção do respeito à lei e aos direitos das vítimas. Para o fim de decidir sobre a conveniência da absolvição ou determinação dos procedimentos, um critério pré-estabelecido deve ser desenvolvido dentro de cada sistema legal. Para casos menores, o promotor pode impor as medidas não privativas de liberdade adequadas, conforme for conveniente.”

A absolvição do criminoso antes mesmo de uma ação formal é a primeira medida não privativa de liberdade possível no estágio pré-julgamento, mas, conforme prevê a Regra 5.1, é condicionada à:

- proteção da sociedade;
- prevenção de crimes;
- promoção do respeito à lei; e
- os direitos das vítimas.

Conseqüentemente, o direito individual do criminoso deve, em todos os casos, ser analisado em face dos quatro interesses acima, que têm um caráter geral, e vão ao cerne dos interesses sociais conforme refletido nas leis criminais do Estado envolvido. Sempre que os quatro interesses prevalecerem sobre os direitos pessoais do criminoso em ter os procedimentos desconsiderados, o criminoso deverá encarar os procedimentos necessários.

Quer seja formalmente reconhecido ou não, a absolvição é freqüentemente utilizada em vários sistemas legais como forma efetiva de lidar com algumas categorias de crimes e alguns tipos de criminosos de acordo com o *princípio da mínima intervenção*. (cf. Regra 2.6).⁴⁴ Este é considerado um método particularmente apropriado para lidar com menores, pois, acredita-se que mantê-los afastados da justiça criminal formal reduz as chances de torná-los mais envolvidos com o crime.⁴⁵

No entanto, o poder discricionário das autoridades para dispensar os procedimentos deve ser restringido pelos critérios específicos acima mencionados. Tais critérios são necessários para guiar as autoridades em sua tomada de decisões e permitir que eles tomem decisões consistentes de acordo com a Regra 2.3., o que promoverá também segurança para o Estado envolvido.

⁴⁴ Ibid, p. 15.

⁴⁵ Ibid, loc. cit.

O uso de medidas não privativas de liberdade no estágio pré-julgamento deve também ser visto à luz da regra básica refletida na Regra 6.1, de acordo com a qual “a detenção pré-julgamento será usada como último recurso em processos criminais, com o devido respeito à investigação do crime alegado e para a proteção da sociedade e da vítima”. A Regra 6.2 promove o maior uso possível de alternativas à detenção pré-julgamento.

Com relação às várias salvaguardas à detenção pré-julgamento, as regras gerais dos direitos humanos internacionais estabelecem uma regulamentação mais detalhada nas Regras 6.2 e 6.3 das Regras de Tóquio e neste sentido, podemos nos referir ao Capítulo 5 deste Manual, que trata com mais profundidade sobre “Os Direitos Humanos e a Prisão, e as Detenções Pré-Julgamento e Administrativa”.

4.2 Medidas não privativas de liberdade nos estágios de julgamento e sentença

Quanto ao estágio de sentença, as Regras de Tóquio estabelecem uma lista de medidas não privativas de liberdade que podem ser utilizadas pelas autoridades judiciais, entretanto, ao fazê-lo, tais autoridades “devem considerar as necessidades de reabilitação do criminoso, a proteção da sociedade e os interesses das vítimas, que devem ser consultadas sempre que necessário (Regras 8.1 and 8.2)”. De acordo com as Regras 8.2 (a) a (m), as autoridades que sentenciam devem sentenciar de acordo com as seguintes formas:

- sanções verbais, tais como advertências, reprimendas e alertas;
- absolvição condicional;
- **status penalties**;
- sanções econômicas e penas monetárias, tais como multas e multas diárias;
- ordens de confisco ou expropriação;
- restituição à vítima ou ordem de compensação;
- sentença suspensiva ou diferida;
- probação e supervisão judicial;
- ordem de serviço comunitário;
- participação em um centro de atendimento;
- prisão domiciliar;
- qualquer outro modo de tratamento não institucional; ou,

- qualquer combinação destas medidas.

Assim como os interesses e necessidades pessoais do criminoso devem ser comparados com os interesses da sociedade no estágio pré-julgamento, também as “necessidades de reabilitação” do criminoso no estágio da sentença devem ser comparadas à necessidade de proteção da sociedade e os “interesses da vítima”. A participação da *vítima* nos procedimentos também é encorajada pelo Princípio 6(b) da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder, que foi adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1985. De acordo com este princípio, “a sensibilidade dos processos judiciais e administrativos às necessidades das vítimas deve ser otimizada pela permissão de apresentação e consideração dos pontos de vista e preocupações das vítimas nos momentos apropriados durante os procedimentos, nos quais os seus interesses pessoais sejam afetados, sem preconceito contra o acusado e de forma consistente com o sistema judicial criminal competente.” De fato, a participação da vítima pode abrir a possibilidade de obtenção de restituição ou compensação, medida que pode constituir-se em pena ao seu próprio direito e pode tornar a imposição de sanções adicionais desnecessária.⁴⁶

Conforme acima indicado, a lista de medidas não privativas de liberdade da Regra 8.2, embora não exaustiva, contém um rol abrangente de medidas não privativas de liberdade que se aplicam a circunstâncias diversas e atingem objetivos diferentes.⁴⁷ Por exemplo, sanções verbais tais como advertências ou reprimendas podem ser apropriadas para jovens criminosos, permitindo que eles percebam que agiram incorretamente sem que sejam estigmatizados como criminosos.⁴⁸

Penalidades econômicas, tais como multas e multas diárias são amplamente utilizadas, mas criminosos com poucos recursos podem ter dificuldades em pagá-las. Multas diárias podem resolver esta questão ao relacionar a quantia a ser paga com o nível de renda disponível do criminoso.⁴⁹

Serviços comunitários são uma forma de restituição que beneficia a comunidade e não somente a vítima individual, e apresenta a vantagem de demandar o criminoso e, ao mesmo tempo, produzir um bom resultado na forma de um trabalho feito para a comunidades.⁵⁰

Várias medidas de supervisão também podem ser impostas ao criminoso e certamente podem ser adaptadas às necessidades individuais dos criminosos, auxiliando a sua reintegração na sociedade.⁵¹

⁴⁶ Ibid, p. 18.

⁴⁷ Ibid, loc. cit.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid, p. 19.

Um exemplo de medidas não privativas de liberdade que pode ser interessante, é a exigência de que o criminoso condenado por dirigir embriagado frequente aulas de educação no trânsito. Outras possibilidades podem envolver o agravamento de sanções que inicialmente seriam utilizadas como acessórias à sentença principal, tais como cassação de licença de motorista, ou confisco de ganhos ilegais.

Por último, a combinação de medidas não privativas de liberdade também pode ser considerada.⁵²

4.3 Medidas não privativas de liberdade no estágio pós-sentença

O uso de medidas não privativas de liberdade também é encorajado no estágio pós sentença e, a este respeito, a Regra 9.1 das Regras de Tóquio estabelece que “a autoridade competente deve ter a seu dispor um vasto rol de alternativas pós-sentença a fim de evitar a institucionalização e para auxiliar os criminosos na sua rápida integração na sociedade”. Esta regra é baseada no princípio de que a redução do período de prisão pode reduzir o risco de os criminosos se tornarem institucionalizados e, portanto, inaptos para lidar com a sociedade após o cumprimento da pena. Conseqüentemente, pode ser vantajoso conceder aos criminosos a pronta liberdade, e sujeitá-los, se necessário, à supervisão.⁵³ A Regra 9.4 também promove a idéia de liberação dos criminosos de uma instituição para um programa não privativo de liberdade, no estágio mais inicial possível.

A Regra 9.2 enumera as seguintes disposições pós-sentença:

- licenças e casas de reabilitação;
- liberação para trabalho e estudos;
- várias formas de liberdade condicional;
- remissão;
- perdão.

Algumas destas medidas substituem a prisão. O criminoso ainda está sob a autoridade da administração prisional mas passa seus dias fora da prisão trabalhando, ou em treinamento. A vantagem deste arranjo é que o criminoso pode ganhar dinheiro que pode ser utilizado para cumprir com os compromissos de família, ou ser poupado para utilização na reintegração quando da liberação do criminoso.⁵⁴ Em casas de reabilitação, o criminoso ainda está tecnicamente sob a supervisão da autoridade prisional, mas vive em uma “semi-liberdade”, reajustando-se à vida em comunidade.⁵⁵

⁵² Ibid, loc. cit.

⁵³ Ibid, p. 20.

⁵⁴ Ibid, loc. cit.

⁵⁵ Ibid.

O direito de requerer a revisão de uma decisão pós-sentença é garantido pela Regra 9.3 das Regras de Tóquio, exceto no caso de perdão, as decisões sobre outras medidas não privativas de liberdade devem, entretanto, “ser subordinadas à revisão judicial ou de outra autoridade independente competente, mediante o requerimento do criminoso”. Esta regra está em total harmonia com os princípios gerais de revisão judicial para decisões concernentes a medidas não privativas de liberdade e sua implantação conforme previsto nas Regras 3.5 e 3.6, que foram tratadas acima, na subseção 3.3.4. É importante destacar a este respeito que para se permitir que o criminoso possa exercer o seu direito de revisão, ele/ela deve receber informações claras sobre as possibilidades de revisão e como requerê-las.⁵⁶

O *Comentário* destaca que, uma decisão sobre uma liberdade antecipada ou concessão de liberdade condicional exige uma revisão implícita da decisão anterior, um processo formal de tomada de decisão pelo órgão competente deve ser desenvolvido. Critérios bem definidos sobre a liberdade antecipada ou a liberdade condicional devem ser estabelecidos e claramente explicados aos prisioneiros. Tais critérios também reduzem ao mínimo os abusos de poder discricionário das autoridades competentes, assim como permite que os prisioneiros trabalhem para a liberação sabendo quais os critérios que devem satisfazer.⁵⁷

⁵⁶ Ibid, p. 21.

⁵⁷ Ibid, loc. cit.

Medidas não privativas de liberdade são ferramentas flexíveis que podem ser usadas nos estágios de pré-julgamento, de julgamento, de sentença e de pós-sentença. Elas devem ser sempre consideradas à luz do princípio da mínima intervenção.

No **estágio pré-julgamento**, o interesse do criminoso em ter o processo desconsiderado deve ser medido em face de:

- a proteção da sociedade;
- a prevenção de crimes/promoção do respeito à lei;e
- os direitos das vítimas.

A extinção dos procedimentos é uma medida não privative de liberdade comum neste estágio.

Nos estágios de julgamento e sentença, o recurso a medidas não privativas de liberdade deve considerar:

- as necessidades de reabilitação do criminoso;
- a proteção da sociedade;e
- os interesses das vítimas.

As vítimas devem ser consultadas sempre que apropriado.

No estágio pós-sentença, as autoridades devem ter um vasto rol de medidas não privativas de liberdade à disposição a fim de assegurar que a liberdade ao prisioneiro seja concedida o mais cedo possível, auxiliando na sua reintegração na sociedade.

5. Implantação de medidas não privativas de liberdade

As demais Regras de Tóquio se ocupam da implantação de medidas não privativas de liberdade, staff, voluntários e outros recursos comunitários, assim como pesquisa, planejamento, formulação e avaliação de políticas. Contudo, como algumas destas previsões podem ser consideradas como destinadas àqueles que estejam diretamente ligados à sua implantação, mais do que aos profissionais do direito, somente algumas

regras relativas à **implantação** serão aqui consideradas. Um conhecimento mais detalhado pode ser adquirido ao ler as Regras de Tóquio em sua integridade em conjunto com o **Comentário**. Esta seção se concentrará em tratar das regras relativas aos seguintes temas, que estão intrinsecamente ligadas à implantação das medidas não privativas de liberdade, notadamente: supervisão, duração, condições, processo de tratamento, disciplina e quebra das condições.

5.1 A supervisão de medidas não privativas de liberdade

Conforme destacado na Regra 10.1, “o objetivo da supervisão é reduzir a reincidência e auxiliar a reintegração do criminoso à sociedade de forma a minimizar a possibilidade de retornar à prática criminal.” Em certo sentido, trata-se meramente de uma repetição dos princípios básicos nos quais o conceito de medidas não privativas de liberdade é baseado, e os quais as autoridades responsáveis devem sempre ter em mente, notadamente, que o seu objetivo é auxiliar os criminosos a evitar uma volta ao crime ao reforçar o seu senso de responsabilidade, conseqüentemente auxiliando a sua reintegração na sociedade.

Medidas não privativas de liberdade, tais como sanções verbais e multas, não necessitam de nenhuma supervisão, mas outras, tais como a transferência para centros de atendimento, sursis, liberdade condicional, requerem supervisão, uma vez que são destinadas a conferir aos criminosos um guia e assistência para sua reabilitação social.⁵⁸ Medidas não privativas de liberdade deste tipo são baseadas na supervisão, cujo principal elemento é o relacionamento pessoal entre o supervisor e o criminoso. É óbvio que tais medidas não podem ser implantadas sem o consentimento do criminoso e que elas dependem para o seu sucesso, de sua participação e cooperação.⁵⁹ A supervisão pode ser descrita como tendo um objetivo de mão dupla, por um lado ela se foca nas responsabilidades do criminoso perante a comunidade, enquanto que, de outro lado, os auxilia a superar as dificuldades que eles venham a ter ao se adaptarem à vida na comunidade.⁶⁰

Sucedem que a supervisão é um grande desafio, conforme prevê a Regra 10.2, que estabelece que “se uma medida não privativa de liberdade demanda supervisão, esta deve ser feita por uma autoridade competente dentro das condições específicas previstas em lei. De acordo com o Comentário, algumas responsabilidades envolvidas na supervisão podem ser delegadas a grupos comunitários ou voluntários, no entanto quando isto for feito deve restar claro que todos os poderes estatutários permanecem nas mãos das autoridades competentes.⁶¹ Por outro lado, quando as funções de supervisão são

⁵⁸ Ibid, p. 22.

⁵⁹ Ibid, loc. cit.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid, pp. 22-23.

delegadas para agências que trabalham visando o lucro, surgem várias questões que necessitam de uma análise considerável à luz da Regra 10.2.⁶²

A Regra 10.3 estabelece que

“Dentro dos parâmetros de uma dada medida não privativa de liberdade, a forma mais adequada de supervisão e tratamento deve ser determinada para cada caso individual objetivando auxiliar o criminoso a trabalhar com o seu crime. A supervisão e o tratamento devem ser periodicamente revistos e ajustados conforme necessário.”

Entretanto, esta regra deve ser interpretada à luz da Regra 2.6, de acordo com a qual “medidas não privativas de liberdade devem ser utilizadas de acordo com o princípio da mínima intervenção”. Conseqüentemente, a medida acordada não deve ser mais severa do que o necessário para auxiliar o criminoso na sua reintegração à comunidade como um cidadão cumpridor da lei. A intervenção excessiva pode enfraquecer a auto-confiança do criminoso de forma a torná-lo muito dependente dos agentes supervisores.⁶³

É importante que as autoridades demonstrem que elas estão convencidas da correção das decisões que elas estão tomando sobre medidas não privativas de liberdade, e elas também devem assegurar que os criminosos são tratados equitativamente, de forma a evitar distinções injustas (conforme a Regra 2.2 e a Subseção 3.2.2.).

O criminoso deve estar envolvido com a maior intensidade possível na formulação do plano de tratamento, a intensidade da supervisão e do tratamento, e a possibilidade de ajuste destes em face do progresso feito pelo criminoso.⁶⁴ Isto não significa que a supervisão possa ser totalmente modelada de acordo com os desejos do criminoso, a tomada de decisão também deve considerar a natureza e gravidade do crime original, a personalidade e antecedentes do criminoso, o propósito da sentença e os direitos da vítima (cf. Regra 3.2).

Quanto à ajuda que os criminosos possam necessitar para se reintegrarem à sociedade com sucesso, a Regra 10.4 menciona “assistência psicológica, social e material e oportunidades para reforçar os laços com a comunidade”. Os criminosos podem ter um enorme rol de necessidades e problemas. Alguns podem necessitar de tratamento psicológico a longo prazo enquanto outros podem apenas necessitar de ajuda para encontrar um local para viver ou um emprego. Novamente, com base na Regra 10.4 a assistência dada deve respeitar o princípio da mínima intervenção e deve compreender apenas o que é absolutamente necessário para ajudar o criminoso.⁶⁵

⁶² Ibid, loc. cit.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

5.2 A duração das medidas não privativas de liberdade

Com relação à duração de medidas não privativas de liberdade, estas “não devem exceder o período estabelecido pela autoridade competente, de acordo com a lei” (Regra 11.1), mas “uma provisão para um término antecipado da medida pode ser feita para o caso de o criminoso responder favoravelmente a esta.” (Regra 11.2).

A Regra 11.1, assim, reforça o princípio da estrita legalidade na determinação de medidas não privativas de liberdade, que deve ser fixado por “autoridade competente” tomando uma decisão “de acordo com a lei”. Disto sucede que as autoridades implantadoras não tem poder para estender a duração da medida.⁶⁶ No entanto, uma medida em andamento pode ser *estendida* pela autoridade competente se tal extensão puder ser comprovadamente mais benéfica ao criminoso, por exemplo, para permitir que ele ou ela continue o curso de um tratamento, qualquer extensão, contudo, deve ser voluntária e tal requisito deve ser esclarecido ao criminoso.⁶⁷

Conforme previsto pela Regra 11.2, uma medida também pode ser *terminada antes que se expire o termo originalmente previsto*, o que novamente reflete o princípio de que medidas não privativas de liberdade devem ser limitadas ao menor período possível.⁶⁸ Isto deve encorajar os criminosos a se esforçarem para a sua reintegração na sociedade, e os procedimentos necessários devem ser claros e bem entendidos por eles.⁶⁹

5.3 As condições relacionadas às medidas não privativas de liberdade

De acordo com a Regra 12.1, sempre que a autoridade competente tiver que determinar as condições a serem determinadas pelo criminoso “deve levar em consideração tanto as necessidades da sociedade como as necessidades e direitos do criminoso e da vítima”. Aqui, novamente, é uma questão de fazer-se um balanço entre diversos interesses legítimos: se aos interesses do criminoso foi atribuído um peso indevido, as necessidades da vítima ou vítimas e da sociedade podem não ter sido satisfeitas e vice-versa. Assim, compete ao juiz individual ou a outra autoridade competente balancear estes interesses de forma equitativa e objetiva. Decorre do princípio da legalidade que a autoridade implantadora nunca deve impor condições que ultrapassem as exigências já fixadas pela autoridade judicial.⁷⁰

As condições a serem observadas pelo criminoso devem, nas palavras da Regra 12.2 “ser práticas, precisas e o mais reduzidas possível”, a última estipulação sendo também outra expressão do princípio da mínima intervenção, conforme estabelece a Regra 2.6. Ademais, as condições devem objetivar a redução da possibilidade de um

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid, loc. cit.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

criminoso reincidir no comportamento criminoso e aumentar as chances de reintegração social deste, considerando-se as necessidades da vítima”. Em outras palavras, é de fundamental importância que as condições sejam tanto *realistas* quanto *precisas*.⁷¹ Exceto se estiver claro que as condições são atingíveis pelo criminoso, elas podem impedir, mais do que facilitar seu progresso para a reintegração social. Quanto à exigência de precisão, é importante tanto para ajudar o criminoso a entender claramente as condições como para evitar dificuldades na relação entre o criminoso e supervisor.⁷²

As condições contidas nas Regras de Tóquio podem incluir aquelas que reforcem a responsabilidade do criminoso para com a sociedade e sua família, mantendo o seu emprego, prosseguindo com a sua educação, morando em um endereço específico, evitando o envolvimento em atividades criminais, e evitando determinados lugares.⁷³ Se, por exemplo, a condição for a prática de serviços comunitários, o trabalho atribuído ao criminoso deve ser socialmente útil, aumentando, desta forma, a sua chance de reintegração social.⁷⁴

Conforme estabelecido pela Regra 12.3, “no início da aplicação da medida não privativa de liberdade, o criminoso deve receber explicações, verbal e por escrito, das condições que regulam a aplicação da medida, incluindo as obrigações e direitos do criminoso.” Para que a medida tenha sucesso, é obviamente essencial que o criminoso esteja ciente sobre o que se espera dele. Para que as condições sejam claramente definidas também é importante que a autoridade implantadora estabeleça os critérios para verificar-se se as obrigações e condições foram ou não cumpridas.⁷⁵ Por último, a Regra 12.4 permite que a modificação de condições “pela autoridade competente de acordo com o progresso feito pelo criminoso”. Caso o criminoso tenha progredido em sua integração social, as condições podem ser atenuadas, enquanto que o contrário também é possível caso o criminoso não responda favoravelmente.

Esta flexibilidade permite que as autoridades evitem revogar as medidas não privativas de liberdade, medida que pode resultar em prisão do criminoso.⁷⁶

5.4 O processo de tratamento

A Regra 13.1 das Regras de Tóquio estabelece os seguintes exemplos de vários esquemas que “nos casos apropriados devem ser desenvolvidos para ir de encontro às necessidades dos criminosos de forma mais eficaz”:

- estudo de caso;

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid, p. 25.

⁷⁴ Ibid, loc. cit.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid.

- terapia em grupo;
- programas residenciais; e
- tratamento especializado para várias categorias de criminosos.

Os objetivos desta regra é encontrar a forma mais eficaz de auxiliar os criminosos com seus problemas particulares e para desenvolver novos programas para tentar lidar com as categorias particularmente difíceis de criminosos, tais como dependentes de drogas e criminosos sexuais.⁷⁷

Um princípio ainda mais óbvio está contido na Regra 13.2, de acordo com a qual “o tratamento deve ser conduzido por profissionais que tenham treinamento adequado e experiência prática.” Ainda, de acordo com o *Comentário* esta regra não pode ser entendida como uma proibição ao uso de programas de assistência não profissionais, onde a força destes programas está nas pessoas com experiência prática mais do que com qualificação profissional.⁷⁸

“Quando se é decidido que o tratamento é necessário, esforços devem ser feitos para entender os antecedentes do criminoso, sua personalidade, suas aptidões, inteligência, valores e, especialmente as circunstâncias que levam a cometer o crime.” (Regra 13.3). Claramente, sem que haja esta análise sobre o criminoso e a sua conduta criminal, será difícil escolher um programa de tratamento individualizado que lhe seja adequado.

Em linha com objetivo de promover um maior envolvimento com a comunidade na administração da justiça criminal, especificamente no tratamento dos criminosos (Regra 1.2), as Regras de Tóquio também autorizam a autoridade competente a “envolver a comunidade e os sistemas de suporte social na aplicação das medidas não privativas de liberdade (Regra 13.4). Este é um reconhecimento de que a comunidade, na forma de família, vizinhança, ambiente de trabalho e organizações sociais e religiosas, por exemplo, podem contribuir enormemente para o sucesso da reintegração social dos criminosos.⁷⁹

5.5 Disciplina e quebra de condições

Ainda que algumas medidas privativas de liberdade dependam do consentimento do criminoso, a maioria destas medidas são ainda sanções que implicam em alguma restrição à liberdade, e os criminosos podem deixar de cumprir com as obrigações a eles impostas.⁸⁰ Tal “quebra de condições a serem observadas pelo criminoso pode resultar em uma modificação ou revogação da medida não privativa de

⁷⁷ Ibid, p. 26.

⁷⁸ Ibid, loc, cit.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

liberdade (Regra 14.1). No entanto, de acordo com o *Comentário*, nem todas as quebras devem levar a modificação ou revogação, e o supervisor ou autoridade competente pode lidar com menor número de transgressões por meios menos formais.⁸¹

Considerando que modificações ou revogação de uma medida não privativa de liberdade pode gerar conseqüências sérias para o criminoso, cabe à autoridade competente tomar uma decisão sobre a matéria, mas deve fazê-lo somente “após um exame cuidadoso dos fatos aduzidos tanto pelo supervisor como pelo criminoso”. (Regra 14.2). Isto significa que o criminoso deve ter o direito de ver os documentos nos quais o pedido de modificação ou revogação seja feito, de contestar tais pedidos e de ser ouvido.⁸² Ao examinar o pedido, a autoridade competente também deve considerar a extensão com a qual o criminoso já tenha cumprido com a medida não privativa de liberdade, tais como, por exemplo, o fato de ele já ter cumprido com um número razoável de horas do trabalho comunitário imposto.⁸³

O princípio de que a prisão deve ser o último recurso de penalidade nos casos de violação das condições impostas para a medida não privativa de liberdade é claro pelos termos da Regra 14.3, de acordo com a qual “a falha de uma medida não privativa de liberdade não deve levar automaticamente à imposição de uma medida de custódia”. Adicionalmente, “no caso de modificação ou revogação de uma medida não privativa de liberdade, a autoridade competente deve atentar para o estabelecimento de medida privativa de liberdade alternativa que seja mais adequada à situação”, e somente se esta outra medida alternativa não seja encontrada, uma sentença de prisão pode ser imposta (Regra 14.4). De fato, para se impor uma medida de prisão para uma quebra de medida não privativa de liberdade pode ainda ser desproporcional ao crime original,⁸⁴ e as autoridades competentes deverão, conseqüentemente, proceder com considerável cuidado na decisão das conseqüências para a eventualidade de falta de cumprimento das condições impostas.

Também se deve ter cuidado para não atribuir ao criminoso as conseqüências do não cumprimento de condições, pelas quais ele não possa ser culpado, por exemplo, existem diversas situações nas quais um criminoso não pode pagar uma multa, algumas das quais podem estar além do seu controle, e este aspecto deve ser devidamente considerado quando a autoridade competente examinar a questão de modificação ou revogação da medida não privativa de liberdade.⁸⁵

A Regra 14.5 estabelece que “o poder de prender e deter o criminoso sob supervisão nos casos em que há quebra das condições deve ser prescrito por lei”. Estrito respeito ao princípio da legalidade deve novamente ser assegurado, incluindo todas as garantias judiciais básicas, às quais o criminoso tem direito quando privado de sua

⁸¹ Ibid, loc. cit.

⁸² Ibid, p. 28

⁸³ Ibid, loc. cit

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid.

liberdade.⁸⁶ O *Comentário* indica a importância de estabelecer um tempo máximo para detenção antes da investigação e decisão pela autoridade competente, o período deve ser curto e a decisão deve ser tomada o mais breve possível.⁸⁷

Por último, em consistência com a salvaguarda legal geral da Regra 3.6, a Regra 14.6 assegura ao criminoso “o direito de apelar à autoridade judicial ou outra autoridade competente” quando houver modificação ou revogação de uma medida não privativa de liberdade.

Supervisão de medidas não privativas de liberdade objetivam reduzir a reincidência no crime e ajudar o criminoso em sua reintegração social. A necessidade de supervisão depende da medida não privativa de liberdade em análise.

A supervisão deve ser conduzida por autoridade competente de acordo com as condições prescritas em lei.

A supervisão deve ser adaptada às necessidades do criminoso e depende, para o seu sucesso, de seu consentimento, participação e cooperação. Também deve ser revisada periodicamente.

A duração das medidas não privativas de liberdade deve ser estabelecida pela autoridade competente de acordo com a lei; a medida pode ser encerrada antes do previsto e também pode ser prolongada, se necessário, sempre objetivando o interesse do criminoso.

As condições ligadas às medidas não privativas de liberdade devem considerar as necessidades da sociedade e os direitos do criminoso e da vítima. As condições devem ser realísticas e precisas e devem ser explicadas ao criminoso tanto verbalmente, como por escrito.

Pode vir a ser necessário o desenvolvimento de esquemas de tratamento especiais para lidar com as necessidades e problemas para categorias particularmente difíceis de criminosos.

Nos casos de quebra de condições relacionadas a medidas não privativas de liberdade, as medidas podem ser modificadas ou

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

revogadas. No entanto, tal quebra não deve automaticamente ocasionar a privação de liberdade.

6. O papel de juízes, promotores e advogados na escolha das alternativas à prisão

Juízes, promotores e advogados têm um papel fundamental ao decidir se o criminoso será submetido a medidas não privativas de liberdade em substituição à prisão. Os poderes conferidos às profissões legais pela lei local indubitavelmente variam muito, mas, considerando o efeito adverso que a prisão normalmente causa, especialmente, aos menores criminosos, assim como os altos custos sociais envolvidos na prisão de criminosos, em cada oportunidade deve ser explorado para conferir aos criminosos uma chance de reabilitação através de meios menos drásticos, mas, possivelmente, através de sanções mais eficientes que a prisão.

Entretanto, o uso generalizado de medidas não privativas de liberdade exige o desenvolvimento de uma rede considerável de pessoas capacitadas, não só perante órgãos judiciais e de promotoria, mas também com relação a autoridades sociais e administrativas. Esforços cuidadosos e combinados são, assim, exigidos pelas autoridades em todos os níveis a fim de elaborar um rol de medidas não privativas de liberdade que possam ser aplicadas de forma flexível e ajustada às necessidades específicas de cada criminoso.

Juízes, promotores e advogados, com os seus contatos particulares e experiência com criminosos e suspeitos, têm um importante papel na definição dos problemas e de suas soluções e no estímulo de um debate aberto na sociedade sobre o crime e as formas de punição dos criminosos.

7. Notas de Conclusão

O presente capítulo focou na explicação das principais características das Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Penas Não-Privativas de Liberdade, que é um instrumento que fortemente promove o uso de medidas não privativas de liberdade sempre que tais medidas possam promover a reintegração social de um criminoso, relacionada com os interesses desta comunidade para a prevenção de crimes, respeito à lei e interesses das vítimas. Medidas não privativas de liberdade constituem um campo legal que está longe de ser completamente explorado, mas com uma importância potencial, com o qual tanto a comunidade como os criminosos poderiam beneficiar-se. Sanções para cometimento de crimes são em geral uma material de constante e minucioso debate, em particular, mas não exclusivamente, com relação a criminosos menores. Como nossas sociedades evoluem e mudam, assim como a extensão dos crimes praticados, e a questão das sanções *largo sensu* continuará a estar sujeita a grande interesse e preocupação para a sociedade.



.....**Capítulo 10**
OS DIREITOS DA CRIANÇA
NA ADMINISTRAÇÃO
DA JUSTIÇA

Objetivos de Aprendizagem

- *Familiarizar os participantes com as principais regras internacionais referentes aos direitos da criança na administração da justiça e com seus principais objetivos;*
- *Especificar as proteções processuais que devem ser concedidas à criança na administração da justiça;*
- *Incentivar os participantes a desenvolver maneiras de se certificar de que eles aplicarão estes direitos e proteções de forma rotineira quando confrontados com crianças no decorrer da administração da justiça.*

Questões

- *Quais problemas, em particular, você encontrou em seu trabalho com relação às crianças e adolescentes no decorrer da administração da justiça?*
- *Como você tentou resolver estes problemas?*
- *Você tentou recorrer a regras internacionais legais, tais como a Convenção sobre os Direitos da Criança a fim de resolver o(s) problema(s) em questão?*
- *Qual status legal tem a Convenção sobre os Direitos da Criança em seu país? Qual impacto legal ela teve até o momento?*
- *A noção do “melhor interesse” da criança existe no sistema doméstico legal com o qual você trabalha? Se existir, o que ela significa e como é aplicada?*
- *Até que ponto é permitido que a criança participe das decisões que se referem a ela no sistema legal em que você trabalha? Examine a situação a partir do ponto de vista processual criminal, separação e adoção.*
- *Qual é a idade da responsabilidade criminal no país onde você trabalha?*
- *As sentenças de prisão podem ser impostas a crianças com menos de 18 anos de idade no país onde você trabalha, e se puderem, de qual duração?*

- *Quais medidas de não-custódia estão disponíveis em resposta a transgressões cometidas por crianças ou adolescentes em seu país?*
- *Com base em quais razões uma criança pode ser separada de seus pais no país onde você trabalha?*
- *As adoções são autorizadas no país onde você trabalha? Se forem, a criança tem o direito de expressar sua opinião sobre a vontade de ser adotada?*
- *Quais medidas foram tomadas no(s) país(es) onde você trabalha a fim de familiarizar as profissões legais com os princípios legais contidos na Convenção sobre os Direitos da Criança e outros instrumentos legais relevantes?*

Instrumentos Legais Relevantes

Instrumentos Universais

- Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, 1966.
- Convenção sobre os Direitos da Criança, 1989.

- Declaração dos Direitos da Criança, 1959.
- Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Juventude (As Regras de Beijing), 1985.
- Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Adolescentes Privados de sua Liberdade, 1990.
- Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (As Diretrizes Riyadh), 1990.
- Declaração sobre os Princípios Sociais e Legais relacionados à Proteção e Bem-Estar das Crianças, com Referência Especial ao Incentivo da Colocação e Adoção Nacional e Internacionalmente, 1986.
- Diretrizes para a Ação sobre Crianças no Sistema de Justiça Criminal, Anexas à resolução do Conselho Econômico e Social 1997/30, sobre Administração da Justiça da Juventude

Instrumentos Regionais

- Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, 1981.

- Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança, 1990.
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969.
- Convenção Européia sobre Direitos Humanos, 1950.

- Recomendação N° R (87) 20 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre as Reações Sociais à Delinquência Juvenil.

1. Introdução

Como indica o título, o presente capítulo não tratará do assunto dos direitos da criança como tal, mas estará limitado à explicação dos principais padrões legais internacionais com referência *aos direitos da criança na administração da justiça*. Embora os tratados de direitos humanos em geral, tais como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e as convenções regionais sejam aplicáveis igualmente para as crianças, o ponto de partida para análise, neste capítulo, será a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual entrou em vigor em 2 de setembro de 1990, e a qual, a partir de 8 de fevereiro de 2002, foi ratificada por 191 Estados. Esta Convenção tornou-se uma ferramenta legal mundial, essencial ao aperfeiçoamento dos direitos da criança em geral, e, *inter alia*, das crianças afetadas pela administração da justiça através de processos criminais, separação ou adoção. A Convenção foi uma resposta atrasada à necessidade urgente de se elaborar um documento vinculatório legal que se concentrasse exclusivamente sobre as necessidades e interesses específicos da criança, os quais, como será visto abaixo, diferem das necessidades e interesses dos adultos em aspectos importantes. Antes da adoção desta Convenção, a criança estava no centro da pauta da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, a qual, entretanto, não abrangia as diversas questões relacionadas à administração da justiça por si.

Este capítulo também examinará as regras contidas, em particular, nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Juventude (as Regras de Beijing), as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Adolescentes Privados de sua Liberdade e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (as Diretrizes Riyadh). Embora estes instrumentos, por sua natureza, não criam obrigações legais vinculatórias, algumas destas regras contidas neles estão vinculando os Estados, pois elas também estão contidas na Convenção dos Direitos da Criança, enquanto outras podem ser consideradas como fornecendo “mais detalhes sobre o conteúdo dos direitos existentes”. (2) Elas também são invocadas com consistência pelo Comitê dos Direitos da Criança, quando este considera os relatórios dos Estados partes segundo os artigos 37, 39 e 40 da Convenção. Por último, as regras legais regionais, assim como a jurisprudência, tanto universal quanto regional, serão mencionadas, sempre que relevante.

Depois de descrever brevemente as atuais preocupações relacionadas à administração da justiça da juventude, este capítulo considerará o significado do termo “criança”, alguns princípios básicos que regem a administração da justiça, os

objetivos da justiça da juventude e o dever de criar um sistema de justiça da juventude. O capítulo também explicará com alguns detalhes as normas relacionadas tanto a crianças acusadas quanto a crianças privadas da liberdade. Finalmente, o capítulo, por sua vez, considerará os direitos da criança e as sanções penais, os direitos da criança em relação aos processos de separação e adoção, e o papel das profissões legais ao garantir os direitos da criança no decorrer da administração da justiça.

1.1 Terminologia

1.2

Para evitar confusão, deve-se salientar que a expressão “justiça da juventude” referir-se-á aos processos criminais, enquanto a expressão “administração da justiça” abrangerá todos os processos, tais como criminais, de separação e adoção.

2. A Administração da Justiça e as Crianças: Preocupações Persistentes

Embora a Convenção sobre os Direitos da Criança tenha provado ser um marco essencial na promoção e proteção universal dos direitos da criança, numerosos desafios permanecem para ser superados em muitos países antes que os direitos da criança possam se tornar uma realidade viva, incluindo, em particular, as situações em que as crianças entram em conflito com a lei. A violência da polícia contra as crianças não é incomum; nem o são os desaparecimentos involuntários, detenções arbitrárias e o uso de aprisionamento para infrações menores da lei por crianças muito jovens, a despeito do fato de que o aprisionamento deve ser usado apenas como meio de último recurso. Contrariamente à lei internacional, as crianças também são detidas freqüentemente em condições inaceitáveis, sujeitas à violência enquanto em detenção, inclusive a punições corporais como medida disciplinar, e em alguns países, mesmo executadas por transgressões cometidas quando tinham menos de 18 anos de idade. As delinquentes juvenis são vulneráveis em particular, e suas necessidades precisam ser abordadas de forma efetiva. Os desafios à frente são, pois, consideráveis, e para se progredir neste importante campo de proteção legal, são necessários esforços vigorosos, harmônicos e efetivos tanto a nível internacional quanto nacional. (3) A implementação efetiva dos direitos da criança é, pois, a responsabilidade de todos os Governos e membros das profissões legais, assim como de todos os adultos que lidam com crianças, tais como pais, parentes, amigos e professores.

3.1 A idade da maioridade em geral

O Artigo 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe que, para os fins da Convenção, “uma criança significa todo ser humano que esteja abaixo da idade de dezoito anos, a menos que, segundo a lei aplicável à criança, a maioridade seja atingida mais cedo”. Com relação ao *início da infância*, a Convenção não toma posição quanto a se ela começa no nascimento ou em algum outro ponto particular, tal como o momento da concepção. Entretanto, esta é uma questão que não necessita ser considerada com profundidade para os fins deste capítulo.(4)

Quanto ao *final da infância*, enquanto a Convenção contém um pouco de flexibilidade implícita, é preciso presumir que não é permitido aos Estados partes definir a idade da maioridade indevidamente baixa, a fim de evitar suas obrigações legais segundo o tratado. Fica claro, a partir do trabalho do Comitê dos Direitos da Criança, o organismo estabelecido segundo a Convenção para monitorar sua implementação, que o estabelecimento das idades mínimas, *inter alia*, para casamento e emprego precisa respeitar a Convenção como um todo, e em particular, o princípio básico do melhor interesse da criança e o princípio da não discriminação.(5)

3.2 A idade da responsabilidade criminal

No que se refere à *idade da responsabilidade criminal*, a Convenção sobre os Direitos da Criança não fixa nenhum limite, mas dispõe no artigo 40(3)(a) que os Estados partes em particular buscarão “o estabelecimento de uma idade mínima abaixo da qual as crianças serão presumidas como não tendo capacidade para infringir a lei penal”. O Comitê dos Direitos da Criança, conseqüentemente, notou com preocupação, a “*falta de uma idade mínima* abaixo da qual as crianças são presumidas como não tendo a capacidade de infringir a lei penal” e recomendou que tal idade fosse fixada por lei.(6) Ele também expressou preocupação com relação aos códigos penais que estabelecem a idade da responsabilidade criminal em, por exemplo, *sete* ou *dez anos*, a qual, em seu parecer, é “muito baixa”.(7) Ao examinar a redação da legislação da África do Sul, que visou o aumento da idade mínima legal de responsabilidade criminal de sete para dez anos, o Comitê observou que permaneceu preocupado, porque esta era “uma idade ainda relativamente baixa para responsabilidade criminal”.(8) Apesar da preocupação expressada várias vezes sobre estas idades muito baixas de responsabilidade criminal a nível doméstico, o Comitê não sugeriu qual poderia ser a idade mínima apropriada.

O Comitê manifestou preocupação particular quando crianças [adolescentes] com 16 a 18 anos são tratadas como adultos para fins de aplicação da lei criminal. Na visão do Comitê, os Estados partes da Convenção devem estender a todos os menores abaixo de 18 anos de idade a proteção especial prevista pela lei penal para

crianças.⁽⁹⁾

Neste aspecto, é digno de nota que, em seu Comentário Geral Nº 17 no Artigo 24 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o Comitê dos Direitos Humanos enfatizou que a idade limite para fins tais como assuntos civis, a **responsabilidade criminal** ou lei trabalhista, “não deve ser definida irrazoavelmente baixa e que, em qualquer caso um Estado parte não pode se eximir de suas obrigações segundo o pacto, com relação a pessoas abaixo da idade de 18 anos, não obstante elas terem alcançado a idade da maioridade segundo a legislação doméstica”.⁽¹⁰⁾

No Comentário Geral Nº 21 no artigo 10 do Pacto, o Comitê então notou que este artigo “não indica nenhum limite de idade juvenil”, acrescentando que, enquanto “isto deve ser determinado por cada Estado parte, à luz das respectivas condições sociais, culturais e outras, o Comitê é de parecer que o artigo 6, parágrafo 5, sugere que todas as pessoas abaixo de 18 anos devem ser tratadas como adolescentes, no mínimo em questões relacionadas à justiça criminal”.⁽¹¹⁾ Neste aspecto, é digno de nota que, segundo o artigo 6(5) do Pacto Internacional, as sentenças de morte “não serão impostas por crime cometido por pessoas abaixo dos dezoito anos de idade”.

A Regra 4(1) das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Juventude (doravante denominadas Regras de Beijing) dispõe que “naqueles sistemas legais que reconhecem o conceito de idade da responsabilidade criminal para adolescentes, o início desta idade não será fixada a um nível baixo demais, mantendo em mente os fatos da maturidade emocional, mental e intelectual”. O *Comentário* a esta disposição declara o seguinte:

“A idade mínima da responsabilidade criminal difere amplamente devido à história e à cultura. A abordagem moderna seria a de considerar se uma criança pode viver até os componentes morais e psicológicos da responsabilidade criminal; isto é, em virtude de seu discernimento e compreensão individuais, se pode ser imputada a uma criança a responsabilidade por seu comportamento essencialmente anti-social. Se a idade da responsabilidade criminal for fixada baixa demais, ou se não houver nenhum limite para idade mais baixa, a noção de responsabilidade tornar-se-ia sem sentido. Em geral, há um relacionamento próximo entre a noção de responsabilidade pelo comportamento delinqüente ou criminal e outros direitos e responsabilidades sociais (tais como estado civil, maioridade civil etc.). Conseqüentemente, deve-se envidar esforços para se acordar sobre o limite de idade razoavelmente mais baixo que seja aplicável internacionalmente.”

Entretanto, continua a haver amplas discrepâncias entre os países, mesmo a níveis regionais; na Europa, por exemplo, a idade da responsabilidade criminal varia de sete a dezoito anos de idade. Considerando-se que não há “neste estágio nenhum padrão comum claro entre os Estados membros do Conselho da Europa”, a Corte Européia dos Direitos Humanos concluiu que, embora “A Inglaterra e o País de Gales estejam entre as poucas jurisdições européias que retêm uma idade baixa de responsabilidade criminal, a idade de dez anos não pode ser dita como sendo tão jovem, quanto a diferir, de forma desproporcional, da idade limite dos outros Estados Europeus”.⁽¹²⁾ A atribuição de responsabilidade criminal a uma criança tão nova, não constitui conseqüentemente, por si, uma violação do artigo 3 da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos, a qual, *inter alia*, provê proteção contra tratamento e punições desumanos e degradantes.⁽¹³⁾ Entretanto, a julgar do trabalho do Comitê dos Direitos da Criança, conforme descrito acima, a idade de dez anos pareceria violar a Convenção sobre os Direitos da Criança.

*A menos que seja decidido de outra forma, a idade da **maioridade civil** é dezoito anos. Fixando as idades mínimas para casamento, trabalho e serviço militar, os Estados são legalmente obrigados a respeitar o melhor interesse da criança e o princípio da não discriminação.*

*Os Estados estabelecerão a **idade mínima para responsabilidade criminal**. Tal idade mínima não deve ser indevidamente baixa, e precisa respeitar o melhor interesse da criança e o princípio da não discriminação. Os adolescentes abaixo de dezoito anos de idade devem poder se beneficiar da proteção especial fornecida pela lei criminal à criança.*

4. Os Direitos da Criança na Administração da Justiça: Alguns Princípios Básicos

A lei internacional dos direitos humanos estipula vários princípios gerais que condicionam a consideração de todas as questões relacionadas aos direitos da criança, incluindo a administração da justiça da juventude. Esta seção tratará de quatro dos mais importantes destes princípios, a saber, (1) o princípio da não discriminação, (2) o melhor interesse da criança, (3) o direito da criança à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, e (4) o dever de respeitar as opiniões da criança. Esses princípios gerais são considerados consistentemente pelo Comitê dos Direitos da Criança em

relação a seu exame de relatórios periódicos: os Estados partes precisam assegurar que estes princípios “não apenas guiam a discussão política e a tomada de decisões, mas também estão adequadamente integrados em todas as revisões legais, assim como nas decisões judiciais e administrativas, e em projetos, programas e serviços que tenham impacto sobre as crianças”.⁽¹⁴⁾

4.1 O princípio da não discriminação

O artigo 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe que:

“1. Os Estados Partes devem respeitar e assegurar os direitos apresentados na presente Convenção a cada criança dentro de sua jurisdição, sem discriminação de qualquer tipo, independentemente da raça, cor, sexo, idioma, religião, política ou outra opinião, nacionalidade, origem étnica ou social, propriedade, deficiência física, nascimento ou outro status quer sejam da criança ou de seus pais ou guardiões legais.

2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar que a criança seja protegida contra todas as formas de discriminação ou punição com base no status, atividades, opiniões manifestadas ou crenças dos pais da criança, guardiões legais ou membros familiares.”

O Comitê dos Direitos da Criança em geral tem manifestado preocupação com relação a certos grupos vulneráveis de crianças, tais como *crianças no sistema de justiça da juventude*.⁽¹⁵⁾ Durante a discussão geral sobre a administração da justiça da juventude organizada pelo Comitê em 13 de novembro de 1995, preocupação particular foi divulgada “sobre circunstâncias em que critérios de uma natureza subjetiva e arbitrária (tais como relativos à chegada na puberdade, a idade do discernimento ou à personalidade da criança) ainda prevaleciam na avaliação da responsabilidade criminal das crianças e na decisão sobre as medidas aplicáveis a elas”.⁽¹⁶⁾ Finalmente, o Comitê manifestou preocupação “com a insuficiência das medidas para prevenir e combater a discriminação praticada contra as crianças Roma, crianças inválidas e crianças nascidas fora do vínculo do casamento” na Bulgária.⁽¹⁷⁾

O princípio da não discriminação também está contido, *inter alia*, no artigo 3 da Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança e na Regra 2(1) das Regras de Beijing. As disposições sobre a não discriminação e a igualdade nos demais instrumentos de direitos humanos de natureza geral também permaneceram igualmente válidas quando aplicadas a crianças (por ex., artigos 2(1) e 26 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, art. 2 da Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, artigos 1 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e artigo 14 da Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos).

Informações mais detalhadas sobre o princípio da igualdade e da não discriminação são encontradas no Capítulo 13 deste Manual.

4.2 O melhor interesse da criança

O artigo 3(1) da Convenção sobre os Direitos da Criança é a disposição essencial sobre o princípio do melhor interesse e reza conforme segue:

“1. Em todas as ações relacionadas às crianças, sejam elas empreendidas pelas instituições de bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou entidades legislativas, o melhor interesse da criança constituirá a consideração principal.”

A Convenção sobre os Direitos da Criança examina se os Estados partes deram a devida consideração ao princípio do melhor interesse da criança em sua legislação doméstica e sua aplicação em áreas tais como a definição legal da criança, em particular no que tange à idade mínima para o casamento, o emprego e o serviço militar.⁽¹⁸⁾ Por exemplo, ela manifestou preocupação com relação à Bulgária na “consideração insuficiente do princípio do melhor interesse da criança ao tentar resolver situações de detenção, institucionalização e abandono das crianças, assim como em relação ao direito da criança de testemunhar em corte.”⁽¹⁹⁾

O fato de que o melhor interesse da criança “será uma consideração *principal*” (ênfase acrescentada) na decisão que afeta a criança é uma indicação de que “o melhor interesse da criança nem sempre será único, sobrepujando fatores a serem considerados”, mas que “pode haver competição ou conflito de interesses dos direitos humanos, por exemplo, entre crianças individuais, entre diferentes grupos de crianças e entre crianças e adultos”.⁽²⁰⁾ Entretanto, o interesse da criança “precisa ser objeto de consideração ativa”, e “precisa ser demonstrado que o interesse das crianças tenha sido explorado e levado em conta como uma consideração principal”.⁽²¹⁾

O artigo 4(1) da Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança também dispõe que “em todas as ações referentes à criança, empreendidas por qualquer pessoa ou autoridade, o melhor interesse da criança constituirá a consideração principal”. Embora o princípio do melhor interesse da criança não esteja expressamente incluso no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o Comitê de Direitos Humanos enfatizou que “o interesse supremo das crianças” precisa ser mantido em mente, em relação à dissolução do casamento dos pais.⁽²²⁾

4.3 O direito da criança à vida, sobrevivência e desenvolvimento

O artigo 6 da Convenção sobre os Direitos da Criança estipula que os “Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida” (parágrafo 1) e que “devem ser assegurados, até o máximo possível, a sobrevivência e o desenvolvimento da criança” (parágrafo 2). O artigo 2 da Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança garante a toda criança “um direito inerente à vida”, o qual “será protegido por lei” (parágrafo 1). Os Estados Partes também se obrigam a “assegurar, até o máximo possível, a sobrevivência, proteção e desenvolvimento da criança” (parágrafo 2).

O direito de uma criança à vida, é lógico, também é igualmente protegido segundo o artigo 6 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o artigo 4 da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, o artigo 4 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e o Artigo 2 da Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos.

A redação do artigo 6(2) da Convenção sobre os Direitos da Criança também deixa claro que os Estados partes poderão ter que tomar *medidas positivas* a fim de maximizar “a sobrevivência e o desenvolvimento” das crianças sob sua jurisdição. Assim, pode ser necessário que os Estados “tomem medidas apropriadas”, *inter alia*, “para diminuir a mortalidade de bebês e crianças”, ou fornecer às crianças “os cuidados com a saúde e a assistência médica necessária” (cf. art. 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança). Outras medidas que os Estados poderão ter que tomar, a fim de proteger o direito inerente da criança à vida, poderão ser, entre muitas outras: prover alimentação nutritiva adequada e água potável limpa, proibir a pena de morte e prevenir e proibir execuções extrajudiciais, arbitrárias ou sumárias e desaparecimentos forçados.⁽²³⁾ Pode também ser necessário que os Estados partes tomem medidas efetivas para proteger as crianças contra os efeitos negativos de confrontos armados, e estabelecer as medidas de reabilitação para crianças vítimas de tais confrontos.⁽²⁴⁾

Conforme salientado pelo Comitê dos Direitos Humanos no Comentário Geral Nº 6, no artigo 6 do Pacto Internacional, “o direito à vida tem sido interpretado de forma limitada com demasiada frequência”; em sua opinião, “a expressão ‘direito inerente à vida’ não pode ser corretamente compreendida de um modo restritivo, e a proteção desse direito requer que os Estados adotem medidas positivas”.⁽²⁵⁾ Conseqüentemente, seria “recomendável que os Estados partes tomassem todas as medidas possíveis para reduzir a mortalidade infantil e aumentar a expectativa de vida, especialmente adotando medidas para eliminar a subnutrição e as epidemias”.⁽²⁶⁾

4.4 O direito da criança de ser ouvida

Um outro princípio geral importante é encontrado no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, segundo o qual:

“1. Os Estados Partes assegurarão à criança que é capaz de

formar suas próprias opiniões o direito de expressar livremente essas opiniões em todos os assuntos que afetem a criança, as opiniões da criança recebendo a devida ponderação em conformidade com a idade e a maturidade da criança.

2. Para esta finalidade, será propiciada à criança a oportunidade de ser ouvida em qualquer processo judicial e administrativo que a afete, seja diretamente, ou através de um representante ou uma entidade apropriada, de forma consistente com as regras processuais da legislação nacional”.

O Comitê dos Direitos da Criança tem promovido de forma consistente os direitos de participação da criança, e enfatizado o dever dos Estados partes “de garantir seu efetivo uso das liberdades fundamentais, incluindo os de opinião, expressão e associação”, conforme contido nos artigos 13, 14 e 15 da Convenção. (27) Esta é uma expressão do fato de que a criança precisa ser olhada como uma pessoa em seu próprio direito ou “como um sujeito ativo dos direitos”.(28)

O artigo 12(2) da Convenção, de fato, abrange “uma gama muito ampla de audiências no tribunal e também tomadas de decisões formais afetando a criança, por exemplo, em educação, saúde, planejamento, meio ambiente e etc.”(29)

O direito de uma criança de ser ouvida, segundo o Artigo 12 da Convenção, não significa, entretanto, que a criança tem “direito de auto-determinação”, mas somente que ela tem direito de “se envolver na tomada de decisão”.(30) Essa participação precisa ser autêntica, e não pode ser reduzida a uma formalidade. Além disso, quanto mais velha e mais amadurecida for a criança, maior peso será dado às suas opiniões. Isso significa que é preciso dar um peso particular às opiniões do adolescente no decorrer do processo com relação à pessoa do adolescente.

Com relação à *adjudicação e disposição dos adolescentes*, a Regra 14(2) das Regras de Beijing também dispõe que:

“O processo deve ser conducente ao melhor interesse do adolescente, e será conduzido em uma atmosfera de compreensão, o que deve permitir que o adolescente participe do mesmo e se expresse livremente.”

O direito de ser ouvido em um processo judicial referente a si mesmo, como tem sido visto nos Capítulos 5 a 7 deste Manual, é reconhecido para adultos e constitui uma importante salvaguarda do processo. Entretanto, é um direito que adquire ênfase particular quando se relaciona a crianças, pois poderão ser necessários esforços especiais para se assegurar que uma criança seja autenticamente ouvida.

Os quatro princípios gerais acima mencionados, identificados pelo Comitê dos Direitos da Criança devem ser mantidos em mente no decorrer deste capítulo, porque eles qualificam os processos vinculados à administração da justiça da juventude, a qual, conseqüentemente, precisa respeitar os princípios de não discriminação, o melhor interesse da criança, o direito inerente da criança à vida e o direito da criança de ser ouvida.

Na administração da justiça, isto é, em processo criminal, assim como em processos referentes, inter alia, à separação entre uma criança e seus pais ou em processo de adoção, é exigido que os Estados respeitem os seguintes princípios básicos:

- *O princípio da não discriminação;*
- *O melhor interesse da criança;*
- *O direito da criança à vida, sobrevivência e desenvolvimento; e*
- *O direito da criança de ser ouvida.*

5. Os Objetivos da Justiça da Juventude

O objetivo declarado do sistema de justiça da juventude, como um todo na lei internacional de direitos humanos é ***a reabilitação e a reintegração social da criança***. Isso fica claro, em particular, no Artigo 40(1) da Convenção sobre os Direitos da Criança, que reza:

“1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança suspeita, acusada, ou reconhecida como tendo infringido a lei penal, de ser tratada de uma forma consistente com a promoção do sentido de dignidade e merecimento da criança, o que reforça o respeito da criança pelos direitos humanos e liberdades fundamentais de outros, e que leva em consideração a idade da criança e ***o desejo de promover a reintegração da criança e a assunção, pela criança, de um papel construtivo na sociedade***” (ênfase acrescentada).

Em relação à consideração dos relatórios apresentados pelos Estados partes, o

Comitê dos Direitos da Criança expressou preocupação com o número insuficiente de recursos e programas para a recuperação física e psicológica e pela reintegração social dos adolescentes, (31) “a falta de medidas de reabilitação e recursos educacionais para os transgressores adolescentes”, assim como “a colocação de ‘delinquentes potenciais’ em centros de detenção, ao invés de instituições de cuidado para sua reabilitação”.(32)

O artigo 10(3) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos também dispõe, *inter alia*, que “o sistema penitenciário compreenderá tratamento dos prisioneiros, **cujo objetivo essencial será sua reforma e reabilitação social**” (ênfase acrescentada).

Conforme declarado pelo Comitê dos Direitos Humanos, “nenhum sistema penitenciário deve ser apenas de castigo, ele deve buscar essencialmente a reforma e a reabilitação social do prisioneiro”.(33)

Conforme a Regra 5.1 das Regras de Beijing,

“O sistema de justiça da juventude enfatizará o bem-estar do adolescente e assegurará que qualquer reação aos transgressores adolescentes será na proporção das circunstâncias tanto dos transgressores quanto da transgressão”.

De acordo com o *Comentário* que a acompanha, esta regra “refere-se a dois dos mais importantes objetivos da justiça da juventude”.(34) O **primeiro objetivo** é pois “a promoção do bem-estar do adolescente”, o qual deve não somente ser enfatizado por aqueles sistemas legais nos quais os transgressores adolescentes são tratados, pelas varas da família ou autoridades administrativas, mas também “por aqueles sistemas legais que seguem o modelo da corte criminal” a fim de que eles contribuam “para evitar as meras sanções punitivas”.(35)

O **segundo objetivo** é o princípio da proporcionalidade, o qual, neste contexto particular, significa que “a resposta aos transgressores jovens deve ser baseada na consideração não apenas da gravidade da transgressão mas também das circunstâncias pessoais”, tais como “status social, situação da família, o prejuízo causado pela transgressão ou demais fatores que afetem as circunstâncias pessoais”.(36) Tais circunstâncias “devem influenciar a proporcionalidade das reações (por exemplo, através da consideração pelo esforço do transgressor em indenizar a vítima, ou pela sua vontade de se orientar para uma vida salutar e útil)”.(37)

O princípio da proporcionalidade também precisa, entretanto, ser protegido ao assegurar o bem-estar do transgressor jovem, de forma que as medidas tomadas não ultrapassem o necessário, em cuja omissão os direitos fundamentais do transgressor

jovem poderão ser infringidos. [\(38\)](#)

Em outras palavras, a Regra 5 “requer nem mais nem menos do que uma reação justa em quaisquer casos dados de delinquência e crime juvenis. As questões combinadas na regra podem ajudar a estimular o desenvolvimento em ambos os aspectos: tipos de reações novos e inovadores são tão desejáveis quanto precauções contra qualquer abertura indevida da rede formal de controle social sobre os adolescentes.” [\(39\)](#)

O foco principal sobre a reabilitação do transgressor adolescente também está presente no artigo 17(3) da Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança, segundo a qual “o objetivo essencial do tratamento de toda criança durante o julgamento, e também se provada culpada de infração da lei penal, será sua **reforma, reintegração em sua família e reabilitação social**” (ênfase acrescentada). Embora não limitado aos transgressores adolescentes, o artigo 5(6) da Convenção Americana dos Direitos Humanos estipula que “as punições consistindo de privação da liberdade terão como objetivo essencial a reforma e a readaptação social dos prisioneiros”. A Convenção Européia sobre os Direitos Humanos se cala quanto a esta questão, mas na Recomendação de Nº R (87) 20 sobre as Reações Sociais à Delinquência Juvenil, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa expressa sua convicção “de que o sistema penal para menores deve continuar a ser caracterizado por seu objetivo de educação e integração social, e que ele deve, dentro do possível, abolir a prisão para menores” [\(40\)](#)

Segundo a lei internacional dos direitos humanos o objetivo geral do sistema de justiça da juventude precisa ser promover a reabilitação e a reintegração social da criança, incluindo o sentido de dignidade e merecimento da criança sobre sua própria pessoa, assim como seu respeito pelos direitos fundamentais dos outros.

6. O Dever de Criar um Sistema de Justiça da Juventude

Para poder dar efeito às suas obrigações derivadas de muitas regras internacionais legais vigentes na administração da justiça da juventude, é necessário que os Estados aprovem leis e regulamentos específicos a nível nacional. Segundo o artigo 40(3) da Convenção sobre os Direitos da Criança, “os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições especificamente aplicáveis às crianças suspeitas, acusadas, ou reconhecidas como tendo infringido a lei penal”. Eles buscarão, em particular, estabelecer uma idade mínima de responsabilidade criminal, assim como as medidas para lidar com tais crianças sem recorrer a processos judiciais, providenciando para que os direitos humanos e as proteções legais sejam plenamente respeitados (art. 40(3)(a) e (b)).

O Comitê dos Direitos da Criança tem tido ocasião de expressar sua séria preocupação com a ausência de um tal sistema de justiça da juventude, e em particular com a ausência de leis, procedimentos e cortes de juventude.⁽⁴¹⁾ Em outras ocasiões ele declarou sua preocupação com a falta de uma administração eficiente e efetiva da justiça da juventude, e em particular sua falta de compatibilidade com a Convenção, assim como com outros modelos relevantes das Nações Unidas.⁽⁴²⁾

Os Estados têm um dever legal de estabelecer um sistema legal específico de justiça da juventude, incluindo cortes de juventude, para lidar com jovens transgressores e estabelecer uma idade mínima para a responsabilidade criminal.

7. A Criança Acusada e a Administração da Justiça

As defesas processuais com relação à captura, detenção, investigação criminal e julgamento abordados nos Capítulos 5 a 7 acima são, naturalmente, igualmente válidas quando há crianças suspeitas de terem cometido uma transgressão criminal. Em outras palavras, ***é preciso garantir às crianças os mesmos direitos dos adultos em todos os estágios relevantes do processo criminal***, e o Comitê dos Direitos da Criança manifestou preocupação com os locais onde o devido processo não tem sido sempre assim garantido.⁽⁴³⁾

Por causa das peculiaridades da justiça da juventude, as salvaguardas processuais revestem-se de importância adicional, pois elas precisam, *inter alia*, proteger o melhor interesse da criança e assegurar o respeito por seus direitos de ser

ouvida e de reintegração social. Nesta seção, alguns dos direitos mais fundamentais da criança acusada serão esclarecidos, sem nenhuma tentativa de fornecer uma análise exaustiva desses importantes direitos. A ênfase será colocada sobre aquelas regras que são derivadas das necessidades específicas da criança acusada.

7.1 O direito de liberdade da tortura e do tratamento e punição cruéis, desumanos ou degradantes

Segundo o artigo 37(a) da Convenção sobre os Direitos da Criança, “nenhuma criança será submetida à tortura ou a outro tratamento ou punição cruéis, desumanos ou degradantes”; enquanto o artigo 17(2)(a) da Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança estipula que os Estados partes “... assegurarão que nenhuma criança que seja detida ou aprisionada, ou de outra forma privada de sua liberdade, seja submetida a tortura, tratamento ou punição desumanos ou degradantes”.

A criança, naturalmente, também se beneficia da proteção geral contra abusos físicos e mentais, encontrados no artigo 7 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, na Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes, Artigo 5 da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, o artigo 5 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e o artigo 3 da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos. Esta proibição é *absoluta* e não pode, em nenhuma circunstância ser derogada.

A proibição de tratamento cruel é, naturalmente, particularmente relevante para as crianças privadas da liberdade, mas também se refere àquelas crianças que, por exemplo, estão sob investigação pela polícia sem serem presas ou detidas. De fato, os períodos mais críticos para uma criança suspeita ou acusada de ter cometido um crime são a investigação da polícia e a detenção pré-julgamento, quando ela tem maior probabilidade de estar sujeita a tratamento cruel e demais formas de abuso. *É importante estar consciente de que os atos que não podem ser considerados como constituindo tratamento ilegal de um adulto podem ser inaceitáveis no caso de crianças por causa de sua sensibilidade específica e particular vulnerabilidade.* Durante o Dia da Discussão Geral sobre a administração da justiça da juventude, organizado pelo Comitê dos Direitos da Criança, “foi sugerido que fosse dada séria consideração ao desenvolvimento de mecanismos independentes, a níveis nacional e internacional, para assegurar visitas periódicas e um monitoramento efetivo” das instituições onde crianças estão detidas.⁽⁴⁴⁾ Tais visitas seriam uma importante ferramenta na prevenção de abusos de crianças. Uma outra medida importante para prevenir o tratamento ilegal de crianças pelos oficiais das sanções legais, por exemplo, seria a organização de cursos para treinar estes profissionais em métodos de tratamento de pessoas jovens de forma construtiva.

Ao considerar o relatório periódico da Índia, o Comitê dos Direitos da Criança

expressou preocupação sobre os “numerosos relatórios sobre tratamento cruel, punição corporal, tortura e abuso sexual de crianças rotineiros nas dependências da detenção, e exemplos alegados de assassinatos de crianças vivendo e/ou trabalhando nas ruas por oficiais de aplicação da lei”.(45) O Comitê, conseqüentemente, recomenda “que seja obrigatório o registro de cada criança levada a uma agência de polícia, incluindo a hora, data e o motivo para a detenção, e que tal detenção esteja sujeita a uma freqüente revisão obrigatória por um magistrado”. O Comitê também incentivou o Estado parte a aditar o Código de Processo Criminal “de forma que o exame médico, incluindo a verificação da idade, seja obrigatório na hora da detenção e a intervalos regulares”.(46) Finalmente, ele também recomendou que a Lei de Justiça da Juventude fosse aditada “para providenciar mecanismos de queixa e instauração de processo para casos de abuso de crianças sob custódia”.(47)

Segundo o artigo 39 da Convenção sobre os Direitos da Criança, os Estados partes têm um dever legal de “tomar todas as providências apropriadas para promover a recuperação física e psicológica e a reintegração social de uma criança vítima de ... tortura ou qualquer outra forma de tratamento ou punição cruéis, desumanos ou degradantes... . Tal recuperação e reintegração ocorrerão em um ambiente que incentive a saúde, o auto-respeito e a dignidade da criança”. No parecer do Comitê dos Direitos da Criança, este artigo “merece maior atenção”, e conseqüentemente, devem ser desenvolvidos programas e estratégias para promover a recuperação física e psicológica e a reintegração social, *inter alia*, das crianças no sistema de administração da justiça.(48)

Na interpretação do Artigo 7 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o Comitê de Direitos Humanos manteve que a proibição de tratamento cruel “precisa ser estendida a punição corporal, incluindo castigo excessivo ordenado como punição para crime ou uma medida educativa ou disciplinar”, enfatizando, além disso, que este artigo “protege, em particular, as crianças, estudantes e pacientes nas instituições de ensino e médicas”.(49) Para mais detalhes sobre a questão da punição corporal, veja também o Capítulo 8, subseção 2.3.3.

A criança tem, todo o tempo, um direito absoluto de não ser submetida à tortura ou tratamento ou punição cruéis, desumanos ou degradantes. Essa proibição inclui punição corporal imposta como castigo por uma transgressão ou uma medida educativa ou disciplinar.

Uma criança vítima de abuso tem direito às medidas apropriadas para promover sua recuperação física e psicológica e reintegração social.

7.2 Tratamento geral da criança / o melhor interesse da criança

Em conformidade tanto com o artigo 3(1) quanto com o 40(1) da Convenção sobre os Direitos da Criança, o melhor interesse da criança constituirá o princípio básico que orienta todas as instituições e autoridades, incluindo os tribunais em todas as ações referentes às crianças. Uma criança “suspeita, acusada ou reconhecida como tendo infringido a lei penal”, tem o direito de “ser tratada de uma maneira consistente com a promoção do sentido da dignidade e do merecimento da criança, que reforce o respeito da criança pelos direitos humanos e liberdades fundamentais dos outros, e que leve em consideração a idade da criança e o desejo de promover a reintegração da criança e a aceitação pela criança de um papel construtivo na sociedade” (art. 40(1)) da Convenção).

O artigo 17(1) da Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança dispõe que “toda criança acusada ou provada culpada de ter infringido a lei penal terá direito a tratamento especial de um modo consistente com o sentido de dignidade e merecimento da criança e que reforce o respeito da criança pelos direitos humanos e liberdades fundamentais dos outros”. A questão da reintegração social da criança é tratada no artigo 17(3), segundo o qual “o objetivo essencial do tratamento de toda criança durante o julgamento, e também se provada culpada de infringir a lei penal, será sua reforma, reintegração em sua família e reabilitação social.”

Na questão do melhor interesse da criança, veja também a subseção 4.2 acima.

A noção do “melhor interesse” da criança precisa orientar todas as instituições e autoridades, incluindo tribunais, em todas as ações referentes às crianças, com o objetivo último de promover sua reintegração social.

7.3 Alguns direitos processuais fundamentais

Toda criança suspeita ou acusada de ter infringido a lei penal terá, **no mínimo**, as garantias enumeradas no artigo 40(2)(a) e (b) da Convenção sobre os Direitos da Criança. Embora algumas dessas garantias sejam princípios geralmente estabelecidos em lei internacional de direitos humanos, outras são designadas para atender às necessidades e interesses específicos das crianças.⁽⁵⁰⁾ Ao mesmo tempo, é preciso manter em mente que, sempre que for relevante, os direitos processuais contidos nos demais tratados internacionais de direitos humanos também precisam ser assegurados durante a administração da justiça da juventude. Entretanto, como esses direitos processuais já foram tratados com um pouco de profundidade nos Capítulos 5 a 7, não serão repetidos aqui.

7.3.1 O princípio de *nullum crimen sine lege*

O princípio de *nullum crimen sine lege* [Não há crime sem lei anterior que o defina] é um princípio fundamental garantido pelo artigo 40(2)(a) da Convenção sobre os Direitos da Criança, segundo o qual “nenhuma criança será suspeita, acusada ou reconhecida como tendo infringido a lei penal por causa de atos ou omissões que não eram proibidos pela lei nacional ou internacional na ocasião em que foram cometidos”. Este é um princípio legal tão importante que se tornou não derogável segundo o artigo 4(2) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, artigo 27(2) da Convenção Americana dos Direitos Humanos, e o artigo 15(2) da Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos. Sobre este princípio, veja também o Capítulo 7, seção 3.11.

7.3.2 O direito de ser presumido inocente

O direito da criança “de ser presumida inocente até que seja provada culpada segundo a lei” está contido no artigo 40(2)(b)(i) da Convenção sobre os Direitos da Criança, enquanto o artigo 17(2)(c)(i) da Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança garante o direito da criança de ser “presumida inocente até que seja devidamente reconhecida culpada”.

O Comitê dos Direitos da Criança expressou preocupação sobre o fato de que o Ordenamento da Prova (N.I.) Criminal do Reino Unido de 1988 “parece ser incompatível com” o artigo 40 da Convenção, e “em particular com o direito de presunção de inocência e o direito de não ser compelido a dar testemunho ou confessar culpa”; segundo esta lei “o silêncio em resposta ao interrogatório policial pode ser usado para dar suporte a uma investigação de culpa contra uma criança acima dos 10 anos de idade na Irlanda do Norte. O silêncio no julgamento pode ser usado de forma semelhante contra as crianças acima de 14 anos de idade.”⁽⁵¹⁾ Conseqüentemente, o Comitê recomendou “que a emergência e outra legislação, incluindo a que se relaciona ao sistema de administração da justiça da juventude, ... em operação na Irlanda do Norte devem ser revistas para assegurar sua consistência com os princípios e disposições da Convenção.”⁽⁵²⁾ Sobre o direito de ser presumido inocente até que seja provado culpado, veja também o Capítulo 6, seção 5.

7.3.3 O direito à informação imediata e o direito à assistência legal

O artigo 40(2)(b)(ii) proclama o direito da criança “de ser pronta e diretamente informada das acusações contra ela e, se apropriado, através de seus pais ou guardiões legais, e de ter assistência legal ou apropriada no preparo e apresentação de sua defesa”. Se comparados com outras disposições legais internacionais semelhantes, tais artigos 9(2) e 14(3)(a) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a Convenção sobre os Direitos da Criança difere, primeiro, no “se apropriado”, a criança pode ser informada através de seus pais ou guardiões legais; em segundo

lugar, no fato de a referência ao direito de a criança “ter *assistência legal ou outra apropriada*” (ênfase acrescentada) no preparo e apresentação de sua defesa é uma modificação comparada à lei geral dos direitos humanos.⁽⁵³⁾ A referência a “outra assistência apropriada” torna possível que uma criança tenha sua defesa assegurada por não advogados. Entretanto, é preciso presumir que, no melhor interesse da criança e por razões de justiça, deve-se recorrer a tal assistência apenas em casos de infração menor da lei.

A Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança dispõe a este respeito que toda criança acusada de infringir a lei penal “será prontamente informada, em uma linguagem que ela compreenda, e de forma detalhada, da acusação contra ela” (art. 17(2)(c)(ii)) e “ser-lhe-á garantida assistência legal e outra assistência apropriada no preparo e apresentação de sua defesa” (art. 17(2)(c)(iii)).

7.3.4 O direito de ser julgada sem demora

O artigo 40(2)(b)(iii) estipula que a criança tem o direito “de ter o assunto determinado sem demora por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em uma audiência justa de acordo com a lei, na presença de assistência legal ou outra apropriada, e, a menos que seja considerado como não constituindo o melhor interesse da criança, em particular, levando-se em conta sua idade ou situação, seus pais ou guardiões legais”. O artigo 17(2)(c)(iv) da Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança proclama de forma mais lacônica que a criança acusada “terá o assunto determinado com a rapidez possível por um tribunal imparcial...”.

Como foi visto no Capítulo 7, os tratados internacionais de direitos humanos garantem o direito de ser julgado “sem demora indevida” (art. 14(3)(c) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos) ou “dentro de um prazo razoável” (art. 6(1) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos). *Com relação às crianças, entretanto, a questão da rapidez do processo é particularmente importante, e a criança precisa, conseqüentemente, ser julgada “sem demora”, o adjetivo “indevida” tendo sido omitido do artigo 40 da Convenção sobre os Direitos da Criança.*

O artigo 40(2)(b)(iii), por outro lado, reflete o princípio fundamental de que a adjudicação de pessoas acusadas de ter cometido uma transgressão criminal precisa ser feita por uma entidade *competente, independente e imparcial*, que possa garantir ao acusado uma *audiência justa*. Para mais detalhes sobre estes princípios fundamentais, veja os Capítulos 4 e 7.

Esta disposição também implica que pode haver casos em que seja considerado o melhor interesse da criança em questão a exclusão de seus pais ou guardiões legais do processo. Sobre esta mesma questão, a Regra 15.2 das Regras de

Beijing estipulam que:

“Os pais ou o guardião terão direito de participar do processo e poderão ser exigidos pela autoridade competente para assisti-los no interesse do adolescente. Entretanto, pode lhes ser negada participação pela autoridade competente se houver razões para se presumir que tal exclusão seja necessária, no interesse do adolescente.”

De acordo com o *Comentário* à Regra 15.2, o direito dos pais ou guardiões de participar do processo “deve ser visto como assistência geral psicológica e emocional ao adolescente – uma função que se estende por todo o processo”.⁽⁵⁴⁾ O *Comentário* fornece a seguinte explicação da possibilidade de se excluir os pais ou guardiões legais do processo:

“A busca da autoridade competente por uma disposição adequada do caso pode aproveitar, em particular, a cooperação dos representantes legais do adolescente (ou, para aquele assunto, algum outro assistente pessoal em quem o adolescente possa confiar, e realmente confie). Tal preocupação pode ser impedida se a presença dos pais ou guardiões nas audiências desempenhar um papel negativo, por exemplo, se eles mostrarem uma atitude hostil para o adolescente, daí, a possibilidade de sua exclusão precisar ser providenciada.”⁽⁵⁵⁾

É razoável concluir que o mesmo motivo também pode justificar a exclusão dos pais ou guardião legal da criança segundo o artigo 40(2)(b)(iii) da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Naturalmente, é particularmente importante que as crianças tenham acesso *imediato* ao advogado.⁽⁵⁶⁾

7.3.5 O direito de não se incriminar e o direito de examinar e ter testemunhas

O artigo 40(2)(b)(iv) da Comitê dos Direitos da Criança contém dois direitos separados, a saber, o direito da criança de “não ser compelida a prestar testemunho ou confessar culpa”; e, em segundo lugar, o direito “de examinar ou ter as testemunhas adversas examinadas e obter a participação e o exame das testemunhas em seu favor, sob condições de igualdade”.

Conforme notado acima, o Comitê dos Direitos da Criança expressou preocupação sobre uma lei autorizando a polícia a usar o silêncio em resposta ao interrogatório para dar suporte à investigação de culpa de uma criança acima de dez anos de idade, já que tal regra pareceu ser incompatível, *inter alia*, com o direito de

não ser compelida a prestar testemunho ou confessar culpa.⁽⁵⁷⁾ É preciso enfatizar também, neste contexto, que a lei internacional de direitos humanos proíbe o uso de confissões obtidas por meios ilegais, e essa proibição foi aprovada *a fortiori* na estrutura da administração da justiça da juventude.

Quanto ao “direito de não ser compelida a testemunhar contra si mesma e confessar culpa”, veja também o Capítulo 7, seção 3.7.

7.3.6 O direito de revisão

Se for constatado que uma criança infringiu a lei penal, o artigo 40(2)(b)(v) reza que ela tem o direito de “ter esta decisão, e quaisquer medidas impostas em consequência da mesma, revistas por uma autoridade ou entidade judicial de hierarquia mais alta, competente, independente e imparcial, de acordo com a lei”. O direito a “uma apelação por um tribunal mais elevado” também está garantido pelo Artigo 17(2)(c)(iv) da Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança.

O direito de apelação contra a condenação e a sentença também está contido no artigo 14(5) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o artigo 8(2)(h) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e o artigo 2 do Protocolo Nº 7 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, embora esta última autorize exceções, *inter alia*, “quanto a transgressões de caráter secundário”.

O Comitê dos Direitos da Criança incentivou a Dinamarca a retirar sua reserva no artigo 40(2)(b)(v), no qual ela justificava uma limitação sobre o direito de apelação em certas circunstâncias.⁽⁵⁸⁾

7.3.7 O direito à assistência gratuita de um intérprete

De acordo com o artigo 40(2)(b)(vi) da Convenção sobre os Direitos da Criança, a criança tem o direito “de ter a assistência gratuita de um intérprete se ela não puder compreender ou falar o idioma usado”. A mesma regra está contida no artigo 17(2)(c)(ii) do Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança.

Esta ainda é uma outra regra que também existe em outros tratados internacionais de direitos humanos, tais como no artigo 14(3)(f) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o artigo 8(2)(a) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e o artigo 6(3)(e) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Esta regra é importante, não apenas para crianças que falam uma linguagem diferente, mas também para aquelas que são incapacitadas.⁽⁵⁹⁾

7.3.8 O direito de respeito à privacidade

A criança acusada tem o direito de “ter sua privacidade plenamente respeitada

em todos os estágios do processo” (art. 40(2)(b)(vii)). Este direito também está desenvolvido na Regra 8 das Regras de Beijing, de acordo com a qual, “o direito do adolescente à privacidade será respeitado em todos os estágios a fim de evitar que sejam causados danos a ele por publicidade indevida ou pelo processo de rotulação. Em princípio, nenhuma informação que possa conduzir à identificação de um transgressor adolescente será publicada.” (Regra 8.1 e 8.2).

Conforme explicado no *Comentário*, esta regra “acentua a importância da proteção dos direitos do adolescente à privacidade. Pessoas jovens são particularmente susceptíveis à estigmatização. Pesquisa criminológica nos processos de rotulação forneceu comprovação dos efeitos perniciosos (de tipos diferentes) resultantes da identificação permanente das pessoas jovens como ‘delinqüente’ ou ‘criminosa’”.⁽⁶⁰⁾ Em segundo lugar, a Regra 8 “acentua a importância de proteger o adolescente contra os efeitos adversos que podem resultar da publicação, nos meios de massa, da informação sobre o caso (por exemplo, os nomes de transgressores jovens, suspeitos ou condenados).” Assim, “o interesse da pessoa deve ser protegido e sustentado, no mínimo em princípio”.⁽⁶¹⁾

A necessidade de proteger o direito do adolescente justifica uma exceção à regra básica de que o processo no tribunal será realizado em público, conforme estabelecido em particular no artigo 14(1) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, artigo 8(5) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e o artigo 6(1) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos. Tal exceção também está prevista pelo artigo 14(1) do Pacto Internacional, de acordo com o qual “a Imprensa e o público podem ser excluídos da totalidade ou de parte de um julgamento por razões morais ... em uma sociedade democrática, ou quando o interesse de vidas privadas assim requerer...” “Também está estipulado que “qualquer julgamento proferido em um caso criminal ou em uma ação judicial será tornado público, exceto onde o interesse de pessoas adolescentes requerer de outra forma, ou o processo se relacionar com disputas matrimoniais ou a custódia das crianças”.

O artigo 6(1) da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos não faz nenhuma exceção a adolescentes com relação ao proferimento público de sentenças, mas permite processos *in camera* “onde o interesse dos adolescentes ou a proteção da vida privada das partes assim requerer, ou até o ponto estritamente necessário, no parecer do tribunal, em circunstâncias especiais em que a publicidade prejudicaria os interesses da justiça”. O artigo 8(5) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos é mais lacônico sobre a questão da publicidade, e estipula apenas que “processos criminais serão públicos, exceto na medida em que possa ser necessário proteger os interesses da justiça”. Desde que seja normalmente considerado que é no melhor interesse dos adolescentes, que eles devam usufruir o benefício de processos fechados, isso também, logicamente, pareceria estar implícito no artigo 8(5) da Convenção Americana. O artigo 17(2)(d) da Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança afirma categoricamente que os Estados partes “... proibirão a

presença da imprensa e do público no julgamento”.

A fim de proteger o direito do adolescente à privacidade, a Regra 21 das Regras de Beijing também regulam a *manipulação dos autos dos transgressores adolescentes* nos seguintes termos:

“21.1 Os autos de transgressores adolescentes serão mantidos estritamente confidenciais e fechados para terceiros. O acesso a tais autos será limitado a pessoas diretamente relacionadas com a disposição do caso à mão ou outras pessoas devidamente autorizadas.

21.2 Os autos de transgressores adolescentes não serão usados em processos de adultos em casos subsequentes envolvendo o mesmo transgressor.”

Segundo o *Comentário*, esta regra “tenta atingir um equilíbrio entre interesses conflitantes ligados aos autos ou arquivos: aqueles da polícia, do promotor e de outras autoridades em controle crescente versus o interesse do transgressor adolescente”.⁽⁶²⁾ Quanto à referência a “outras pessoas devidamente autorizadas” ela “geralmente incluiria, entre outros, pesquisadores”.⁽⁶³⁾ Em seu relatório sobre a discussão geral na administração da justiça da juventude, realizado em novembro de 1995, o Comitê dos Direitos da Criança enfatizou que “a privacidade da criança deve ser plenamente respeitada em todos os estágios do processo, inclusive em relação aos autos criminais e possível informação pela mídia”.⁽⁶⁴⁾

Como pôde ser visto nas disposições acima, o direito da criança / adolescente acusado(a), de usufruir o respeito por sua privacidade, em relação ao processo criminal tem amplas consequências, estendendo-se muito além da proteção com que os adultos transgressores tenham direito de se beneficiar.

Toda criança suspeita, ou acusada de ter infringido uma lei penal tem direito a plenas garantias no devido processo. Em particular, toda criança tem:

- *O direito de ter seu melhor interesse levado em consideração durante todo o processo legal, e lhe ser concedido tratamento semelhante para promover sua futura reintegração na sociedade;*
- *O direito de se beneficiar com o princípio da **nullum crimen sine lege**;*

- *O direito de ser presumida inocente até que seja provada culpada;*
- *O direito à informação imediata e assistência legal imediata;*
- *O direito de ser julgada **sem demora** por uma autoridade ou entidade judicial competente, independente e imparcial, garantindo à criança uma audiência justa;*
- *O direito de não se incriminar e o direito de examinar as testemunhas ou convocar testemunhas sob condição de igualdade com o promotor;*
- *O direito de apelação;*
- *O direito à assistência gratuita de um intérprete sempre que necessário;*
- *O direito de respeito à sua privacidade.*

8. A Criança e a Privação da Liberdade

A privação da liberdade de uma criança coloca um problema especial no fato de que a criança, que ainda está em um estágio muito sensível de desenvolvimento, pode sofrer sérios efeitos psicológicos adversos, mesmo irreversíveis, se removida de sua família para fins de detenção. Por esta razão, a lei internacional de direitos humanos tenta reduzir a privação da liberdade de crianças ao mínimo. A fim de mitigar os efeitos negativos da privação da liberdade, quando ela ocorre, a lei internacional da mesma forma estipula normas especiais baseadas no melhor interesse da criança em questão. As principais fontes legais mencionadas nesta seção são a Convenção sobre os Direitos da Criança, as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Adolescentes Privados de Sua Liberdade e a Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança. Embora as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Adolescentes (doravante denominadas as Regras das Nações Unidas) não sejam vinculadas a Governos, muitas das regras nelas contidas são vinculatórias, ou porque também sejam encontradas na Convenção sobre os Direitos da Criança, ou porque elas constituam “facetas dos direitos respeitosamente guardados na Convenção”.⁽⁶⁵⁾

Embora o presente capítulo se refira principalmente aos direitos das crianças suspeitas de terem cometido uma transgressão criminal, as regras descritas abaixo são aplicáveis a todas as formas de privação de liberdade, independentemente dos motivos evocados para sustentar essa privação (crime suspeito, bem-estar da criança, razões de saúde mental e assim por diante).

8.1 O significado da privação da liberdade

A noção de privação da liberdade, conforme aplicável a crianças e adolescentes, não está definida no artigo 37 da Convenção sobre os Direitos da Criança, mas de acordo com a Regra 11 (b) das Regras das Nações Unidas,

“A privação da liberdade significa qualquer forma de detenção ou aprisionamento, ou a colocação de uma pessoa em uma condição de custódia pública ou privada, a partir da qual não é permitido a esta pessoa sair à vontade, por ordem de qualquer autoridade administrativa judicial ou outra autoridade pública.”

Conseqüentemente, as regras são “aplicáveis a todas as formas de privação da liberdade, em qualquer tipo de instituição em que ocorra a privação de liberdade”.[\(66\)](#)

8.2 Privação da liberdade: uma medida de último recurso

O artigo 37(b) da Convenção sobre os Direitos da Criança estipula, primeiro, que “nenhuma criança será privada de sua liberdade ilegal ou arbitrariamente”. Em segundo lugar, ele especifica, a esse respeito, que:

“A captura, detenção ou aprisionamento de uma criança será em conformidade com a lei e será usada somente como uma medida de último recurso e pelo menor período de tempo conveniente”.

A fim de ser consistente com os padrões internacionais, a privação da liberdade de uma criança precisa, conseqüentemente:

- Ser legal e não arbitrária;
- Ser imposta como uma medida de último recurso, isto é, quando nenhuma outra medida alternativa apropriada está à disposição das autoridades para lidar com a criança em questão; e, finalmente,
- Durar somente “o menor período de tempo conveniente”.

A regra de que a privação da liberdade de um adolescente será uma medida de último recurso é confirmada nas Regras 1 e 2 das Regras das Nações Unidas. A Regra 2 também estipula que a privação da liberdade “deve ser ... pelo período de tempo

mínimo necessário, e deve estar limitada a casos excepcionais”. Por último, de acordo com esta regra, “a duração da sanção deve ser determinada pela autoridade judicial, sem obstruir a possibilidade de sua libertação prematura”.

Em seu relatório na discussão geral sobre a administração da justiça da juventude, o Comitê dos Direitos da Criança enfatizou que a “privação da liberdade, em particular a detenção pré-julgamento, nunca deve ser ilegal ou arbitrária, e deve ser usada apenas quando todas as outras soluções alternativas tenham se provado inadequadas”.(67) Durante sua consideração dos relatórios dos Estados partes, o Comitê várias vezes expressou sua preocupação com o fato de que a privação da liberdade não é (sistematicamente) usada como uma medida de último recurso (68) e pelo menor período de tempo possível.(69) O Comitê também se queixou de “extensos períodos de detenção pré-julgamento de detentos adolescentes a critério do Procurador” na Federação Russa.(70) De acordo com essas preocupações, o Comitê enfatizou a necessidade de fortalecimento e de crescentes esforços para se desenvolver alternativas à privação da liberdade.(71)

De acordo com a regra 30 das Regras das Nações Unidas, devem ser estabelecidas dependências de detenção abertas, “sem nenhuma medida de segurança ou com segurança mínima. A população nessas dependências da detenção deve ser a menor possível. O número de adolescentes detidos em dependências fechadas deve ser pequeno o suficiente para possibilitar tratamento individualizado”.

Em conformidade com o artigo 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança, a privação da liberdade também precisa ser recorrida de uma maneira não discriminatória.

8.3 Os direitos da criança privada de liberdade

Enquanto os direitos civis de pessoas detidas, conforme explicado nos Capítulos 5 a 7, também são aplicáveis a crianças, a criança capturada, detida ou aprisionada tem direitos adicionais por conta de sua pouca idade, o que requer que o tratamento da criança seja ajustado de forma a atender às suas necessidades específicas. Em outras palavras, o tratamento da criança precisa, em todo o tempo, ser definido de acordo com seu melhor interesse.

8.3.1 O direito a tratamento humano

O artigo 37(c) da Convenção sobre os Direitos da Criança complementa a proibição do tratamento cruel no artigo 37(a) estipulando que “toda criança privada de liberdade seja tratada com humanidade e respeito pela dignidade inerente da pessoa humana, *e em um modo que leve em consideração as necessidades das pessoas de sua idade* ”(ênfase acrescentada). O direito positivo ao tratamento humano também é em geral expressamente garantido pelo artigo 10(1) do Pacto

Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o artigo 5(2) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, enquanto o artigo 17(1) da Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança, como já foi observado, estipula que “toda criança acusada ou provada culpada de ter infringido a lei penal terá direito a tratamento especial de uma forma consistente com o sentido de dignidade e merecimento da criança, e que reforce o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais dos outros”.

8.3.2 O direito da criança de ser separada dos adultos

O artigo 37(c) dispõe a esse respeito que: “em particular, toda criança privada de liberdade será separada dos adultos, a menos que seja considerado do melhor interesse da criança que não seja assim”, embora, de acordo com o artigo 17(2)(b) da Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança, os Estados partes “... assegurarão que as crianças sejam separadas dos adultos em seu local de detenção ou prisão”.

O artigo 10(2)(b) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos limita-se a declarar que “pessoas adolescentes acusadas serão separadas dos adultos e trazidas o mais rapidamente possível para adjudicação”. O artigo 5(5) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos estipula a esse respeito que os menores, “enquanto sujeitos a processos criminais, serão separados dos adultos e trazidos perante tribunais especializados o mais rápido possível, de forma que eles possam ser tratados em conformidade com seu status de menoridade”.

O Comitê dos Direitos da Criança manifestou preocupação sobre o fato de que alguns Estados partes constataram a necessidade de se fazer limitações na disposição que os obriga a separar as crianças dos adultos no decorrer da detenção ou prisão, e recomendou que essas limitações fossem retiradas.⁽⁷²⁾ O Comitê também manifestou preocupação várias vezes sobre o fato de os adolescentes serem detidos com os adultos.⁽⁷³⁾ Com relação à Suécia, ele sugeriu que “deve ser dada mais consideração para assegurar que as crianças em detenção estejam separadas dos adultos, levando em conta o melhor interesse da criança e as alternativas para o cuidado institucional”.⁽⁷⁴⁾ O Comitê lamentou o fato de que, em Jordan, crianças não julgadas foram mantidas nas mesmas instalações que pessoas condenadas.⁽⁷⁵⁾ Fica claro, do trabalho do Comitê, que a necessidade de os adolescentes ficarem separados dos adultos é aplicável a *todas as instituições*, inclusive estabelecimentos psiquiátricos.⁽⁷⁶⁾

O Comitê contra a Tortura recomendou que os adolescentes nos Estados Unidos “não sejam mantidos em prisões com a população regular das prisões”.⁽⁷⁷⁾

Segundo o Artigo 10(2)(a) do Pacto Internacional, pessoas acusadas, além do mais, “salvo em circunstâncias excepcionais, serão segregadas das pessoas condenadas e estarão sujeitas a tratamento separado apropriado a seu status de pessoas não condenadas”. Uma disposição semelhante está contida no artigo 5(4) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. A Regra 17 das Regras das Nações Unidas dispõe que “detentos não julgados devem ser separados dos adolescentes condenados”.

8.3.3 O direito da criança de permanecer em contato com sua família

Segundo o artigo 37(c), toda criança privada da liberdade “terá o direito de manter contato com sua família através de correspondência e visitas, exceto em circunstâncias excepcionais”. Estas circunstâncias excepcionais precisam ser examinadas à luz dos princípios básicos subjacentes da Convenção, incluindo, em particular, o melhor interesse da criança.⁽⁷⁸⁾

O Comitê, em várias ocasiões, manifestou sua preocupação com relação ao direito das crianças de acesso a seus pais e famílias durante a detenção,⁽⁷⁹⁾ e, por exemplo, recomendou ao Governo de Benin que ele “assegure que as crianças permaneçam em contato com suas famílias enquanto estejam no sistema de justiça da juventude”.⁽⁸⁰⁾

As Regras 59 a 62 das Regras das Nações Unidas contêm instruções mais detalhadas com relação ao direito da criança detida ou aprisionada a contatos com a comunidade mais ampla, incluindo família e amigos.

8.3.4 Os direitos da criança ao pronto acesso à assistência legal e à objeção legal à detenção

Nas palavras do artigo 37(d) da Convenção sobre os Direitos da Criança,

“Toda criança privada de sua liberdade terá o direito de pronto acesso à assistência legal apropriada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial, e a uma decisão imediata sobre tal ação.”

A Regra 18(a) das Regras das Nações Unidas acrescenta a isto que os adolescentes também devem “poder solicitar ajuda legal gratuita, onde tal ajuda esteja disponível, e comunicar-se regularmente com seus assessores legais. A privacidade e o sigilo serão assegurados para tais comunicações.”

Os direitos fundamentais à assistência legal assim como à objeção legal da privação da liberdade de alguém foram explicados detalhadamente nas seções 6 a 7 do Capítulo 5 e não precisam ser repetidos aqui. Duas diferenças existem, entretanto,

entre o artigo 37(d) da Convenção sobre os Direitos da Criança e as regras declaradas na lei internacional geral de direitos humanos. Em primeiro lugar, o artigo 37(d) se refere à “assistência legal e outra assistência apropriada” (ênfase acrescentada), um acréscimo que pode, por exemplo, abranger um assistente social em quem o adolescente tenha uma confiança especial. O auxílio de tal assistente, além de um advogado com prática, podem bem constituir o melhor interesse da criança.

A segunda diferença se relaciona ao direito a impugnar a legalidade da privação da liberdade. Segundo o artigo 9(4) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, por exemplo, a decisão da legalidade da privação da liberdade será tomada por um “tribunal”, enquanto que sob o artigo 37(d) da Convenção sobre os Direitos da Criança, é ou um “tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial” (ênfase acrescentada). Pode-se fazer referência, a este respeito, à Regra 10(2) das Regras de Beijing, segundo a qual “um juiz ou outro oficial ou órgão competente, sem demora, considerará a questão da libertação” de um adolescente mediante sua apreensão. Segundo o *Comentário* a esta regra, o termo “oficial ou entidade competente” se refere a qualquer pessoa ou instituição no mais amplo sentido do termo, incluindo conselhos comunitários ou autoridades policiais detendo poder para libertar uma pessoa aprisionada”.[\(81\)](#)

Levanta-se a questão, entretanto, sobre se os conselhos comunitários, ou autoridades policiais possuem a independência e a imparcialidade necessárias para decidir sobre a questão da legalidade da detenção e/ou libertação do adolescente em questão.

O Comitê dos Direitos da Criança manifestou preocupação sobre o fato de que adolescentes, no México, “têm acesso insuficiente à assistência legal”.[\(82\)](#)

8.3.5 A criança e as condições gerais da detenção

O dever dos Estados de prover tratamento especial às crianças detidas e aprisionadas, adequado às suas necessidades, é uma expressão da abordagem do “melhor interesse”, que permeia a Convenção inteira. Esta também é fundamentalmente uma regra lógica dada de que o sistema de justiça da juventude “deve observar os direitos e a segurança e promover o bem-estar físico e mental dos adolescentes” (Regra 1 das Regras das Nações Unidas), e, também, que as regras legais tomadas em conjunto objetivam “neutralizar os efeitos perniciosos de todos os tipos de detenção e... incentivando a integração na sociedade” (Regra 3 das Regras das Nações Unidas).

Esta abordagem especificamente orientada à criança implica, além disso, no fato de que “deve ser garantido, aos adolescentes detidos nas dependências, o benefício de atividades e programas significativos, que serviriam para promover e sustentar sua saúde e auto-respeito, para incentivar seu sentido de responsabilidade e

encorajar as atitudes e práticas que os assistirão no desenvolvimento de seu potencial como membros da sociedade” (Regra 12 das Regras das Nações Unidas).

Segundo o artigo 24(1) da Convenção sobre os Direitos da Criança, além disso, as crianças têm o direito de usufruir “o mais alto padrão atingível de saúde e de recursos para tratamento de doenças e reabilitação da saúde”. E mais, os “Estados Partes esforçar-se-ão para assegurar que nenhuma criança seja privada de seu direito de acesso a tais serviços de cuidado da saúde”. Esta disposição também é assim aplicável às crianças em detenção. A Regra 32 das Regras das Nações Unidas estipula, além disso, que os “adolescentes privados de sua liberdade têm direito a instalações e serviços que atendam a todos os requisitos de saúde e dignidade humanas”. Estas Regras contêm detalhes não apenas sobre cuidados médicos (Regras 49-55), mas também sobre meio ambiente e acomodações físicas (Regras 31-37), educação, treinamento vocacional e trabalho (Regras 38-46), recreação (Regra 47) e religião (Regra 48).

A questão do acesso à **educação** é, naturalmente, de particular importância no preparo de um adolescente detido ou aprisionado, para sua libertação. A Regra 38 das Regras das Nações Unidas dispõe, a esse respeito, que:

“Todo adolescente de idade escolar obrigatória tem direito à educação adequada às suas necessidades e capacidades, e projetada para prepará-lo para o retorno à sociedade. Tal educação deve lhe ser fornecida fora das instalações da detenção, em escolas comunitárias onde for possível, e seja como for, por professores qualificados, através de programas integrados com o sistema de educação do país, de forma que, após a libertação, os adolescentes possam continuar sua educação sem dificuldade. A administração das instalações da detenção deve dar atenção especial à educação dos adolescentes de origem estrangeira ou com necessidades culturais ou étnicas especiais. Adolescentes que são analfabetos ou têm dificuldades cognitivas ou de aprendizado devem ter direito a educação especial.”

Quanto aos adolescentes **acima** da idade escolar obrigatória, que desejam continuar sua educação, “deve-lhes ser permitido e incentivado a assim agir, e todo esforço deve ser envidado para lhes propiciar acesso aos programas educacionais apropriados” (Regra 39 das Regras das Nações Unidas). Desnecessário dizer “diplomas ou certificados educacionais concedidos a adolescentes, enquanto em detenção, não devem indicar, de forma alguma, que o adolescente foi institucionalizado” (Regra 40).

Qualquer adolescente privado de sua liberdade também deve “ter o direito de

receber treinamento vocacional em ocupações adequadas para prepará-lo para o futuro emprego” (Regra 42), e, “com a consideração devida à seleção vocacional correta e aos requisitos da administração institucional, os adolescentes devem poder escolher o tipo de trabalho que eles desejam desempenhar” (Regra 43).

É essencial que o direito à educação da criança ou do adolescente detido deve lhe ser garantido *por todo o tempo* de privação de sua liberdade.

O Comitê dos Direitos da Criança freqüentemente teve ocasião de manifestar preocupação sobre o tratamento ao qual os adolescentes são submetidos enquanto detidos ou aprisionados, e também sobre as condições da detenção em geral, inter alia, em instituições educacionais na Federação Russa.⁽⁸³⁾ Uma outra preocupação recorrente é a superlotação das instalações da detenção. ⁽⁸⁴⁾

O Comitê igualmente manifestou preocupação sobre a insuficiência de instalações e programas para a recuperação física e psicológica e a reintegração social dos adolescentes,⁽⁸⁵⁾ meios que devem constituir a pedra angular de qualquer sistema para a administração da justiça.

8.3.6 Os direitos da criança e as medidas disciplinares

O Recurso às medidas disciplinares, contra adolescentes privados de sua liberdade, é legítimo para a finalidade de manter “o interesse da segurança e uma vida comunitária ordenada”, mas “deve ser consistente com a observação da dignidade inerente do adolescente e do objetivo fundamental do cuidado institucional, a saber, instilar um sentido de justiça, auto-respeito e respeito pelos direitos básicos de toda pessoa” (Regra 66 das Regras das Nações Unidas). De acordo com a Regra 67, isto significa que as seguintes medidas “devem ser estritamente proibidas”:

- medidas constituindo tratamento cruel, desumano ou degradante;
- punição corporal;
- colocação em uma cela escura;
- confinamento fechado ou solitário;
- qualquer outra punição que possa comprometer a saúde física ou mental do adolescente em questão.

Além disso, as seguintes medidas também “devem” ser proibidas:

- a redução da dieta e a restrição ou negação do contato com os membros da família “para qualquer finalidade”;
- trabalho, pois ele “deve ser sempre visto como uma ferramenta educacional e um meio de promover o auto-respeito do adolescente no seu preparo para o retorno à

comunidade e não deve ser imposto como uma sanção disciplinar”;

- mais de uma sanção pela mesma infração disciplinar; e
- sanções coletivas.

Os Estados devem adotar legislação ou regulamentos que estabeleçam normas referentes aos seguintes assuntos, “levando em plena conta as características fundamentais, necessidades e direitos dos adolescentes”: (1) conduta constituindo transgressão disciplinar; (2) tipo e duração das sanções disciplinares que podem ser infligidas; (3) a autoridade competente para impor tais sanções; e (4) a autoridade competente para considerar as apelações (Regra 68).

O adolescente deve ser disciplinado somente “em estrita conformidade com os termos da lei e regulamentos em vigor”, e somente depois de “ele ter sido informado da infração alegada, de uma forma apropriada à plena compreensão do adolescente, e dada a oportunidade correta de apresentação de sua defesa”. O adolescente deve ter “o direito de apelação a uma autoridade competente imparcial”, e “os autos completos de todos os processos disciplinares devem ser mantidos” (Regra 70).

O Comitê dos Direitos da Criança, inter alia, recomendou que Granada proibisse e erradicasse o uso de punições corporais tais como açoitamento no sistema de justiça da juventude, e manifestou preocupação particular com relação ao “uso de punição física, incluindo surra e tortura nos centros de detenção” no Iêmen.⁽⁸⁶⁾ Não está claro se o tratamento físico cruel nestes casos foi imposto com a finalidade de disciplina ou uma sanção penal, mas em ambos os casos as medidas seriam ilegais. O Comitê manifestou preocupação, entretanto, sobre “o recurso ao açoitamento como uma medida disciplinar para os meninos no Zimbábue.”⁽⁸⁷⁾

Sobre a questão de punição corporal, veja também o Capítulo 8, subseção 2.3.3 deste Manual.

A privação da liberdade dos adolescentes deve ser usada somente como medida de ultimo recurso, isto é, quando nenhuma outra medida apropriada esteja disponível para lidar com a criança em questão.

Uma criança privada da liberdade tem direito de ser tratada com humanidade, em um modo que leve em conta suas necessidades específicas.

Uma criança privada da liberdade tem o direito de estar

separada dos adultos, e, se não condenada, ela tem o direito de não estar detida com pessoas condenadas.

Uma criança privada da liberdade tem o direito de permanecer em contato regular com sua família, a menos que tal contato não constitua o melhor interesse da criança.

A criança privada da liberdade tem o direito de pronto acesso à assistência legal e à objeção da legalidade de sua detenção perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial.

*A criança privada de liberdade tem direito às condições de detenção que promoverão seu bem-estar físico e mental, assim como incentivarão sua reintegração na sociedade. A esse respeito, o acesso efetivo à **educação contínua** durante a privação da liberdade é uma pedra angular de qualquer sistema para a administração da justiça.*

Uma criança privada de liberdade não pode ser submetida a medidas disciplinares envolvendo castigos físicos ou confinamento solitário. As medidas disciplinares precisam respeitar o direito da criança à sua dignidade inerente.

9. Os Direitos da Criança e as Sanções Penais

A lei internacional de direitos humanos define certos limites sobre o tipo de sanções penais que podem ser impostas a uma criança provada culpada de ter cometido uma transgressão criminal. O artigo 37(a) da Convenção sobre os Direitos da Criança estipula, por exemplo, que “nem a pena de morte nem a prisão perpétua, sem possibilidade de libertação, serão impostas por transgressões cometidas por pessoas com menos de dezoito anos de idade”.

Quanto à **pena de morte**, o artigo 6(5) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos declara ilegal sua imposição “por crimes cometidos por pessoas com menos de dezoito anos de idade”. Em nível regional, o artigo (5) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, inter alia, proíbe a pena de morte “para pessoas que, na ocasião em que o crime foi cometido, tinham menos de 18 anos de idade.”

Com relação à proibição de **sentenças perpétuas sem a possibilidade de**

libertação, este é um princípio que é plenamente lógico, dado que, segundo o artigo 37(b) da Convenção sobre os Direitos da Criança, a detenção ou aprisionamento de uma criança “serão usados somente como medida de último recurso, e pelo mínimo período de tempo conveniente”. Uma sentença perpétua, conseqüentemente, seria contrária a esta regra, e também à noção do melhor interesse da criança, a qual implica que será concedida a uma criança a oportunidade de recuperação psicológica para a finalidade de reintegração social (conforme, inter alia, o artigo 39 da Convenção sobre os Direitos da Criança). Consistente com a regra de que o aprisionamento de uma criança deve ser somente pelo menor tempo possível, o Comitê dos Direitos da Criança manifestou preocupação com relação ao Zimbábue sobre “a falta de uma clara proibição legal de prisão perpétua sem possibilidade de libertação e sentença indeterminada”.[\(88\)](#)

De forma semelhante, o Comitê manifestou preocupação com os locais onde a possibilidade de imposição da **pena de morte** não foi expressamente proibida por lei,[\(89\)](#) e onde a lei permite que pessoas jovens entre 16 e 18 anos de idade “sejam julgadas como adultos, e assim enfrentem a imposição da sentença de morte ou de prisão perpétua”.[\(90\)](#) Além disso, com respeito à China, onde a legislação nacional permite a imposição de uma suspensão de dois anos das sentenças de morte a pessoas com idade de 16 a 18 anos, o Comitê é de parecer que tal sentença de crianças “constitui tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante”.[\(91\)](#) O Comitê também ficou “profundamente preocupado” com o fato de que na Guatemala, a legislação nacional não proibiu nem a punição capital nem a prisão perpétua sem a possibilidade de liberação.[\(92\)](#)

Conforme salientado na seção anterior, a **punição corporal**, tal como açoitamento e surra, também é proibida, inter alia, segundo a Convenção sobre os Direitos da Criança e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Também será lembrado que, no caso *Tyrer*, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos decidiu que a punição corporal – consistindo de três golpes com um cano – impostos pelo tribunal da juventude na Isle of Man, constituiu tratamento degradante na acepção do artigo 3 da Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos (cf. Capítulo 8, subseção 2.3.3).

A lei internacional de direitos humanos proíbe a imposição de punição capital por crimes cometidos por pessoas com menos de dezoito anos.

Prisão perpétua sem possibilidade de libertação não pode ser imposta a pessoas com menos de dezoito anos de idade.

Punição corporal é contrária à lei internacional de direitos humanos.

2. A Criança Acusada e a Questão do Redirecionamento

10.1 O significado do termo “redirecionamento”

Conforme explicado no *Comentário* à Regra 11 das Regras de Beijing, o termo **redirecionamento** significa “remoção do processo da justiça criminal, e, freqüentemente, redirecionamento para os serviços de suporte à comunidade” e “é praticado comumente com base formal e informal em muitos sistemas legais. Esta prática serve para impedir os efeitos negativos do processo subsequente na administração da justiça da juventude (por exemplo, o estigma da condenação e da sentença)”.[\(93\)](#)

A questão do redirecionamento é tratada no artigo 40(3)(b) da Convenção sobre os Direitos da Criança, o qual reza o seguinte:

“3. Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições especificamente aplicáveis a crianças suspeitas, acusadas ou reconhecidas como tendo infringido a lei penal, e, em particular:

...

(b) Sempre que apropriado e desejável, providências para se lidar com tais crianças sem recorrer a processo judicial, ressalvando que sejam plenamente respeitados os direitos humanos e as proteções legais.”

Esta abordagem alternativa é confirmada na Regra 11(1) das Regras de Beijing, de acordo com a qual “deve ser dada consideração sempre que seja apropriado, na lida com transgressores adolescentes, sem recorrer ao julgamento formal pela autoridade competente...” O Comentário a esta Regra explica que “em muitos casos, a não intervenção seria a melhor resposta”, o que quer dizer, “redirecionamento no início e sem encaminhamento aos serviços (sociais) alternativos”.[\(94\)](#) Este é em particular o caso “em que a transgressão não é de natureza grave e onde a família, a escola ou outras instituições informais de controle social já reagiram, ou estejam provavelmente para reagir, de uma forma apropriada e construtiva”.[\(95\)](#)

O artigo 40(4) da Convenção sobre os Direitos da Criança dá alguns outros exemplos de medidas não institucionais que “estarão disponíveis para assegurar que as

crianças sejam tratadas de modo apropriado a seu bem-estar e proporcional tanto às circunstâncias quanto à transgressão”. Além da abordagem não intervencionista, a qual pode ser a alternativa mais apropriada em muitas situações, as seguintes medidas, entre outras, devem ser visadas, em lugar de processo criminal, o qual sempre deve ser usado apenas como um último recurso:

- cuidado;
- ordens de orientação e supervisão;
- aconselhamento;
- sursis;
- cuidado dos adotivos;
- programas de educação e treinamento vocacional

Na questão das medidas viáveis de redirecionamento, a Regra 11.4 das Regras de Beijing enfatiza a importância das alternativas com base na comunidade para o processamento da justiça da juventude, estipulando que “a fim de facilitar a disposição arbitrária dos casos de adolescentes, esforços devem ser envidados para proporcionar programas comunitários, tais como supervisão e orientação temporários, restituição e compensação das vítimas”. Conforme observado no Comentário desta disposição, “programas que envolvem correção pela restituição à vítima e àqueles que buscam evitar futuros conflitos com a lei através de supervisão e orientação temporárias através da lei são especialmente recomendáveis. Os méritos dos casos individuais fariam o redirecionamento apropriado, mesmo quando transgressões graves tenham sido cometidas”, tais como, por exemplo, no caso de uma primeira transgressão, ou quando o adolescente tenha cometido um ato ilegal sob pressão de seus pais.[\(96\)](#)

10.2 Redirecionamento e as autoridades responsáveis

Segundo a Regra 11(2) das Regras de Beijing, “a polícia, o promotor ou outros órgãos que tratem de casos de adolescentes terão autoridade para dispor destes casos, a seu critério, sem recurso a audiências formais, em conformidade com os critérios estabelecidos para aquela finalidade no respectivo sistema legal e também em conformidade com os princípios contidos nestas Regras”. Isto significa que o “redirecionamento pode ser usado em qualquer etapa da tomada de decisão” pelas autoridades responsáveis, e pode ser praticado por uma, várias ou a totalidade delas.[\(97\)](#) Além disso, o recurso ao redirecionamento em relação aos adolescentes “não precisa necessariamente ser limitado a casos insignificantes, tornando assim o redirecionamento um instrumento importante” no tratamento de adolescentes em problema com a lei.[\(98\)](#)

10.3 Redirecionamento e consentimento da criança

A Regra 11.3 das Regras de Beijing requer o consentimento do adolescente, ou de seus pais ou guardião antes de encaminhar o adolescente à comunidade apropriada ou a outros departamentos; uma decisão de recurso a redirecionamento, entretanto, estará “sujeita a revisão por uma autoridade competente, mediante solicitação”. O Comentário sublinha a importância de se assegurar o consentimento do jovem transgressor, ou de seu pai ou mãe ou guardião para a(s) medida(s) redirecionadora(s) recomendada(s), um motivo sendo que o redirecionamento ao serviço da comunidade sem tal consentimento contradiria a Abolição ILO [International Labour Organization = Organização Internacional do Trabalho] da Convenção do Trabalho Forçado.⁽⁹⁹⁾ O consentimento da pessoa em questão à medida redirecionadora é, naturalmente, também essencial para seu sucesso.

Tal consentimento, entretanto, não deve ser deixado incontestável, pois, conforme notado no Comentário, “às vezes pode ser dado por puro desespero por parte do adolescente”.⁽¹⁰⁰⁾ A idéia subjacente na Regra é, em outras palavras, que “deve-se tomar cuidado para minimizar o potencial para coerção e intimidação em todos os níveis no processo de redirecionamento. Os adolescentes não devem se sentir pressionados (por exemplo, a fim de evitar o comparecimento ao tribunal) ou ser pressionados para consentir nos programas de redirecionamento.”⁽¹⁰¹⁾

Ao considerar os relatórios dos Estados partes para a Convenção sobre os Direitos da Criança, o Comitê dos Direitos da Criança examina de forma consistente quais alternativas para a privação da liberdade existem no país em questão para negociar com os transgressores adolescentes, e repetidamente ele procura reforçar tais medidas.⁽¹⁰²⁾

Sempre que apropriado e recomendável, os transgressores adolescentes serão redirecionados para longe do processo criminal ordinário, para serviços e cuidado alternativos

Tais medidas redirecionadoras podem ser tomadas por autoridades competentes em qualquer estágio da tomada de decisão.

O adolescente em questão, ou seus pais ou guardião, consentirão no redirecionamento e poderão apresentar uma apelação à autoridade competente em caso de desacordo.

11. A Criança como Vítima ou Testemunha em Processo Judicial

O comparecimento de uma criança na qualidade de vítima ou testemunha em um processo judicial causa problemas especiais, pois ela está em uma idade sensível, quando o contato com o sistema de justiça pode ser profundamente traumático. Todavia, a despeito do impacto negativo que o processo criminal possa ter sobre a vítima criança ou testemunha criança, esta questão séria apenas recentemente recebeu atenção a nível internacional, por exemplo, nas Diretrizes para Ação sobre Crianças no Sistema de Justiça Criminal, anexadas à resolução do Conselho Econômico e Social de 1997/30, sobre Administração da justiça da juventude (doravante denominadas as “Diretrizes”). Embora não sejam legalmente vinculatórias nos Estados, estas Diretrizes fornecem alguns princípios úteis, os quais devem inspirar o trabalho da polícia, dos promotores públicos, dos advogados e dos juizes em nível doméstico.

Baseando-se na Declaração dos Princípios Básicos da Justiça para Vítimas de Crime e Abuso do Poder, os quais também serão considerados no Capítulo 15 deste Manual, o parágrafo 43 das Diretrizes estipula que “os Estados devem obrigar-se a garantir que seja fornecido à vítima criança e à testemunha criança o acesso apropriado à justiça e ao tratamento justo, à restituição, compensação e assistência social. Se aplicáveis, medidas devem ser tomadas para impedir a liquidação de assuntos penais através de compensação fora do sistema da justiça, quando tal procedimento não for do interesse da criança”.

Com relação às *vítimas crianças*, mais especificamente, o parágrafo 45 das Diretrizes dispõe que elas “devem ser tratadas com compaixão e respeito por sua dignidade. Elas têm direito de acesso aos mecanismos da justiça e à reparação imediata, conforme previsto pela legislação nacional, pelo dano que tenham sofrido”. As vítimas crianças também devem “ter acesso à assistência que atenda às suas necessidades, tais como serviços de advocacia, proteção, assistência econômica, aconselhamento, de saúde e social, reintegração social e física e serviços de recuperação psicológica. Deve ser dada assistência especial às crianças portadoras de invalidez ou doença. Deve ser colocada ênfase mais sobre a reabilitação com base na família e na comunidade do que na institucionalização” (parágrafo 46).

Além disso, os “mecanismos judiciais e administrativos devem ser estabelecidos e reforçados, quando necessário, para possibilitar que as vítimas crianças obtenham reparo através de procedimentos formais ou informais, que sejam imediatos, justos e acessíveis. Vítimas crianças e/ou seus representantes legais devem ser informados adequadamente” (parágrafo 47). As autoridades competentes assim têm um dever positivo de prestar as informações necessárias às vítimas.

De acordo com o parágrafo 48 das Diretrizes, o “acesso também *deve* (ênfase acrescentada) “ser permitido à compensação justa e adequada para todas as vítimas crianças de violações dos direitos humanos, especificamente tortura e outro tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante, incluindo rapto e abuso sexual, privação ilegal ou arbitrária da liberdade, detenção injustificável e erro judicial. Representação legal necessária para instaurar ação na corte ou tribunal apropriados, assim como interpretação no idioma nativo da criança, se necessário, devem estar disponíveis”. ***É digno de nota que a redação deste parágrafo é mais frágil do que a contida nos tratados legalmente vinculatórios dos direitos humanos, a totalidade dos quais garante o direito a um remédio efetivo para as vítimas de violações dos direitos humanos. Este direito é, naturalmente, igualmente aplicável a crianças que sejam vítimas de tais violações. Para mais detalhes sobre este direito, veja o Capítulo 15 deste Manual.***

A fim de ser capaz de tratar de casos envolvendo vítimas crianças, a “polícia, advogados, o judiciário e outras pessoas do tribunal devem receber treinamento”, uma necessidade que é reconhecida no parágrafo 44 das Diretrizes. Além disso, de acordo com a mesma disposição, os “Estados devem considerar o estabelecimento, se ainda não o têm, de agências e unidades especializadas para lidar com casos envolvendo transgressões contra crianças”. Finalmente, os “Estados devem estabelecer, conforme apropriado, um código de prática para a correta administração de casos envolvendo vítimas crianças”.

Com relação às ***testemunhas crianças***, o parágrafo 49 das Diretrizes afirma que elas “precisam de assistência no processo judicial e administrativo”. Conseqüentemente, os “Estados devem rever, avaliar e melhorar, conforme necessário, a situação para as crianças, na qualidade de testemunhas de crimes, em sua lei probatória e processual para assegurar que os direitos das crianças sejam plenamente protegidos. Em conformidade com as diferentes tradições da lei, práticas e estrutura legal, o contato direto deve ser evitado, tanto quanto possível, entre a vítima criança e o transgressor durante o processo de investigação e prosseguimento, assim como durante as audiências do julgamento. A identificação da vítima criança na mídia deve ser proibida, onde necessário, para proteger a privacidade da criança. Onde a proibição for contrária aos princípios fundamentais legais dos Estados Membros, tal identificação deve ser desencorajada.”

De acordo com o parágrafo 50 das Diretrizes, os Estados também devem considerar, “se necessário, aditamentos de seus códigos processuais penais para permitir, inter alia, gravação em vídeo do testemunho da criança, e apresentação do testemunho em videotape na corte, como uma peça probatória oficial. Em particular, a polícia, os promotores, juízes e magistrados devem aplicar práticas mais amigáveis à criança, por exemplo, em operações policiais e entrevistas das testemunhas crianças”. Finalmente, o parágrafo 51 dispõe que “a receptividade dos processos judicial e administrativo às

necessidades das vítimas e testemunhas crianças deve ser facilitada através:

- (a) da informação às vítimas crianças de seu papel e objetivo, prazo e progresso do processo e da disposição de seus casos, especialmente quando estão envolvidos crimes graves;
- (b) do incentivo ao desenvolvimento de esquemas de preparo às testemunhas crianças para familiarizar as crianças com o processo de justiça criminal antes de produzir a prova. Deve ser providenciada assistência apropriada às vítimas e testemunhas crianças através de todo o processo legal;
- (c) de permissão às vítimas crianças para que suas opiniões e preocupações sejam apresentadas e consideradas nos estágios apropriados do processo, em que seus interesses pessoais são afetados, sem prejuízo do acusado e em conformidade com o respectivo sistema de justiça criminal nacional;
- (d) de providências para minimizar as demoras no sistema de justiça criminal, protegendo a privacidade das vítimas e testemunhas crianças e, quando necessário, garantindo sua segurança contra intimidação e retaliação.”

Dado o número crescente de crianças que comparecem a processos em tribunais como vítimas e testemunhas, em particular em casos de abuso, é de importância primordial que os membros das profissões legais se concentrem nos modos e meios de respeitar os direitos e necessidades destas crianças, enquanto ao mesmo tempo também respeitem os direitos e as necessidades do acusado, a quem deve ser sentenciado o devido processo.

É importante manter em mente que o comparecimento de uma criança como vítima ou testemunha em processo criminal pode ter um efeito traumatizante. Conseqüentemente, é dever dos membros da profissão legal respeitar os direitos e as necessidades da criança e tratá-la com compreensão e simpatia.

Vítimas crianças têm direito a reparação imediata pelo dano sofrido, e para este fim, elas têm direito de acesso a vários tipos de assistência para atender suas necessidades durante o

processo legal e posteriormente.

Vítimas crianças devem poder obter reparação através de procedimentos formais ou informais, que sejam imediatos, justos e acessíveis, e elas e/ou seus representantes legais devem ser informados sobre a disponibilidade de tais procedimentos.

Crianças que são vítimas de violações dos direitos humanos têm direito, segundo a lei internacional de direitos humanos, a um remédio efetivo para o dano sofrido.

***Testemunhas crianças** precisam de assistência especial no processo judicial e administrativo, e os membros de profissão legal precisam assegurar que os direitos delas sejam plenamente protegidos. A polícia, os promotores, os magistrados e os juízes devem se esforçar para aplicar práticas mais amigáveis à criança em seu trabalho com as testemunhas crianças.*

Tanto as vítimas crianças quanto as testemunhas crianças precisam de assistência especial no decorrer de todo o processo legal no qual elas estejam envolvidas.

12. A Criança e seus Pais: quando a Separação Pode Ser Justificada

Juízes e advogados podem ter que lidar com crianças não apenas na administração da justiça criminal e processos de redirecionamento, mas também em relação a processos referentes à separação entre uma criança e seus pais, e à adoção, o último tópico sendo considerado brevemente na seção seguinte.

O artigo 9 da Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe sobre a separação excepcional entre crianças e seus pais nos seguintes termos:

“1. Os Estados Partes assegurarão que uma criança não será separada de seus pais contra a sua vontade, exceto quando autoridades competentes, sujeitas a revisão judicial, determinarem, em conformidade com a legislação e os procedimentos aplicáveis, que tal

separação é necessária para o melhor interesse da criança. Tal determinação pode ser necessária em um caso em particular, tal como o que envolve abuso ou negligência da criança pelos pais, ou um dos pais esteja morando separadamente e uma decisão precise ser tomada quanto ao local de residência da criança.”

12.1 O melhor interesse da criança

Dada a abordagem orientada à criança, adotada pela Convenção, é lógico que o princípio básico fluindo desta disposição é o de que a separação precisa ser “necessária para o melhor interesse da criança”. Entretanto, é digno de nota que as palavras “contra a sua vontade” se refere “à vontade dos pais ou à vontade em conjunto dos pais e da criança”, mas claramente não significa somente a vontade da criança.⁽¹⁰³⁾ Esta é uma interpretação plausível, dado que as crianças não são capazes de escolher as pessoas que cuidem delas, mas “são dependentes de sua família, da comunidade e do Estado para fazer a escolha por elas”.⁽¹⁰⁴⁾

12.2 Os motivos que justificam a separação

O artigo 9(1) se refere expressamente ao “abuso ou negligência parental da criança” como um primeiro motivo que poderia justificar a separação entre uma criança e seus pais; como segundo motivo ele menciona a situação de os pais morarem separadamente e uma decisão precisar ser tomada, quanto ao lugar em que a criança vai morar. Entretanto, conforme indicado pela palavra “como”, estes possíveis motivos de separação são ilustrativos, e não exaustivos, e pode haver outras situações nas quais os juízes domésticos poderiam ser chamados para ajustar disputas residenciais, por exemplo, se os próprios pais concordarem sobre onde a criança vai morar, mas a própria criança estiver infeliz com o acordo.⁽¹⁰⁵⁾ Em tais casos, os Estados poderiam ter um importante papel a cumprir como árbitros, a fim de resolver a disputa entre a criança e seus pais, nem que seja para “estabelecer o mecanismo judicial para a criança se defender em um caso de arbitragem”.⁽¹⁰⁶⁾

12.3 Os dispositivos legais de proteção

O artigo 9 se refere a três dispositivos legais da proteção visada que propiciam proteção contra abusos e os quais asseguram justiça no processo. Conseqüentemente, a decisão de separação entre uma criança e seus pais precisa:

- ser tomada pelas “autoridades competentes” através da aplicação de lei e procedimentos existentes (art. 9(1));
- estar sujeita a revisão judicial para determinar a legalidade da mesma (art. 9(1)); e

- ser tomada somente depois de todas as partes interessadas terem tido “uma oportunidade de participar no processo e dar a conhecer suas opiniões” (art. 9(2)).

A noção de *autoridades competentes* significa, neste contexto, organismos que tenham tanto a autoridade legal, para determinar se uma separação é o melhor interesse da criança, quanto as práticas necessárias para assim proceder.⁽¹⁰⁷⁾

O requisito de que a decisão sobre a separação precisa ser tomada *em conformidade com a lei e procedimentos aplicáveis* significa que os Estados precisam legislar nesta área a fim de definir cuidadosamente os motivos e circunstâncias que possam justificar uma medida tão drástica. Entretanto, como nenhuma lei pode ser tão precisa quanto a estipular orientação suficientemente detalhada para prever a ampla gama de situações individuais que podem necessitar de intervenção, as autoridades competentes e as cortes podem precisar de um certo grau de liberdade de ação, permitindo que os trabalhadores sociais, os juízes e os advogados busquem alternativas em conformidade com o melhor interesse da criança.

Leis sobre separação não devem ser discriminatórias, e não devem ser aplicadas de forma discriminatória (conforme o artigo 2 da Convenção); conseqüentemente, a condição de sem-teto, pobreza ou origem étnica não deve, por si, constituir motivo para remover uma criança de seus pais.⁽¹⁰⁸⁾ O Comitê sobre os Direitos da Criança manifestou preocupação com relação à Croácia, porque “as crianças poderiam ser removidas de suas famílias por causa de seu status de saúde ou de situação econômica difícil enfrentada por seus pais”.⁽¹⁰⁹⁾ Com relação ao Reino Unido, ele manifestou preocupação porque “as crianças de certas minorias étnicas parecem ser mais propensas a serem colocadas sob cuidados”.⁽¹¹⁰⁾ Ao examinar o relatório da Bélgica, o Comitê salientou que as “crianças pertencentes a grupos de população com condição inferior parecem mais propensas a serem colocadas sob cuidados”, e lembrou, nesse sentido “a importância da família na criação de uma criança”, enfatizando seu parecer de “que a separação entre a criança e sua família precisa tomar como consideração principal o melhor interesse da criança”.⁽¹¹¹⁾

O requisito de *revisão judicial* da decisão tomada pela autoridade competente por sua vez assegura a determinação de sua legalidade, com base na lei e procedimento existentes, por uma entidade independente e imparcial, aplicando as devidas garantias do processo e proferindo uma sentença sensata. Tal revisão deve incluir o exame de qualquer critério que as autoridades competentes possam ter tido na decisão sobre a questão da separação, de forma a assegurar que o critério tenha sido aplicado com cuidado, no melhor interesse da criança.

O artigo 9(2) da Convenção acrescenta uma garantia adicional à justiça do processo relacionado à separação, porque “deve ser concedida a todas as partes *interessadas* uma oportunidade de participar do processo e de dar conhecimento de suas opiniões” (ênfase acrescentada). As palavras “partes interessadas” não são definidas na Convenção, mas incluem, em primeiro lugar, a própria criança. Isto é depreendido de uma leitura do artigo 9(2) à luz do artigo 12(2) da Convenção, de acordo com o qual “deve ser propiciada à criança

em particular a oportunidade de ser ouvida em quaisquer processos judicial e administrativo que afetem a criança, seja diretamente, ou através de um representante ou uma entidade apropriada, de forma consistente com as regras processuais da lei nacional”. As opiniões da criança “devem receber a devida ponderação, em conformidade com a idade e a maturidade da criança” (artigo 12(1). Além disso, a referência às partes “interessadas” também significa que o pai e a mãe devem ser ouvidos, embora possam não morar juntos, outros membros da família ampliada da criança também poderiam ter direito de serem ouvidos com base nesta disposição, assim como os “profissionais com um conhecimento especializado da criança”.[\(112\)](#)

12.4 O direito da criança de permanecer em contato com seus pais

O artigo 9(3) da Convenção dispõe que os “Estados Partes respeitarão o direito da criança que está separada de um ou ambos os pais de manter relações pessoais e contato direto com **ambos** os pais, regularmente, exceto se for contrário ao melhor interesse da criança” (ênfase acrescentada). O foco aqui é sobre o direito da criança de permanecer em contato com ambos os pais, e não no direito dos pais de manter contato com seu(sua) filho(a). Ele possibilita que a criança fique em contato não apenas com o pai ou mãe com quem ela habita, mas também com o pai ou mãe com quem não habita.[\(113\)](#)

Uma criança pode, em situações excepcionais, ser separada de seus pais, ressalvado que isto seja no melhor interesse da criança. Situações que podem justificar tal separação são, em particular, abuso ou negligência.

*Leis sobre separação não devem ser discriminatórias, e não devem ser aplicadas de um modo discriminatório. As condições de sem-teto, pobreza ou origem étnica, por exemplo, não devem, **per se**, constituir motivos para remover uma criança de seus pais.*

A decisão sobre a separação precisa ser tomada por uma autoridade competente, atuando em conformidade com a lei e precisa estar sujeita à revisão judicial. A decisão de separar uma criança de seus pais será tomada somente depois de todas as partes interessadas terem podido participar do processo e dar conhecimento de suas opiniões.

Uma criança separada de seus pais tem o direito de manter contato regular com eles, a menos que isto não seja o melhor interesse da criança.

13. Os Direitos da Criança e o Processo de Adoção

A área final a ser tratada neste capítulo, onde juízes e advogados serão chamados a intervir, é a da **adoção**. (114) O artigo 21 da Convenção sobre os Direitos da Criança prevê algumas regras, as quais são aplicáveis aos “Estados Partes que reconhecem e/ou permitem o sistema de adoção”. (115) O artigo 20 menciona a adoção como um dos vários modos de se cuidar de uma criança privada do ambiente familiar, mas a Convenção, como tal, não toma nenhuma posição sobre a recomendabilidade da adoção. Entretanto, onde quer que exista, a adoção será regulamentada por lei doméstica, a qual precisa dar consideração primordial à consideração do melhor interesse da criança, excluindo outros interesses tais como ganho econômico. (116) A legislação sobre a adoção também precisa respeitar as seguintes regras mínimas:

Primeira, ela precisa “assegurar que a adoção de uma criança seja autorizada por autoridades competentes, as quais determinem, em conformidade com a lei e procedimentos aplicáveis, e com base em informações pertinentes e confiáveis, que a adoção é permissível em vista do status da criança com relação aos pais, parentes e guardiões legais, e que, se necessário, as pessoas em questão deram seu consentimento informado para a adoção com base no referido aconselhamento, conforme possa ser necessário” (art. 21(a)).

Quanto à noção de **autoridades competentes**, ela abrange tanto as autoridades judiciais quanto as profissionais que estejam qualificadas para decidir qual é o melhor interesse da criança, e assegurar que o consentimento correto tenha sido dado. (117) Conforme recomendado pelo Comitê sobre os Direitos da Criança, com relação ao Panamá, treinamento adequado deve ser fornecido aos profissionais em questão. (118)

O requisito de que uma adoção precisa ser baseada no **consentimento informado** das pessoas em questão foi inserido a fim de evitar que crianças fossem “erroneamente removidas de seus pais”, embora a Convenção deixe para cada Estado parte a inclusão ou não deste requisito em sua legislação doméstica. (119) Não obstante a omissão da lei doméstica em conter a cláusula do consentimento correto, a falta de consentimento informado em uma adoção poderia, em qualquer caso, violar o direito tanto da criança quanto de seus pais naturais, conforme garantido, em particular, pelos artigos 7 e 9 da Convenção, os quais estão baseados na presunção de “que o melhor interesse das crianças é atendido através da estadia com seus pais em qualquer lugar possível”. (120) Quanto às opiniões da própria criança, elas são, conforme mencionado anteriormente, necessárias segundo o artigo 12 da Convenção, e precisam ser consideradas essenciais também em relação aos procedimentos de adoção visados no artigo 21. (121) É digno de nota o fato de que alguns países requerem o consentimento da própria criança para adoção a partir de uma certa idade: na Mongólia, o assentimento da criança tem que ser assegurado se ela tiver nove anos de idade ou mais; (122)

na província canadense de Nova Scotia, a lei prevê que em situações nas quais a pessoa proposta para ser adotada tem doze anos de idade ou mais, “é preciso obter o consentimento por escrito”,⁽¹²³⁾ e na Croácia, “a atitude da criança com mais de 10 anos de idade é relevante com respeito ao seu assentimento para adoção”.⁽¹²⁴⁾ O Comitê dos Direitos da Criança recomenda que os Estados partes assegurem que sua legislação doméstica está em conformidade, em particular, com os artigos 3, 12 e 21 da Convenção ⁽¹²⁵⁾ e que, conseqüentemente, seja garantido às crianças um envolvimento ampliado nas decisões familiares que as afetam, inclusive nos processos relacionados à reunificação familiar e à adoção.⁽¹²⁶⁾

Segunda, o artigo 21(b) reconhece que a “adoção entre países pode ser considerada como um meio alternativo do cuidado da criança, se a criança não puder ser colocada em um Foster home (lar sustentado) ou em uma família adotiva, ou não puder, de nenhuma forma conveniente, ser cuidada no país de origem da criança”. Conforme indicado pela Convenção sobre os Direitos da Criança em suas recomendações para o México, adoções entre países devem ser vistas como uma medida de último recurso para prover cuidados a uma criança,⁽¹²⁷⁾ e os Estados partes, conseqüentemente, não são obrigados a permitir tais adoções. O Comitê, em várias ocasiões, manifestou sua preocupação sobre a falta de um quadro normativo ou suficiência de medidas para implementar as disposições da Convenção com relação à adoção em geral e em particular no campo de adoções entre países e o risco conseqüente de adoções ilegais entre países e o tráfico de crianças.⁽¹²⁸⁾ Com relação à Dinamarca e Suécia, o Comitê também recomendou que fossem tomadas providências para monitorar a situação das crianças estrangeiras adotadas pelas famílias nesses países.⁽¹²⁹⁾

Terceira, os Estados partes “assegurarão que a criança em questão, através da adoção entre países usufrua de proteções e padrões equivalentes aos existentes no caso de adoção nacional”. Isto significa que “toda adoção internacional precisa ser autorizada como sendo no melhor interesse da criança por autoridades competentes do Estado da criança, com base na investigação e informação corretas e com os consentimentos corretos (com aconselhamento, se necessário) tendo sido obtidos” (cf. art. 21(a)).⁽¹³⁰⁾ A Convenção sobre os Direitos da Criança recomendou, a esse respeito, que os Estados partes considerem ratificar a Convenção de Haia sobre a Proteção das Crianças e Cooperação com relação à Adoção Entre Países, de 1993, que formula detalhes sobre este assunto.⁽¹³¹⁾

Quarta, os Estados partes “empreenderão todas as medidas apropriadas para assegurar que, na adoção entre países, a colocação não resulte em ganho financeiro incorreto para os envolvidos nela” (art. 21(d)). Esta disposição visa evitar “a venda ou o tráfico de crianças para qualquer finalidade ou por qualquer forma”, conforme requerido pelo Artigo 35 da Convenção sobre os Direitos da Criança. É evidente que, enquanto os “pagamentos por casais adotivos podem ser feitos de boa fé e sem prejuízo à criança, um sistema que coloca um preço sobre a cabeça de uma criança é propenso a incentivar a criminalidade, a corrupção e a exploração”.⁽¹³²⁾

Finalmente, os Estados partes que reconhecem ou permitem a adoção “promoverão, onde apropriado, os objetivos do [artigo 21 da Convenção] através do fechamento de pactos ou acordos bilaterais ou multilaterais, e se esforçarão, dentro deste quadro, para assegurar que a colocação da criança em um outro país seja executada por autoridades ou organismos competentes” (art. 21(e)). O tratado principal a ser considerado a esse respeito é a Convenção de Haia sobre a Proteção das Crianças e a Cooperação com relação à Adoção Entre Países, acima mencionada, a qual está baseada no artigo 21 da Convenção sobre os Direitos da Criança, assim como sobre a Declaração das Nações Unidas sobre os Princípios Sociais e Legais de 1986, relacionados à Proteção e Bem-Estar das Crianças, com Referência Especial à Colocação em Foster Home e Adoção Nacional e Internacionalmente. [\(133\)](#) É lembrado que a Convenção sobre os Direitos da Criança incentiva consistentemente aqueles países que ainda não ratificaram a Convenção de Haia a assim proceder.

Para os Estados que reconhecem ou permitem adoções, será dada consideração primordial ao melhor interesse da criança.

A legislação doméstica sobre adoção também precisa assegurar que a adoção de uma criança é autorizada somente:

- *por autoridades competentes, que determinam a permissibilidade da adoção;*
- *em conformidade com a lei e os procedimentos aplicáveis e com base em toda informação pertinente e confiável;*
- *e depois de obtido, se requerido por lei, o consentimento informado para a adoção das pessoas em questão*

Adoções internacionais ou entre países são consideradas como sendo medida de último recurso para prover cuidados à criança.

Uma criança envolvida em adoção entre países tem o direito de usufruir de proteções e padrões equivalentes aos existentes em um caso de adoção nacional.

Os Estados precisam tomar todas as providências apropriadas para assegurar que as adoções entre países não resultem em ganho financeiro incorreto para os envolvidos nelas.

A venda ou tráfico de crianças para qualquer finalidade ou em qualquer forma é estritamente proibida pela lei internacional.

14. O Papel dos Juízes, Promotores e Advogados na Garantia dos Direitos da Criança no Curso da Administração da Justiça

Conforme visto no decorrer dos Capítulos 4 a 8 deste Manual, o papel dos juízes, promotores e advogados é essencial para a proteção dos direitos humanos de todas as pessoas suspeitas ou acusadas de terem cometido transgressões criminais. A responsabilidade destas profissões legais é particularmente grande quando o processo judicial se relaciona a crianças de menoridade, que estão com problemas com a lei ou envolvidos em processo de separação ou de adoção. Tais processos requerem conhecimento e prática especiais da parte dos juízes, promotores, advogados e outros profissionais relacionados, e a Convenção sobre os Direitos da Criança, conseqüentemente, tem recomendado com freqüência, que os Estados partes introduzam ou fortaleçam os programas de treinamento nos respectivos padrões internacionais para todos os profissionais envolvidos no sistema de justiça da juventude.⁽¹³⁴⁾ Ela também sugere consistentemente que os Estados partes considerem buscar assistência técnica na área da justiça da juventude, incluindo a polícia, junto ao Gabinete do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos e o Fundo Das Crianças das Nações Unidas (UNICEF) entre outras organizações.⁽¹³⁵⁾

15. Observações Conclusivas

O presente capítulo forneceu um levantamento de alguns dos princípios legais internacionais importantes, relevantes para os direitos da criança na administração da justiça. Este sistema legal toma como seu ponto de partida o fato de que as crianças são pessoas com seu próprio direito, e possuem direitos e obrigações que têm que ser considerados e respeitados tanto pelas autoridades administrativas quanto pelas judiciais. Além disso, as crianças têm direitos, necessidades e interesses especiais, que precisam ser considerados. A administração da justiça, seja ela criminal ou de outra forma, também precisa ser guiada, em todo o tempo, inter alia, pelos princípios predominantes da não discriminação, pelo melhor interesse da criança, pelo direito da criança à vida e ao desenvolvimento, e pelo seu direito de ser ouvida.

Entretanto, a fim de tornar estes princípios uma realidade para as crianças do mundo, os Estados precisam incorporar todas as regras internacionais relevantes em seus próprios sistemas legais domésticos, assim como fornecer treinamento correto e meios financeiros para as profissões legais, polícia e autoridades sociais, possibilitando-lhes adquirir o conhecimento e a prática necessários à execução de seus deveres em conformidade com as incumbências legais dos Estados.

Além disso, de forma mais geral, os Estados têm que fazer seu máximo para erradicar a pobreza, a injustiça social e o desemprego elevado, caso contrário, até a melhor das intenções com relação à reeducação social e reintegração dos delinquentes juvenis pode ser de pequena ajuda efetiva.

Sem tais esforços sinceros e planejados por parte da humanidade, que “deve à criança o melhor que ela puder dar”,⁽¹³⁶⁾ os problemas confrontados pela crescente população de crianças do mundo podem colocar desafios quase intransponíveis.



[Gabinete do Alto Comissário para os Direitos Humanos em cooperação com a Associação Internacional de Advogados].

..... **Capítulo 11**
DIREITOS DA MULHER
NA ADMINISTRAÇÃO
DA JUSTIÇA

Objetivos do Aprendizado

- *Sensibilizar os participantes quanto aos problemas de direitos humanos especificamente enfrentados pela mulher nas diversas esferas da vida.*
- *Familiarizar os participantes com as normas internacionais existentes, estabelecidas com o objetivo de proteger os direitos da mulher.*
- *Aumentar a conscientização dos participantes de seu potencial, na condição de juízes, promotores e advogados, de contribuir para aumentar a proteção dos direitos da mulher.*

Perguntas

- *De que maneira os direitos da mulher são protegidos pelas leis de seu país de atuação?*
- *Em sua opinião, essas leis são aplicadas de forma eficaz?*
- *Quais são os problemas específicos enfrentados pela mulher em seu país de atuação?*
- *Esses problemas se devem a falhas na proteção legal da mulher ou na aplicação das normas existentes?*
- *Há outros fatores que possam ser responsáveis pelos problemas enfrentados pela mulher em seu país de atuação?*
- *Caso afirmativo, quais são?*
- *Meninas enfrentam algum problema específico em seu país de atuação?*
- *Caso afirmativo, quais são e quais as suas origens?*
- *De que forma e até que ponto a legislação dispõe sobre os problemas específicos da menina?*
- *O que você pode fazer como juiz, promotor ou advogado para melhorar a proteção dos direitos da mulher em seu país de atuação?*

Principais Diplomas Legais

Universal Instruments

- Carta das Nações Unidas de 1945
- Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966
- Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966
- Convenção contra o Tráfico de Pessoas e a Exploração da Prostituição e Outros de 1949
- Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher de 1953
- Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada de 1957

- Convenção sobre o Consentimento para o Matrimônio, Idade Mínima para o Casamento e Registro de Casamentos de 1962
- Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989
- Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil de 2000
- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979
- Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1999
- Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino de 1960 (UNESCO)
- Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998
- Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional de 2000
- Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças de 2000

- Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia de 1993
- Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda de 1994

- Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948
- Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher de 1993
- Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993
- Declaração e Plataforma de Ação de Beijing 1995

Regionais

- Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969
- Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher de 1994
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950

1. Introdução

Logicamente o Direito Humanitário Internacional é, de forma geral, totalmente aplicável à mulher. Os direitos descritos em outros capítulos deste Manual são, portanto, igualmente importantes para mulheres e meninas. No entanto, conforme comprovado pela lista de tratados e declarações acima, tem-se considerado necessária a edição, em separado, de dispositivos legais específicos focados nas necessidades particulares da mulher para lidar mais eficientemente com as graves e múltiplas violações de seus direitos que ainda ocorrem na maioria dos países, inclusive por meio de práticas discriminatórias bastante difundidas. Ao mesmo tempo em que, em alguns países, a mulher progrediu rapidamente assegurando maior respeito a seus direitos humanos, inclusive o direito à igualdade perante o homem em áreas como direito de família e de sucessões e no acesso à educação, à saúde e ao mercado de trabalho, a maioria das mulheres ainda sofre violações de seus direitos humanos mais básicos. Por exemplo, elas nem sempre são permitidas a contrair matrimônio livremente, a se divorciar nas mesmas condições que os homens e, em alguns países, elas não têm os mesmos direitos que os homens em termos de sucessões. Os direitos da mulher à vida, liberdade pessoal e segurança, incluindo o direito aos cuidados com a saúde, também são freqüentemente violados por meio de violência doméstica, institucional e comunitária, tais como homicídios por insuficiência de dotes (*dowry killings*), homicídios em defesa da “honra” (*“honour” killings*), agressões físicas, violência sexual, práticas de tradições, tráfico e prostituição forçada. Além disso, a mulher pode ter negado o direito à educação e, até mesmo, aos mais básicos serviços de cuidados com a saúde. E pode, ainda, estar sujeita a rigorosas regras especificando a forma de se vestir, que, se violadas, podem resultar em penas corporais severas. A discriminação do sexo feminino pode ocorrer antes mesmo do nascimento, por meio de testes pré-natal seletivos, que podem levar ao aborto do feto do sexo feminino.

A seriedade dessas violações é agravada pelo fato de muitas das vítimas estarem vivendo em situação de pobreza ou extrema pobreza e de não terem condições financeiras de alterar sua situação. Por exemplo, elas não podem pagar um advogado para ajudá-las a defender seus direitos e, mesmo se pudessem, há sempre a possibilidade de o sistema legal entender que os direitos da mulher não têm o mesmo peso dos direitos do homem, ou dos direitos da camada rica da sociedade. O sistema legal pode ser injustamente inclinado em favor do homem, de forma que a mulher tenha que arcar com um ônus de prova extremamente pesado em casos de violência, incluindo estupros. Além disso, algumas vezes, os advogados que representam mulheres sofrem todos os tipos de ameaça, até mesmo de morte.

Em muitos casos, a situação de direito e de fato da mulher é especialmente precária devido a sua situação de imigrante, refugiada ou deslocada de guerra, ou

simplesmente por ser parte de uma minoria étnica ou racial. Os governos e profissionais do direito têm, portanto, o dever de estarem atentos a esses problemas e de identificar soluções possíveis.

A resistência e a deficiência na aplicação e proteção dos direitos da mulher de maneira eficaz podem ser sempre explicadas – mas não justificadas – pelo medo de tais direitos representarem uma ameaça aos valores e interesses sociais aceitos.¹ Mas, essa marginalização da mulher representa um devastador custo humanitário, social e financeiro que vai muito além da vida da mulher em questão, e atinge a sociedade como um todo, já que a mulher é excluída do processo de decisão que a possibilitaria desempenhar um papel construtivo na criação de uma comunidade livre do medo, da carência e da intolerância. Mulheres que vivem em países industrializados também não estão, de forma alguma, imunes a violações de seus direitos. Elas podem ter que lidar com uma diversidade de problemas relacionados ao sistema e às atitudes, e sofrer discriminação, que normalmente se dá de forma indireta, em vez de direta.

A mulher é, portanto, freqüentemente envolvida em um círculo vicioso social, cultural, religioso, político e legal, do qual pode não ser capaz de sair sozinha. Para tanto, precisa, dentre outras coisas, do apoio de profissionais do direito independentes e imparciais que estejam familiarizados com o Direito Humanitário Internacional e sua aplicação à mulher, e que sejam capazes de exercer suas responsabilidades de maneira diligente e sem medo. O aumento da conscientização dos atos e práticas que violam os direitos mais fundamentais das mulheres e meninas entre juízes, promotores e advogados representa um importante passo para proporcionar à metade da humanidade um remédio tão necessário e uma maneira de compensação.

Os problemas relacionados à promoção e à proteção dos direitos da mulher são muito variados e numerosos para serem abordados com profundidade neste capítulo, que se restringirá a apontar alguns dos mais sérios dilemas enfrentados pela mulher e a resposta do Direito Internacional. Começará por uma descrição geral do direito da mulher à personalidade jurídica e passará a tecer considerações sobre o direito da mulher de igualdade perante a lei e de receber igual proteção da lei. Os itens a seguir abordarão o direito da mulher ao respeito por sua vida e sua integridade física e mental, a ser livre da escravidão, do comércio escravo, do trabalho forçado e obrigatório, e do tráfico e à igualdade com relação ao casamento, em questões civis e em termos de participação na administração e nas políticas públicas. Após mencionar várias outras áreas do direito, nas quais a discriminação em virtude do sexo é usual, este capítulo descreverá brevemente o direito da mulher a medidas eficazes, incluindo seu direito de recorrer aos tribunais.

¹ Sobre esta questão, vide o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas *Human Development Report 2000* (Nova Iorque/Oxford, Oxford University Press, 2000), pág. 30.

Finalmente, o capítulo enfatizará o papel dos profissionais do direito na promoção e na proteção dos direitos da mulher e será encerrado com algumas reflexões conclusivas. Sempre que for relevante, haverá referência a outras questões relativas à mulher tratadas em outros capítulos deste Manual.

Ainda que tenham igual importância, devido à falta de espaço, os direitos da mulher nas áreas de emprego e cuidados com a saúde, bem como outros direitos relativos às áreas social, econômica e cultural não serão abordados neste contexto, apesar de algumas referências pertinentes serem feitas. Aliás, a **Apostila No. 1** contém uma breve lista dos diplomas legais relevantes. Para mais material de pesquisa sobre direitos da mulher, vide a **Apostila No. 2**, que contém uma lista de livros, relatórios e web sites úteis.

2. O direito da Mulher à personalidade jurídica

O direito a seu reconhecimento como uma pessoa perante a lei é a base do direito da mulher para poder gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades. Embora o direito à personalidade jurídica seja inato no Direito Humanitário Internacional, foi expressamente incluído tanto no artigo 16 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, quanto no artigo 3º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Além disso, nos termos do artigo 27(2) da Convenção Americana, esse é um direito que não pode, em nenhuma circunstância, ser derogado em estados de calamidade pública. Em outras palavras, o direito da mulher à personalidade jurídica, em base de igualdade com o homem, deve ser respeitado em tempo de paz e em tempo de guerra ou em situações similares à guerra.

Conforme enfatizado pela Comissão de Direitos Humanos, “nos termos do artigo 16 o direito universal de ser reconhecida em todos os lugares como uma pessoa perante a lei é particularmente pertinente à mulher, que sempre o vê restringido em decorrência de sexo ou estado civil”.² Como ressaltado pela Comissão:

² Comentário Geral No. 28 (Art. 3º – Igualdade de direitos entre o homem e a mulher), no documento da ONU HRI/GEN/1/Rev.5, *Compilation of General Comments e General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies* (doravante simplesmente denominado *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*), pág. 171, parágrafo 19.

“esse direito significa que a capacidade da mulher de ser proprietária de bens, de celebrar contratos ou de exercer qualquer outro direito civil não pode ser restringida em decorrência de seu estado civil ou de qualquer outro motivo discriminatório. Significa, ainda, que a mulher não pode ser tratada como um objeto, e ser transmitida, juntamente com as propriedades do falecido marido, à família deste.”³

A personalidade jurídica também quer dizer que a mulher deve ter acesso total e irrestrito às instituições jurídicas de seu país para o fim de reclamar seus direitos e obter indenização ou restauração quando estes forem violados.⁴

A mulher tem direito à personalidade jurídica nos mesmos termos que o homem e este é um direito absoluto que deve ser garantido em qualquer circunstância e a qualquer tempo.

3. O direito da mulher à igualdade perante a lei e à igualdade de proteção pela lei

3.1 A Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos

Nos termos do artigo 1º(3) da Carta das Nações Unidas, um dos objetivos da Organização é o de “conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, **sexo**, língua ou religião” (grifo nosso). O mesmo princípio de igualdade entre homens e mulheres está previsto nos artigos 13(1)(b), 55(c) e 76(c). Os redatores estavam, portanto, convencidos da necessidade de igualdade entre os sexos no gozo dos direitos no mundo pós-guerra. Em nível mundial, a proibição da discriminação em virtude do sexo estava subsequenteiramente incluída no artigo 2º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos artigos 2º(1), 4º(1) e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e no artigo 2º(2) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Nos termos dos artigos 3ºs de ambos os Pactos, os Estados-partes

³ Ibid., loc. cit.

⁴ Vide, também, abaixo, seção 10.

comprometem-se expressamente a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos enunciados no respectivo Pacto.

3.2 A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979

Discriminação fundada no sexo tornou-se o foco exclusivo da **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979**, que entrou em vigor em 3 de setembro de 1981 e que, em 10 de maio de 2001, contava com a participação de 168 Estados-partes. A Convenção foi precedida pela **Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher**, promulgada pela Assembleia Geral em 1967. A Convenção tornou-se um importante meio de promoção e proteção da igualdade de direitos da mulher dentro da estrutura das Nações Unidas. A implementação de seus dispositivos é revisada pelo Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher.

Para os fins da Convenção, o artigo 1º estabelece que:

“a expressão "discriminação contra as mulheres" significa toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo e que tenha por objetivo ou consequência prejudicar ou destruir o reconhecimento, gozo ou exercício, pelas mulheres, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil *ou em qualquer outro campo*.” (grifos nossos).

Conforme explicado pelo Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, esta definição também inclui:

“violência fundada no sexo, ou seja, violência direcionada contra a mulher devido ao fato de ela ser uma mulher, ou que atinja a mulher de forma desproporcional. Inclui atos que inflijam prejuízos ou sofrimentos físicos, mentais ou sexuais, ameaças de tais atos, coerção e outras formas de privação da liberdade”.⁵

Vale ressaltar que essa ampla interpretação da definição de discriminação significa que “violência fundada em sexo pode infringir dispositivos específico da Convenção, independentemente do fato de estes dispositivos mencionarem violência expressamente, ou não”.⁶

A proibição da discriminação contra a mulher estende-se além das categorias tradicionais de direitos humanos, para outros campos nos quais esta pode ocorrer. No entanto, “a adoção de medidas especiais temporárias destinadas a proteger a igualdade de

⁵ Recomendação Geral No. 19 (Violência contra a mulher), *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, pág. 216, parágrafo 6º.

⁶ *Ibid.*, loc. cit.

fato entre homens e mulheres não será considerada discriminação” conforme previsto na Convenção. Por outro lado, tais medidas “deverão ser postas de lado quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento tiverem sido atingidos” (artigo 4º(1)).

Também é importante ressaltar que, diferentemente da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que só se refere à discriminação no “âmbito da vida pública” (artigo 1º(1)), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher tem um âmbito mais amplo de aplicação e cobre, também, atos ocorridos na esfera privada. Conforme enfatizado pelo Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher:

“discriminação nos termos da Convenção não está restrita à ação dos ou em nome dos governos (vide artigos 2º(e), 2º(f) e 5º). Por exemplo, no artigo 2º(e) a Convenção determina aos Estados-partes que tomem todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação da mulher por qualquer pessoa, organização ou empresa. De acordo com o Direito Internacional e pactos de direitos humanos, os Estados podem, também, ser responsáveis por atos privados, se deixarem de agir com a diligência devida para impedir violações dos direitos ou para investigar e punir atos de violência, e pelo pagamento de indenizações.”⁷

De acordo com o artigo 2º da Convenção, os Estados-partes mais particularmente “concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem tardança, uma política destinada a eliminar a discriminação contra as mulheres” e, para tanto, comprometem-se a:

- “Consagrar em suas constituições nacionais, ou em outra legislação apropriada o princípio da igualdade dos homens e das mulheres... e assegurar ... a aplicação na prática desse princípio”(artigo 2º(a));
- “Adotar medidas legislativas e outras que forem apropriadas - incluindo sanções, se isso se fizer necessário - proibindo toda a discriminação contra a mulher” (artigo 2º(b));
- “Estabelecer a proteção jurisdicional dos direitos das mulheres em uma base de igualdade com os dos homens e garantir, por intermédio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva das mulheres contra todo ato de discriminação” (artigo 2º(c));
- “Abster-se de incorrer em qualquer ato ou prática de discriminação contra as mulheres e atuar de maneira que as autoridades e instituições públicas ajam em conformidade com esta obrigação” (artigo 2º(d));

⁷ Ibid., pág. 217, parágrafo 9º. Sobre a responsabilidade dos Estados por atos de pessoas privadas nos termos do direito internacional humanitário, vide também o Capítulo 1, item 2.9 e o Capítulo 15.

- “Adotar as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra as mulheres praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa” (artigo 2º(e));
- “Tomar todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas que constituam discriminação contra as mulheres” (artigo 2º(f)); e
- “Derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra as mulheres” (artigo 2º(g)).

Os artigos a seguir prevêm detalhes adicionais das obrigações dos Estados-partes para eliminação da discriminação contra a mulher, incluindo os seguintes:

- “Modificar os esquemas e padrões de comportamento sócio-cultural de homens e mulheres... que estejam baseados na idéia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em papéis estereotipados de homens e mulheres” (artigo 5º(a));
- “Assegurar que a educação familiar venha a contribuir para um entendimento adequado da maternidade como função social e para o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento dos seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos é consideração primordial em todos os casos” (artigo 5º(b));
- Tomar “todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição das mulheres” (artigo 6º), para eliminar a discriminação contra as mulheres na vida política e pública do país (artigos 7º e 8º), no campo da educação (artigo 10), na esfera do emprego (artigo 11), na esfera dos cuidados com a saúde (artigo 12) e em outras esferas da vida econômica e social (artigo 13), e para assegurar a aplicação da Convenção às mulheres do campo (artigo 14).

Ao mesmo tempo em que muitos artigos da Convenção prevêm obrigações legais gerais dos Estados-partes de tomar “todas as medidas adequadas” para eliminar a discriminação contra a mulher, alguns estabelecem direitos específicos que devem ser garantidos em condições de igualdade entre homens e mulheres, tais como:

- o direito à educação: a mulher tem o direito, dentre outros, às mesmas condições de orientação profissional e vocacional e ao acesso aos estudos e às mesmas oportunidades no que se refere à concessão de bolsas e outras subvenções para estudos (artigo 10);
- o direito ao trabalho, às mesmas oportunidades de emprego, à livre escolha da profissão e do emprego, à igualdade de remuneração, à previdência social e à proteção da saúde e da segurança nas condições de trabalho (artigo 11);

- o direito a benefícios familiares, empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de auxílio financeiro e de participar em atividades recreativas, esportivas e em todos os aspectos da vida cultural (artigo 13);
- o direito da mulher do campo de participar na elaboração e na execução de todos os planos de desenvolvimento, de ter acesso aos serviços médicos adequados, de beneficiar-se diretamente dos programas de previdência social, de receber todos os tipos de educação e de formação, de organizar grupos de auto-ajuda, de participar de todas as atividades comunitárias, de ter acesso aos créditos e empréstimos agrícolas, e de gozar de condições de vida adequadas (artigo 14).

Por fim, a Convenção impõe uma obrigação específica aos Estados-partes de reconhecer às mulheres “igualdade com os homens perante a lei” e a capacidade jurídica idêntica a dos homens em matéria cível (artigo 15(1) e (2)), e exige que assegurem “com base na igualdade entre homens e mulheres” vários direitos relacionados ao casamento e à família (artigo 16). O significado de algumas dessas obrigações será abordado mais detalhadamente abaixo.

Outros importantes tratados internacionais objetivando assegurar a igualdade entre homens e mulheres em termos do gozo de direitos específicos serão abordados nas seções apropriadas abaixo.

3.3 Tratados de direitos humanos regionais

Em nível regional, o artigo 2º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, o artigo 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o artigo 14 da Convenção Européia dos Direitos do Homem e Parte V, artigo E do Pacto Social Europeu (Revisado) de 1966 estipulam que os direitos e liberdades estabelecidos nesses tratados devem ser gozados sem qualquer discriminação fundada no *sexo*. Assim como o artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, o Protocolo No. 12 à Convenção Européia dos Direitos do Homem contém uma proibição geral e independente da discriminação fundada em determinados motivos, que não está relacionada ao gozo dos direitos garantidos pelo tratado. No entanto, até 8 de junho de 2002 somente o Chipre e a Geórgia haviam ratificado este Protocolo, que requer dez ratificações para entrar em vigor. Vale ressaltar que o dispositivo sobre não-discriminação contido no artigo 14 da Convenção Européia está relacionado ao gozo de direitos e liberdades assegurados pela Convenção e seus Protocolos Adicionais e, por isso, não tem existência independente desses direitos e liberdades.

O artigo 3º da Carta Africana, e o artigo 24 da Convenção Americana asseguram, ainda, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção da lei em condições de igualdade.

3.4 O significado do princípio da igualdade dos sexos e da não-discriminação entre homens e mulheres

O significado geral de igualdade e não-discriminação é abordado com maior profundidade no Capítulo 13, que faz referências a vários exemplos de casos relevantes de Direito Internacional e comentários jurídicos. Assim sendo, este Capítulo apresentará um resumo do significado geral da noção de igualdade de tratamento e não-discriminação no Direito Humanitário Internacional e, então, analisará de que forma os organismos internacionais de controle trataram da questão específica de igualdade dos sexos.

3.4.1 O significado geral da igualdade e não-discriminação

A Comissão de Direitos Humanos enfatizou que a não-discriminação “juntamente com a igualdade perante a lei e a igual proteção pela lei, sem qualquer tipo de discriminação, constituem um princípio básico e geral relacionado à proteção dos direitos humanos”.⁸ No entanto, nem todas as distinções feitas entre pessoas e grupos de pessoas podem ser consideradas como discriminação no sentido verdadeiro da palavra. Isso decorre de jurisprudência consistente dos organismos de controle internacionais, de acordo com a qual distinções entre pessoas são justificadas desde que, em termos gerais, sejam razoáveis e impostas para um fim e com um propósito legítimo. As características comuns da jurisprudência (também com relação à igualdade de direitos da mulher) da Comissão de Direitos Humanos e dos Tribunais Interamericanos e Europeus de Direitos Humanos a seguir estão resumidas no Capítulo 13, à luz de algumas das decisões mais detalhadas e confiáveis sobre a noção de igualdade de tratamento e não-discriminação:

O princípio da igualdade e não-discriminação não significa que todas as distinções feitas entre as pessoas sejam ilegais perante o Direito Internacional. Distinções são legítimas e, por isso, legais desde que:

- *persigam um objetivo legítimo como, por exemplo, uma ação afirmativa para lidar com desigualdades reais; e*
- *sejam razoáveis, considerando seu objetivo legítimo.*

Motivos alegados para fins de tratamento diferencial, que não podem ser objetivamente justificados, e medidas que sejam desproporcionais à consecução de um objetivo legítimo são ilegais e contrários ao Direito Humanitário Internacional.

Para garantir o direito à igualdade, os Estados podem ter que

⁸ Vide Comentário Geral No. 18 (Não-discriminação), *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, pág. 134, parágrafo 1º.

tratar de forma diferenciada pessoas que estejam em situações significativamente diferentes.

Essa interpretação básica é o ponto de partida para qualquer profissional do direito que tiver que analisar denúncias de discriminação no exercício de direitos e liberdades, inclusive reclamações envolvendo discriminação fundamentada no sexo.

3.4.2 O significado da igualdade entre homens e mulheres

Não obstante o princípio da igualdade e não-discriminação nos tratados de direitos humanos gerais serem neutros com relação ao sexo, de forma que são igualmente aplicáveis às denúncias de discriminação sejam elas feitas por um homem ou por uma mulher, considerou-se necessário, como já notado, a inclusão, em dois Pactos Internacionais, de dispositivos específicos enfatizando a obrigação dos Estados de assegurar a igualdade de direitos entre homens e mulheres com relação ao gozo de todos os direitos assegurados pelo respectivo tratado.

No caso do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Comissão de Direitos Humanos acredita que, diferentemente da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que “versam apenas sobre casos de discriminação por motivos específicos”,

“o termo “discriminação” usado na Convenção deve ser entendido como significando toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que esteja fundamentada em qualquer motivo tal como raça, cor, sexo, idioma, religião, preferência política ou qualquer outra, nacionalidade, origem social, pobreza, condição social ou outra condição, e que tenha o objetivo ou o efeito de anular ou impedir o reconhecimento, gozo ou exercício por todas as pessoas, em pé de igualdade, de todos os direitos e liberdades”⁹

A Comissão de Direitos Humanos, portanto, tem uma área de competência muito mais ampla ao lidar com questões de discriminação do que as Comissões que controlam a aplicação dos dois outros tratados.

Com relação à igualdade dos direitos entre homens e mulheres, conforme estabelecido no artigo 3º do Pacto, infere-se que, de acordo com a Comissão:

“todos os seres humanos devem gozar dos direitos estabelecidos na Convenção em termos de igualdade e em sua totalidade. O efeito completo deste dispositivo estará prejudicado sempre que qualquer pessoa tiver negado o gozo completo e em termos de igualdade de qualquer direito. Conseqüentemente, os Estados devem assegurar a

⁹ Ibid., pág. 135, parágrafo 7º.

igualdade entre homens e mulheres no gozo de todos os direitos estabelecidos pelo Pacto.”¹⁰

A obrigação de assegurar os direitos previstos no Pacto, sem discriminação:

“exige que os Estados-partes tomem todas as medidas necessárias para possibilitar que todas as pessoas gozem desses direitos. Tais medidas incluem a remoção de obstáculos ao gozo de tais direitos em condições de igualdade, a educação da população e das autoridades públicas com relação aos direitos humanos e a adaptação da legislação nacional para que os compromissos assumidos no Pacto entrem em vigor. O Estado-parte não só deverá adotar medidas de proteção, como também medidas positivas em todas as áreas, de forma a garantir à mulher poderes iguais e efetivos.”¹¹

Além disso, segundo o entendimento da Comissão, os artigos 2º e 3º do Pacto determinam que os Estados-partes “tomem todas as medidas necessárias, incluindo a proibição da discriminação fundamentada no sexo, para encerrar ações discriminatórias, **tanto no setor público quanto no privado**, que impeçam o gozo dos direitos em condições de igualdade”.¹²

Nesse sentido a Comissão adiciona:

“A desigualdade no gozo dos direitos pelas mulheres por todo o mundo está profundamente incrustada em tradições, história e cultura, inclusive em atitudes religiosas. O papel subordinado das mulheres em alguns países é ilustrado pela alta incidência de seleção de sexo pré-natal e aborto de fetos do sexo feminino. Os Estados-partes devem assegurar que atitudes tradicionais, históricas, religiosas ou culturais não sejam usadas para justificar violações do direito das mulheres à igualdade perante a lei e do gozo dos direitos do Pacto em condições de igualdade.”¹³

A obrigação legal dos Estados-partes de assegurar o gozo dos direitos de forma total e em condições de igualdade para todos, especialmente entre homens e mulheres, abrange todos os setores da sociedade. Vale ressaltar que esta obrigação é imediata e, portanto, não é progressiva, nem dependente de recursos disponíveis nos Estados-partes envolvidos.

O Comitê que controla aplicação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher ainda não fez nenhuma recomendação geral sobre o artigo 1º da Convenção nesse sentido. As melhores fontes de informações sobre o entendimento do Comitê acerca do conceito de “discriminação contra a mulher” são, portanto, seus comentários sobre os relatórios apresentados pelos Estados-partes e suas recomendações gerais sobre questões específicas.

¹⁰ Ibid., Comentário Geral No. 28 (Art. 3o. – Igualdade de direitos entre homens e mulheres), pág. 168, parágrafo 2º.

¹¹ Ibid., pág. 168, parágrafo 3º.

¹² Ibid., pág. 168, parágrafo 4º; grifos nossos

¹³ Ibid., págs. 168 e 169, parágrafo 5º.

Vale lembrar que, nesse sentido, conforme mencionado pelo Comitê “discriminação nos termos da Convenção não está restrita à ação pelo ou em nome dos governos”¹⁴, mas também se estende às entidades privadas. Corroborando com esse entendimento, o Comitê refere-se aos artigos 2º(e), 2º(f) e 5º da Convenção que obriga os Estados-partes a adotarem todas as medidas necessárias para “eliminar a discriminação contra a mulher por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa” e para modificar leis, regulamentos, costumes e práticas existentes, bem como padrões sociais e culturais que representem discriminação contra a mulher.¹⁵

Esses dispositivos legais mostram claramente que os Estados-partes desta Convenção também têm a obrigação legal de adotar medidas específicas positivas em todas as áreas da sociedade nas quais exista a discriminação em virtude do sexo, inclusive medidas positivas para alterar práticas discriminatórias que invadem o domínio privado, onde as mulheres sofrem graves adversidades, inclusive em consequência de violência.

Embora não seja legalmente vinculante por si mesma, a Declaração e Programa de Ação de Viena é uma importante declaração de princípios e políticas que foi unanimemente adotada pelos Estados que participaram da Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993. De acordo com seus termos, “os direitos humanos da mulher e da menina são uma parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais” e a “participação da mulher de forma plena e em termos de igualdade na vida política, civil, econômica, social e cultural, nos níveis nacional, regional e internacional, e a erradicação de todas as formas de discriminação fundada no sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional.”¹⁶ A Declaração e Plataforma de Ação de Beijing também foi unanimemente adotada pelos países participantes. O parágrafo 1o da Declaração da Missão de abertura da Plataforma declara que objetiva, dentre outras coisas, “remover todos os obstáculos à participação das mulheres em todas as esferas da vida pública e privada, por meio da plena participação, e em condições de igualdade, nos processos de decisão econômico, social, cultural e político”.¹⁷

Considerando que os governantes em todo o mundo têm a obrigação legal de eliminar a discriminação fundada em sexo em seus países, os juízes, promotores e advogados também têm a responsabilidade profissional de analisar as denúncias de

¹⁴ Ibid., Recomendação Geral No. 19 (Violência contra as mulheres), pág. 217, parágrafo 9º.

¹⁵ Ibid. Para mais detalhes sobre esses dispositivos legais vide acima (item 3.2).

¹⁶ Vide documento da ONU A/CONF.157/23, Parte I, parágrafo. 18; grifos nossos. A Assembléia Geral das Nações Unidas em seguida aprovou a Declaração e suas recomendações sem votação, por meio da resolução 48/121 de 20 de dezembro de 1993.

¹⁷ Para conferir a íntegra do texto da Declaração e Plataforma de Ação de Beijing, acesse www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform; a Declaração e a Plataforma de Ação foram, em seguida, aprovadas pelas Nações Unidas sem votação, por meio da resolução 50/42 de 8 de dezembro de 1995. Para informações sobre a Sessão Extraordinária da Assembléia Geral que avaliou o progresso feito a partir da Conferência de Beijing de 1995 acesse www.un.org/womenwatch/confer/beijing5/.

violações do direito à igualdade e à não-discriminação entre homens e mulheres, independentemente da origem da discriminação denunciada.

As mulheres têm direito à igualdade com os homens perante a lei e este direito independe do estado civil da mulher.

A proibição de discriminação fundada no sexo inclui, também, a proibição à violência fundada no sexo.

O direito das mulheres a condições de igualdade com os homens implica no dever dos Estados de eliminar toda forma de discriminação de fato e de direito contra as mulheres nas esferas pública e privada. Significa, também, que os Estados estão obrigados a, no mínimo, adotar as medidas adequadas para alterar costumes e tradições locais que impeçam a plena realização dos direitos das mulheres.

4. O direito das mulheres ao respeito a sua vida e integridade física e mental

4.1 Dispositivos relevantes

As mulheres têm o direito ao respeito a sua vida, o direito de serem livres de tortura e de tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, o direito à liberdade e à segurança de sua pessoa, conforme assegurado por todos os tratados gerais de direitos humanos (por exemplo: artigos 6º, 7º e 9º da Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigos 4º, 5º e 6º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, artigos 4º, 5º e 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e artigos 2º, 3º e 5º da Convenção Européia dos Direitos do Homem).¹⁸

O único diploma legal internacional que lida expressamente com a questão da violência contra as mulheres é a **Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher**, que foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1993¹⁹ e que prevê o seguinte:

¹⁸Sobre estas questões, vide os Capítulos 5 e 8 deste Manual.

¹⁹Resolução da Assembléia Geral 48/104, aprovada em 20 de dezembro de 1993.

“o termo ‘violência contra a mulher’ significa qualquer ato de violência fundado no sexo que resulte em, ou que possa resultar em lesão ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, inclusive a ameaça de tais atos, coerção ou privação arbitrária da liberdade, ocorrendo este tanto na vida pública quanto na privada”.

O artigo 2º da Declaração prevê um significado amplo de violência contra a mulher que inclui, mas não se limita ao seguinte:

“(a) Violência física, sexual e psicológica ocorridas dentro da família, incluindo agressões, abuso sexual de meninas dentro da mesma unidade doméstica, violência relacionada a dotes, estupro conjugal, mutilação de órgãos genitais femininos e outras práticas tradicionais agressivas às mulheres, violência não-conjugal e violência relacionada à exploração;

(b) Violência física, sexual e psicológica ocorridas na comunidade em geral, incluindo estupro, abuso sexual, assédio sexual e intimidação no trabalho, em instituições e ensino e em qualquer outra parte, tráfico de mulheres e prostituição forçada;

(c) Violência física, sexual e psicológica perpetrada ou tolerada pelo Governo, onde quer que ocorra”.

O artigo 3º da Declaração confirma, de maneira pontual, o que já é evidente da aplicação geral das leis de direitos humanitários, especificando que “as mulheres têm o direito ao gozo e à proteção, em condições de igualdade, de todos os direitos humanos e de serem livres nos campos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro”. Vale notar que a lista resultante, embora expressamente não-exaustiva, não faz alusão à direitos tão importantes como o de liberdade de opinião, credo, religião, expressão e ir e vir, sem os quais as mulheres dificilmente conseguem reclamar seus direitos de forma eficaz.

A Declaração identifica, ainda, as medidas a serem adotadas, tanto individualmente pelos Estados, quanto pelos organismos e agências especializadas das Nações Unidas para eliminar a violência contra a mulher nas esferas pública e privada. (artigos 4º e 5º).

Embora não seja legalmente vinculante por si mesma, a Declaração demonstra, de forma eficiente, que os atos violentos que descreve constituem infrações ao Direito Humanitário Internacional pelos Estados-membros das Nações Unidas. Assim, a Declaração pode, também, ser útil na interpretação dos dispositivos relevantes, tanto do direito internacional quanto do nacional, que visem à proteção da integridade física e mental das mulheres.

Enquanto não existe um tratado internacional lidando expressamente com a violência fundada no sexo, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher deixou claro que, conforme mencionado na seção 3.2 acima, a definição de discriminação contida no artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

também engloba a violência fundada no sexo, independentemente do fato de os dispositivos da Convenção não mencionarem violência de forma expressa. O Comitê também interpretou os artigos 2º, 5º, 11, 12, e 16 da Convenção como exigindo dos Estados-partes que “atuem na proteção da mulher contra qualquer tipo de violência que ocorra em família, no local de trabalho ou em qualquer outra área da vida social”.²⁰ O Comitê defende, ainda, que “violência fundada no sexo é uma forma de discriminação que inibe seriamente a capacidade das mulheres de gozarem de seus direitos e liberdades em condições de igualdade com os homens”²¹ e que tal violência, “que prejudica ou impede as mulheres de gozarem dos direitos humanos e liberdades fundamentais previstas no Direito Internacional geral ou nas convenções sobre direitos humanos, constitui discriminação no significado do artigo 1º da Convenção”.²²

Até o momento, apenas um tratado lida exclusivamente com a tão difundida questão da violência contra a mulher, a saber, a **Convenção Interamericana para Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher**, também chamada de “Convenção de Belém do Pará” que foi adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 1994. De acordo com o artigo 2º dessa Convenção:

“Violência contra a mulher deve ser entendida como incluindo violência física, sexual e psicológica:

- a. que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação inter-pessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual;
- b. que tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus-tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro local; e
- c. que seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra”

A Convenção prevê, ainda, que “toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto no âmbito público como no privado” (artigo 3º) e que os Estados-partes reconhecem que “a violência contra a mulher impede e anula o exercício” dos direitos civis, políticos, econômicos,

²⁰ Recomendação Geral No. 12 (Violência contra a mulher), *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, pág. 209.

²¹ *Ibid.*, Recomendação Geral No. 19 (Violência contra a mulher), pág. 216, parágrafo 1º.

²² *Ibid.*, pág. 217, parágrafo 7º. A Recomendação Geral dá, também, exemplos de como a violência pode prejudicar o gozo de uma série de direitos, tais como aqueles contidos nos artigos 6º, 11, 12, 14 e 16(5), e apresenta uma lista de recomendações específicas aos Estados-partes com o objetivo de erradicar a violência fundada no sexo.

sociais e culturais estabelecidos nos diplomas legais de direitos humanos internacionais e regionais a que a mulher tem o direito de “exercer livre e plenamente” (artigo 5º).

De acordo com o artigo 6º da Convenção, o direito da mulher a uma vida livre de violência inclui, dentre outros, “o direito ... de ser livre de toda forma de discriminação” e “o direito ... de ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e práticas sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade e de subordinação.”

Os artigos. 7º e 8º estabelecem medidas que devem ser adotadas, sem demora (artigo 7º) ou de forma progressiva (artigo 8º), pelos Estados-partes para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Ao adotar tais medidas:

“os Estados-partes terão especialmente em conta a situação de vulnerabilidade à violência que a mulher possa sofrer em consequência, entre outras, de sua raça ou de sua condição étnica, de migrante, refugiada ou desterrada. No mesmo sentido se considerará a mulher submetida à violência quando estiver grávida, for excepcional, menor de idade, anciã, ou estiver em situação sócio-econômica desfavorável ou afetada por situações de conflitos armados ou de privação de sua liberdade.”

Esse dispositivo é um reconhecimento da precariedade (a qual já se fez referência na Introdução) de grupos especiais de mulheres cuja situação seja particularmente dramática e que, por isso mesmo, requerem especial proteção por parte dos profissionais do direito contra atos de violência.

Toda mulher tem direito ao respeito por sua vida e sua integridade física e mental em condições de igualdade com o homem.

Violência fundada no sexo e ameaças de tal violência são proibidas pelo Direito Humanitário Internacional, tenham tais atos ocorrido na esfera pública ou privada.

Violência contra a mulher prejudica ou anula seu direito de gozar de direitos e liberdades em condições de igualdade com o homem.

Mulheres em situações vulneráveis devem receber especial atenção e proteção contra atos de violência.

4.2 O direito à vida

Mesmo que os termos dos diversos tratados de direitos humanos variem de alguma forma, todos prevêm a regra básica segundo a qual a mulher, assim como o homem, tem o direito de não ser arbitrariamente privada da vida (artigo 6º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 4º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, artigo 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e artigo 2º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem). O artigo 4º(a) da Convenção Interamericana sobre a Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher prevê que toda mulher tem “o direito de que sua vida seja respeitada”.

Com relação à *pena de morte*, os artigos 6º(5) do Pacto Internacional e 4º(5) da Convenção Americana contêm disposições específicas declarando sem efeito sua aplicação a mulheres gestantes, um caso em que “o gozo de direitos e da liberdade em igualdade de condições... não implica em tratamento idêntico em todas as instâncias”.²³

A Comissão de Direitos Humanos prevê que o “direito inerente à vida” conforme assegurado pelo artigo 6º do Pacto Internacional “não pode ser totalmente entendido de maneira restritiva” e que sua proteção “exige que os Estados adotem medidas positivas.”²⁴ Com base nesse entendimento, a Comissão também considera, por exemplo, “que seria desejável aos Estados-partes que adotassem todas as medidas possíveis para redução da mortalidade infantil e aumento da expectativa de vida, especialmente por meio da adoção de medidas para eliminação da desnutrição e epidemias”.²⁵

4.2.1 Estupro e homicídio qualificado

A violência contra a mulher envolvendo estupro e homicídio qualificado, bem como execuções extrajudiciais (*extrajudicial executions*) por forças de segurança são, logicamente, totalmente proibidas pelo Direito Humanitário Internacional. Sejam tais atos cometidos por membros do governo ou da família, deverão ser investigados e punidos. Além disso, de acordo com o Direito Internacional, os governos têm a obrigação de evitar que estes ocorram.²⁶

A Comissão de Direitos Humanos manifestou preocupação no caso do México “com o nível de violência contra a mulher, incluindo muitos casos relatados de estupro e homicídio qualificado que não resultaram na prisão ou no julgamento dos infratores”. O Estado-parte deve:

²³ Comissão de Direitos Humanos, Comentário Geral No. 18 (Não-discriminação), *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, pág. 135, parágrafo 8º.

²⁴ *Ibid.*, Comentário Geral No. 6 (art. 6º), pág. 115, parágrafo 5º.

²⁵ *Ibid.*, loc. cit.

²⁶ Sobre a obrigação dos governos de prevenir, investigar e corrigir abusos de direitos humanos, vide o Capítulo 15 deste Manual.

“tomar medidas efetivas para proteger a segurança da mulher, para assegurar que nenhuma pressão seja colocada sobre ela para evitar que denuncie tais violações e para assegurar que todas as denúncias de abuso sejam investigadas e os infratores levados aos tribunais”.²⁷

A Comissão também manifestou preocupação quanto ao nível de violência contra a mulher na Venezuela “incluindo muitos casos relatados de seqüestro e homicídio qualificado que não resultaram em prisões ou julgamento dos responsáveis”. E recomendou que os Estados-partes “adotem medidas efetivas para garantir a segurança da mulher”, declarando que a questão trouxe “sérias preocupações” de acordo com o artigo 6º do Pacto.²⁸

No caso *Velásquez Rodríguez*, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos decidiu que a prática de desaparecimentos viola muitos dispositivos e constitui “uma infração grave” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, já que demonstra “um abandono grosseiro dos valores que emanam do conceito de dignidade humana e dos mais básicos princípios do sistema e da Convenção Interamericana”.²⁹ Para que um Estado-parte incorra em responsabilidade, nos termos da Convenção, por um alegado desaparecimento, não é conclusiva a existência de provas de que o próprio Estado seja diretamente responsável pelo ato. Conforme declarado pelo Tribunal, “o que é decisivo é se ocorreu uma violação dos direitos reconhecidos pela Convenção com o apoio ou o consentimento do governo, ou se o Estado autorizou a realização do ato sem adotar medidas para sua prevenção ou para punir os responsáveis.” Em outras palavras, o Estado tem “o dever legal de adotar medidas razoáveis para evitar violações de direitos humanos e de usar os meios à sua disposição para conduzir investigações sérias sobre as violações cometidas em sua área de jurisdição, de identificar os responsáveis, de aplicar as penas apropriadas e de assegurar à vítima indenização adequada”.³⁰ As responsabilidades legais dos Estados são, portanto, bastante abrangentes, mesmo não estando estes próprios envolvidos em raptos, por exemplo. Para mais informações sobre o dever dos Estados de prevenir, investigar, punir, e indenizar violações de direitos humanos, vide o Capítulo 15 deste Manual.

4.2.2 Violência relacionada a dotes e homicídios em defesa da “honra”

Em alguns países, a família da noiva deve pagar à família do noivo um dote cujo valor é acordado por ambas as famílias. Se, por alguma razão, o dote não é pago ou é considerado baixo demais, pode-se seguir violência contra a noiva e, em algumas comunidades, ela pode chegar até

²⁷ Documento da ONU GAOR, A/54/40 (vol. I), pág. 64, parágrafo 328.

²⁸ Documento da ONU GAOR, A/56/49 (vol. I), pág. 52, parágrafo 17.

²⁹ I-A Court HR, *Caso Velásquez Rodríguez*, Julgado em 29 de julho de 1988, *Série C, No. 4*, pág. 149, parágrafo 158.

³⁰ *Ibid.*, págs. 154 e 155, parágrafos. 173 e 174.

a ser queimada viva ou desfigurada com ácido sulfúrico pelo seu marido ou pela família deste.³¹ Homicídios em defesa da “honra” ocorrem em vários países. Um membro da família do sexo masculino mata uma menina ou mulher que se “desviou” da sua conduta, um “erro” que é considerado como justificativa para lhe tirar a vida ; outra alternativa é a contratação de um homem fora do círculo familiar para cometer o crime.

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher declarou, com relação aos artigos. 2(f), 5 e 10(c) da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher que “atitudes convencionais de acordo com as quais as mulheres são vistas como subordinadas aos homens, ou com funções estereotipadas perpetuam práticas amplamente difundidas envolvendo violência, coerção, tais como violência familiar e abuso, casamento forçado, mortes decorrentes de dotes, ataques com ácidos e mutilação dos órgãos genitais femininos. Tais preconceitos e práticas podem justificar violência fundada no sexo como uma forma de proteção ou controle das mulheres. O efeito de tais violências na integridade física e mental da mulher priva-as de , em condições de igualdade, gozar, exercer e conhecer os direitos humanos e liberdades fundamentais.”³²

O Comitê expressou preocupação com a violência contra a mulher na Jordânia e no Iraque na forma de homicídios em defesa da “honra”. Por exemplo, nos termos do artigo 340 do Código Penal da Jordânia “um homem que matar ou ferir sua esposa ou uma familiar do sexo feminino flagrada em ato de adultério” é perdoado.³³ O Comitê recomendou com insistência que a Jordânia “prestasse todo apoio possível para, rapidamente, revogar o artigo 340 e para proporcionar atividades de conscientização que tornem o homicídio em defesa da “honra” moralmente inaceitável”.³⁴ Visto que na Jordânia as mulheres ameaçadas de homicídio em defesa da “honra” são presas para sua própria segurança, o Comitê também apressou o governo para “adotar medidas que assegurem a substituição da custódia preventiva por outras formas de proteção da mulher”.³⁵ O Comitê recomendou ao Iraque que “condene e erradique especialmente os homicídios em defesa da honra e que assegure que tais crimes sejam julgados e punidos da mesma maneira que as outras formas de homicídios”.³⁶

³¹ Vide, por exemplo, Carin Benninger-Budel e Anne-Laurence Lacroix, *Violência contra a Mulher – Um Relatório* (Genebra, Organização Mundial contra a Tortura (OMCT), 1999), págs. 119 e 120.

³² Vide Recomendação Geral No. 19 (Violência contra a mulher), *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, págs. 217-218, parágrafo 11.

³³ Documento da ONU GAOR, A/55/38, pág. 20, parágrafo 178 (Jordânia), e pág. 69, parágrafo 193 (Iraque).

³⁴ *Ibid.*, pág. 20, parágrafo 179.

³⁵ *Ibid.*, loc. cit.

³⁶ *Ibid.*, pág. 69, parágrafo 194.

O Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também manifestou preocupação, no caso da Jordânia, “com o fato de que os crimes contra as mulheres cometidos em defesa da honra ficam impunes”.³⁷

4.2.3 Mutilação de órgãos genitais femininos

A mutilação de órgãos genitais femininos é uma prática amplamente difundida em certas partes do mundo e que pode causar graves implicações à saúde de meninas, causando até mesmo a morte devido ao uso de instrumentos cirúrgicos não esterilizados ou à precariedade da higiene em geral durante a intervenção. Os prejuízos causados pela mutilação de órgãos genitais femininos já foram documentados pela Organização Mundial de Saúde (OMS).³⁸

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher recomendou aos Estados-partes do Pacto sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher que assegurem “a promulgação e o cumprimento efetivo de leis proibindo a mutilação de órgãos genitais”.³⁹ Recomendou, também, que os Estados-partes “adotem medidas adequadas e efetivas para a erradicação da prática da circuncisão feminina”. Tais medidas poderiam incluir:

- a coleta e a disseminação de dados básicos sobre tais práticas de tradições;
- o apoio a organizações de mulheres trabalhando pela eliminação da circuncisão feminina e de outras práticas prejudiciais à mulher;
- o incentivo de líderes políticos, profissionais, religiosos e comunitários em todos os níveis, inclusive da mídia e das artes para cooperar, influenciando atitudes em prol da erradicação da circuncisão feminina;
- a introdução de programas de ensino e treinamento e seminários baseados nos resultados das pesquisas sobre os problemas decorrentes da circuncisão feminina;
- a inclusão de estratégias adequadas nas políticas de saúde nacionais, com o objetivo de erradicar a circuncisão feminina no sistema de saúde público.⁴⁰

Com relação ao Egito, o mesmo Comitê acolheu o Decreto do Ministro da Saúde de 1996 impondo penalidade sobre a mutilação de órgãos genitais femininos mas, ainda, manifestou preocupação quanto à falta de informação acerca da aplicação do Decreto.⁴¹

4.2.4 Aborto

³⁷ Documento da ONU E/2001/22 (E/C.12/2000/21), pág. 51, parágrafo 236.

³⁸ Vide o web site da OMS de forma geral: www.ilo.int/ e também as referências na **Apostila No. 1**.

³⁹ Vide Recomendação Geral 24 (Art. 12 – A mulher e a saúde), *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, pág. 248, parágrafo 15(d).

⁴⁰ *Ibid.*, Recomendação Geral No. 14 (Circuncisão feminina), págs. 211 e 212, alíneas (a) e (b).

⁴¹ Documento da ONU GAOR, A/56/38, pág. 36, parágrafo 348.

A questão do aborto não é abordada de forma expressa nos tratados gerais sobre direitos humanos internacionais, mas o artigo 4º(1) da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que o direito à vida “deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento de sua concepção”, um dispositivo que parece excluir qualquer recurso incondicional ao aborto, mesmo durante as primeiras semanas de gestação. Por outro lado, argumenta-se que leis abortivas indevidamente restritivas podem colocar em perigo a vida e a saúde das mulheres gestantes que recorrem a interrupções clandestinas da gestação.

Analisando esta questão à luz do artigo 6º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Comissão de Direitos Humanos declarou, quanto à situação na Guatemala, que “a criminalização de todos os abortos, com a aplicação de penas severas pela legislação em vigor, exceto nos casos em que a gestante corre risco de vida, causa sérios problemas, especialmente à luz de relatórios incontestes sobre a gravidade do impacto nos índices de mortalidade materna decorrentes de abortos clandestinos e sobre a falta de informações sobre planejamento familiar”. A Comissão entendeu que o Estado-parte devia, portanto:

“adotar as medidas necessárias para garantir o direito à vida (artigo 6º) da gestante que decidir pela interrupção de sua gestação, fornecendo as informações e recursos necessários para assegurar seus direitos e alterando a legislação para estabelecer exceções à proibição geral de todos os abortos, nos casos em que a vida da gestante corra perigo.”⁴²

A Comissão também sugeriu que a legislação da Costa Rica sobre o aborto fosse alterada para permitir exceções à proibição geral da interrupção da gestação naquele país.⁴³ A legislação do Peru também tem sido um caso de preocupação para a Comissão, pois o aborto é penalizado mesmo quando a gestação é decorrente de estupro. Verificando que o aborto clandestino continua sendo a principal causa de mortalidade materna no Peru,⁴⁴ a Comissão reiterou que tais dispositivos legais “são incompatíveis com os artigos 3º, 6º e 7º do Pacto” e recomendou que “a legislação deve ser alterada para estabelecer exceções à proibição e à punição do aborto”.⁴⁵

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher manifestou preocupação no caso da Jordânia pois “a proibição do aborto aplica-se também aos casos em que a gestação é decorrente de estupro ou incesto” e recomendou ao governo que “inicie uma ação legislativa para permitir o aborto seguro às vítimas de estupro e incesto”.⁴⁶

⁴² Documento da ONU GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 96, parágrafo 19.

⁴³ Documento da ONU GAOR, A/54/40 (vol. I), pág. 55, parágrafo 280.

⁴⁴ Documento da ONU GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 48, parágrafo 20.

⁴⁵ Ibid., loc. cit.

⁴⁶ Documento da ONU GAOR, A/55/38, pág. 20, parágrafos 180 e 181.

4.2.5 Mortalidade infantil e expectativa de vida

Devido a seu sentido amplo, o direito à vida e as correspondentes responsabilidades dos Estados-partes de agir positivamente para protegê-lo, incluindo o dever de adotar as medidas necessárias para a redução da mortalidade infantil e aumento da expectativa de vida, a Comissão de Direitos Humanos declarou, no caso da República Democrática Popular da Coreia, que permanecia “seriamente preocupada com a ausência de medidas tomadas pelo Estado-parte para tratar da situação dos alimentos e da nutrição na República Democrática Popular da Coreia e com a ausência de medidas adotadas para, em cooperação com a comunidade internacional, dirigir-se às causas e conseqüências da seca e de outros desastres naturais que atingiram a população do país na década de 1990”.⁴⁷ Esse dever de os Estados-partes, nos termos do artigo 6º do Pacto, adotarem medidas positivas para redução da mortalidade infantil e aumento da expectativa de vida, enfrentando as causas dos problemas que atingem o ciclo de vida da população, é particularmente importante no caso das mulheres e meninas, que sempre têm que arcar com um ônus excessivo em tempos de escassez de alimento e de cuidados com a saúde inadequados. Mulheres e crianças devem, portanto, ter sempre acesso à alimentação e aos cuidados com a saúde em condições de igualdade com os homens.

O direito da mulher à vida deve ser respeitado em todos os tempos.

Os Estados têm a obrigação legal correspondente de proteger de forma positiva a vida da mulher.

A violência incluindo estupro, homicídio e execuções extrajudiciais (extrajudicial executions) são estritamente proibidas a qualquer tempo.

Atos de violência relacionados a homicídios por dote ou em defesa da “honra” são estritamente proibidos pelo Direito Internacional e devem ser prevenidos, julgados e punidos pelo Estado em questão.

A mutilação de órgãos genitais femininos é prejudicial à saúde e à vida da mulher e contrária ao Direito Internacional. Os Estados têm o dever de adotar medidas adequadas e efetivas para erradicar esta prática.

Para prevenir a mortalidade maternal, as leis nacionais devem, no mínimo, prever a possibilidade de aborto nos casos em que, por exemplo, a saúde da mãe corre perigo e em casos de estupro ou incesto.

⁴⁷Documento da ONU GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 100, parágrafo 12.

A pena de morte não pode ser imposta a uma mulher grávida.

Os Estados têm a responsabilidade legal à luz do Direito Internacional, de adotar medidas positivas para reduzir a mortalidade infantil e aumentar a expectativa de vida, enfrentando suas causas e garantindo à mulher o acesso, em condições de igualdade à alimentação e aos cuidados com a saúde.

4.3 O direito de ser livre de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes

A mulher tem o direito básico de, a todo tempo, não sofrer tortura e tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes (vide artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, artigo 5º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, artigo 5º(2) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 4º da Convenção Interamericana sobre a Prevenção, a Punição e a Erradicação da Violência contra a Mulher, artigo 3º da Convenção Européia dos Direitos do Homem e a Convenção Européia para a Prevenção da Tortura e de Outros Tratamentos ou Penas Desumanas ou Degradantes). O direito de não sofrer tortura e outros maus-tratos deve ser assegurado a todo tempo e não pode ser derogado em estados de calamidade pública (artigo 4º(2) do Pacto Internacional, artigo 27(2) da Convenção Americana e artigo 15(2) da Convenção Européia).

A seção a seguir tecerá considerações, de forma alguma exaustivas, sobre a violência institucional, institucionalizada, doméstica e comunitária contra a mulher.

4.3.1 Atos de violência contra a mulher privada de sua liberdade

Os tratados internacionais gerais de direitos humanos não reconhecem expressamente o fato de a mulher privada de sua liberdade estar em uma situação particularmente vulnerável e, por isso, precisar de proteção especial contra atos de violência como, por exemplo, abuso sexual por parte de funcionários da prisão. Apenas no artigo 7º(a) da Convenção Interamericana sobre a Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher que os Estados-partes obrigam-se a se abster de participar de qualquer ato ou prática de atos de violência contra a mulher e a assegurar que suas respectivas autoridades, altos funcionários, funcionários, agentes e instituições ajam em conformidade com a obrigação de prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.

Com relação ao tratamento de detentos, o artigo 10(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece mais especificamente que “todos os indivíduos privados de

sua liberdade devem ser tratados com humanidade e com respeito à dignidade inerente à pessoa humana”. No mesmo sentido, o artigo 5º(2) da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que “toda pessoa privada de sua liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. Finalmente, de acordo com a Regra 8(a) das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros:

“Sempre que possível, homens e mulheres deverão ficar detidos em estabelecimentos separados. Em estabelecimentos que recebam tanto homens quanto mulheres, o conjunto dos locais destinados às mulheres deverá estar completamente separado.”

Se aplicada de forma estrita, esta regra de separação de categorias de prisioneiros ajuda a proteger as prisioneiras mulheres. No entanto, elas ainda estarão vulneráveis ao abuso por parte das autoridades e guardas da prisão, especialmente se forem homens.

Até o momento, os organismos de controle internacionais prestaram pouca atenção ao problema do abuso de mulheres sob custódia da polícia, ou de outras formas privadas de sua liberdade. No entanto, no Comentário Geral No. 28, a Comissão de Direitos Humanos enfatiza que “os Estados-partes deverão fornecer todas as informações necessárias para assegurar que os direitos das pessoas privadas de sua liberdade estejam protegidos em termos de igualdade entre homens e mulheres. Em especial, os Estados-partes devem informar se homens e mulheres estão separados nos presídios e se as mulheres são vigiadas somente por guardas do sexo feminino. Os Estados-partes devem, também, informar sobre a obediência à regra segundo a qual *meninas acusadas* devem estar separadas de adultas e sobre quaisquer diferenças existentes entre o tratamento de pessoas do sexo masculino e de pessoas do sexo feminino privadas de sua liberdade, tais como o acesso a programas de reabilitação e educação e visitas conjugais e familiares. *Gestantes privadas de sua liberdade* devem receber tratamento humano e respeito inerente à sua dignidade o tempo todo e, particularmente, no momento do nascimento e enquanto estiver cuidando de seu recém-nascido.”⁴⁸

A Comissão de Direitos Humanos declarou, por exemplo, que muitas das denúncias de estupro e tortura de mulheres encarceradas no México e na Venezuela cometidas pelas forças de segurança daqueles países causaram “sérias preocupações” por desrespeitarem o artigo 7º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e que os Estados-partes devem, então, “adotar medidas efetivas para garantir a segurança da mulher, para assegurar que não seja pressionada no sentido de ser dissuadida a denunciar tais violações, que todas as denúncias de abusos sejam investigadas e que os que cometeram tais atos sejam levados aos tribunais.”⁴⁹

⁴⁸ Recomendação Geral No. 28 (artigo 3 – Igualdade de direitos entre homens e mulheres), *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, pág. 170, parágrafo 15. Grifos nossos.

⁴⁹ Documentos da ONU GAOR, A/54/40 (vol. I), pág. 64, parágrafo 328 (México), e GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 52, parágrafo 17 (Venezuela); a citação é deste último relatório mas o conteúdo é o mesmo do relatório relativo ao México.

O Comitê contra a Tortura começou a pedir recentemente aos Estados-partes da Convenção que forneçam dados levando em consideração o sexo dos indivíduos que estão “em locais de detenção e reclusão civis e militares, bem como em centros de detenção de adolescentes e outras instituições, e que podem estar vulneráveis a tortura ou maus-tratos.”⁵⁰ Ao analisar o relatório inicial sobre o Cazaquistão, o Comitê manifestou preocupação sobre “a falta de informações no relatório com relação a tortura e maus-tratos sofridos por mulheres e meninas, particularmente em vista do aumento nos índices de detenção de indivíduos do sexo feminino, e das denúncias de tratamento abusivo de mulheres sob custódia da polícia”.⁵¹ No caso do Canadá, o Comitê manifestou preocupação sobre as denúncias de que detentas haviam sido “tratadas de forma rude e imprópria pelas autoridades do Estado-parte, e que muitas das recomendações feitas pelo relatório Arbour ainda estavam para serem implementadas”.⁵²

O Comitê contra a Tortura também manifestou preocupação, no caso dos Estados Unidos, com relação aos alegados “casos de agressões sexuais em detentas e prisioneiras pela polícia e funcionários da prisão”. O Comitê entendeu que “as detentas e prisioneiras são frequentemente colocadas em situações humilhantes e degradantes”.⁵³ O Comitê recomendou de forma geral que o Estado-parte adote “as medidas necessárias para garantir que aqueles que violarem a Convenção sejam investigados, julgados e punidos, especialmente aqueles que são motivados por propósitos discriminatórios ou recompensa sexual”.⁵⁴ No caso dos Países Baixos, o Comitê manifestou preocupação sobre “a distribuição inadequada de funcionários públicos ou outras pessoas no exercício de funções públicas do sexo feminino” (i.e. funcionários da polícia).⁵⁵

Ao examinar o terceiro relatório periódico do Egito, o Comitê expressou preocupação com relação à denúncia da Organização Mundial contra a Tortura de que o “tratamento de detentas, tanto pela polícia, quanto pelo Serviço de Segurança do Governo, que, às vezes, envolve abuso sexual ou ameaça de tal abuso para a obtenção de informações relacionadas ao marido ou outros membros da família”. O Comitê recomendou, então, que “medidas efetivas fossem adotadas para proteger a mulher de ameaças de abuso sexual pela polícia e por funcionários do Serviço de Segurança do Governo, como forma de obter informações da mulher.”⁵⁶

Para informações sobre jurisprudência com relação ao estupro como forma de tortura, vide o Capítulo 8, seção 2.3.1, deste Manual.

⁵⁰ Vide, por exemplo, com relação ao Cazaquistão, o documento da ONU *GAOR*, A/56/44, pág. 55, parágrafo 129(m).

⁵¹ *Ibid.*, pág. 54, parágrafo 128(j).

⁵² *Ibid.*, pág. 26, parágrafo 58(b); o relatório mencionado era: *Comissão de Inquérito de Determinados Eventos na Prisão para Mulheres em Kingston*, Comissário: A Honorable Louise Arbour, Canadá, 1996.

⁵³ Documento da ONU *GAOR*, A/55/44, pág. 32, parágrafo 179(d).

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 32, parágrafos 180(b).

⁵⁵ *Ibid.*, pág. 34, parágrafos 187(a).

⁵⁶ Documento da ONU *GAOR*, A/54/44, pág. 23, parágrafos 209 e 212.

É de vital importância que juízes, promotores e advogados prestem a devida atenção às necessidades especiais e à vulnerabilidade da mulher sob custódia, que examinem as denúncias de maus-tratos, inclusive de abuso sexual, com diligência e eficiência, e que estejam alertas a qualquer sinal de tortura ou quaisquer outras formas de maus-tratos da mulher, que poderá não se atrever a denunciar os perpetradores de tais violências.

4.3.2 Penas ilícitas

De acordo com a Comissão de Direitos Humanos, “a proibição contida no artigo 7º diz respeito não apenas a atos que causem dor física, mas também a atos que causem sofrimento psicológico à vítima”. Ademais, no entendimento da Comissão, “a proibição deve ser estendida a penas corporais, incluindo corretivos excessivos, ordenados como pena por um crime ou como forma ou medida de educação disciplinar.”⁵⁷ Tal entendimento foi confirmado no caso *Osbourne*, no qual o autor foi sentenciado a 15 anos de prisão com trabalhos duros e ordenado a receber dez golpes de chicote de tamarindo pela posse ilegal de arma, roubo qualificado e lesões corporais dolosas. Foi o “parecer definitivo da Comissão” neste caso que, independentemente da “natureza do crime que está para ser punido, o quão brutal possa ter sido, ... pena corporal constitui **pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante**” contrário ao artigo 7º do Pacto, que foi então violado.⁵⁸ A Comissão informou o governo que este estava “sob uma obrigação de abster-se de aplicar a sentença de chicotadas no Sr. Osbourne” e, ainda, que o governo “deveria assegurar que violações similares não ocorram no futuro, revogando os dispositivos legais que permitem penas corporais”.⁵⁹

Quanto à Namíbia, o Comitê contra Tortura recomendou “a imediata revogação da pena corporal” independentemente de a imposição de tal pena ser legalmente possível, nos termos das leis daquele país.⁶⁰

A proibição da pena corporal é, sem dúvida, igualmente aplicável às mulheres, que podem, por exemplo, correr risco de serem chicoteadas ou apedrejadas se não seguirem determinadas **regras de vestuário** ou se, como ilustrado pelos dois casos abaixo descritos, tiverem cometido **adultério**. A Comissão de Direitos Humanos pediu, então, que os Estados-partes fornecessem informações em seus relatórios “sobre qualquer regulamento específico sobre trajes a serem utilizados por mulheres em público”, enfatizando que tais regulamentos “podem envolver violação de uma série de direitos” contidos no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, tal como o artigo 7º “se uma pena corporal for imposta para aplicar tal

⁵⁷ Comentário Geral No. 20 (artigo 7º), *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, pág. 139, parágrafo 5.

⁵⁸ Comunicado No. 759/1997, *G. Osbourne v. Jamaica* (Entendimentos adotados em 15 de março de 2000), no documento da ONU GAOR, A/55/40 (vol. II), pág. 138, parágrafo 9.1; grifos nossos

⁵⁹ *Ibid.*, pág. 138, parágrafo 11.

⁶⁰ Documento da ONU GAOR, A/52/44, pág. 37, parágrafo 250.

regulamento”.⁶¹ Os dois casos a seguir, envolvendo a possível imposição de pena corporal pela prática de adultério foram apresentados com base na Convenção contra Tortura e na Convenção Européia dos Direitos do Homem, respectivamente. O resultado desses casos demonstrou, de forma bastante importante, que existe consistência entre os organismos internacionais de controle em seu entendimento sobre o conceito de “tortura” e outras formas de maus-tratos prescritos pelo Direito Humanitário Internacional.

Refugiadas e mulheres que buscam asilo podem ter interesse em não serem devolvidas a seus países de origem, considerando o risco de serem sujeitadas a, por exemplo, torturas ou tratamentos cruéis. No caso da Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, esta possibilidade deve ser considerada à luz do artigo 3º (1), que prevê:

“1. Nenhum Estado-parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado, quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida à tortura.

2. A fim de determinar a existência de tais razões, as autoridades competentes levarão em conta todas as considerações pertinentes, inclusive, se for o caso, a existência, no Estado em questão, de um quadro de violações sistemáticas, graves e maciças de direitos humanos.”

O Comitê contra Tortura descreveu a determinação de risco prevista no artigo 3º nos seguintes termos:

“O objetivo da determinação, no entanto, é o de estabelecer se o indivíduo em questão estaria correndo o risco de ser sujeito à tortura no país ao qual seria devolvido. A existência de um quadro de violações sistemáticas, graves e maciças de direitos humanos em um país não constitui por si só razão substancial para a determinação de que aquele indivíduo em particular estaria correndo perigo de ser sujeito à tortura em caso de retorno. Devem existir outras razões para demonstrar que tal indivíduo estaria pessoalmente correndo risco de ser torturado. Da mesma forma, a ausência de um

⁶¹ Comentário Geral No. 28 (artigo 3º – Igualdade de direitos entre homens e mulheres), *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, pág. 170, parágrafo 13. Outros artigos do Pacto que podem ser violados por regulamentos impondo regras de vestuário são: art. 26 sobre não-discriminação; art. 9º “quando a deficiência em observar o disposto no regulamento for punida com detenção”; art. 12, “se a liberdade de ir e vir for sujeita a tal restrição”; art. 17, “que garante a todos os indivíduos o direito à privacidade sem interferência arbitrária ou ilegal”; artigos 18 e 19, “quando a mulher estiver sujeita ao uso de trajes que não sejam em consonância com a sua religião ou direito de livre-expressão”; e, por fim, o art. 27, “quando as exigências de determinados trajes forem conflitantes com a cultura a que a mulher alega seguir”.

quadro de violações sistemáticas graves de direitos humanos também não significa que um indivíduo não esteja correndo perigo de ser sujeito à tortura devido às suas circunstâncias específicas.”⁶²

Nesse caso em particular, a autora, uma cidadã iraniana, pediu asilo político à Suécia para si mesma e seu filho. A autora declarou que era “viúva de um mártir e, como tal, mantida e supervisionada pelo Comitê de Mártires *Bonyad-e Shahid* e alegou, ainda, que havia sido forçada a um casamento *sighe* ou *mutah* e que havia “cometido e sido condenada a apedrejamento por adultério”.⁶³ Embora o governo da Suécia tenha questionado sua credibilidade, o Comitê contra Tortura decidiu em seu favor e recomendou que o Estado-parte tinha “obrigação, de acordo com o artigo 3º da Convenção, de abster-se de extraditá-la à República Islâmica do Irã ou transferi-la a qualquer outro país no qual corresse o risco de ser extraditada ou devolvida à República Islâmica do Irã”.⁶⁴ O Comitê, então, admitiu que a autora corria o risco de ser condenada a apedrejamento por adultério, se devolvida a seu país de origem. Para chegar a esta decisão, o Comitê fez referência a um relatório do Representante Especial das Nações Unidas sobre a situação dos direitos humanos na República Islâmica do Irã, bem como a “muitos relatórios de organizações não-governamentais” que confirmaram que mulheres casadas haviam sido recentemente condenadas à morte por apedrejamento em virtude de adultério.⁶⁵

A situação no caso do *Jabari* – fundamentado no artigo 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – era similar já que a requerente, uma cidadã iraniana, alegava que “estaria potencialmente sujeita a sofrer risco de maus-tratos e morte por apedrejamento se fosse expulsa da Turquia” para a República Islâmica do Irã.⁶⁶ Enquanto cursava secretariado na República Islâmica do Irã, a requerente conheceu um homem por quem se apaixonou. Após algum tempo eles decidiram se casar, mas a família de seu amigo opôs-se ao casamento e ele se casou com outra mulher. No entanto, a requerente e seu amigo continuaram a se encontrar e a manter relações sexuais, até que, um dia, foram interrompidos pela polícia e presos.⁶⁷ A requerente foi submetida a teste de virgindade na prisão, mas foi finalmente libertada com a ajuda de sua família. Ela entrou ilegalmente na Turquia e tentou ir para o Canadá via França, onde ela foi pega usando um passaporte canadense falsificado,⁶⁸ e logo após devolvida a Istambul. De volta à Turquia, o Comissário responsável pelo Escritório das Nações Unidas para Refugiados (UNHCR) concedeu-lhe o status de refugiada “tendo em vista que ela tinha medo fundamentado

⁶² Vide Comunicado No. 149/1999, A.S. v. *Sweden* (Views adopted on 24 November 2000), in UN doc. *GAOR*, A/56/44, págs. 184-185, parágrafo 8.3.

⁶³ *Ibid.*, pág. 185, parágrafo 8.4.

⁶⁴ *Ibid.*, págs. 185 e 186, parágrafos 8.5 e 9.

⁶⁵ *Ibid.*, pág. 185, parágrafo 8.7.

⁶⁶ *Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Processo Jabari v. Turquia, Julgado em 11 de julho de 2000*, parágrafo. 3º. O texto usado foi encontrado no web site do Tribunal: www.echr.coe.int/

⁶⁷ *Ibid.*, parágrafos 9 a 11.

⁶⁸ *Ibid.*, parágrafos 12 a 14.

de ser perseguida se exportada para o Irã, correndo o risco de ser sujeitada a penas desumanas, tais como morte por apedrejamento, ou de ser chicoteada ou açoitada”.⁶⁹

O Tribunal Europeu recordou sua jurisprudência pacífica, de acordo com a qual:

“a expulsão por um Estado-contratante pode representar um problema de acordo com o artigo 3º e, por isso, envolver a responsabilidade daquele Estado nos termos da Convenção, quando existirem razões substanciais para se acreditar que, se deportado, o indivíduo enfrentaria o verdadeiro risco de ser sujeitado a tratamentos contrários ao previsto no artigo 3º no país de destino. Nesse caso, o artigo 3º impõe a obrigação de não expulsar o indivíduo em questão para aquele país.”⁷⁰

O Tribunal também entendeu que:

“considerando o fato de o artigo 3º versar sobre um dos valores mais fundamentais de uma sociedade democrática e proibir, em termos absolutos, a tortura e tratamentos ou penas desumanos ou degradantes, deve-se, necessariamente, conduzir um exame minucioso e rigoroso do pedido de um indivíduo que alega que, se deportado para um terceiro país, estará exposto a tratamentos proibidos pelo artigo 3º.”⁷¹

No caso sob exame, o Tribunal não estava “convencido de que as autoridades do país requerido haviam conduzido qualquer avaliação significativa sobre o pedido da requerente, inclusive sua argüibilidade” e, conseqüentemente concedeu o “devido valor à conclusão do UNHCR sobre o pedido da requerente de fazer sua própria análise do risco que enfrentaria se sua deportação fosse implementada”. O UNHCR havia “entrevistado a requerente e tinha tido a oportunidade de testar a credibilidade de seus medos e a veracidade de sua explicação dos processos criminais propostos contra ela no Irã, em decorrência do adultério”.⁷² Por fim, o Tribunal declarou que “não estava convencido de que a situação no país da requerente havia evoluído de forma que comportamentos adúlteros não seriam mais considerados uma afronta repreensível da lei islâmica”, pois o apedrejamento por adultério continuava constando dos códigos de leis e poderia ser utilizado pelas autoridades.⁷³

Conseqüentemente, o Tribunal decidiu “comprovadamente” que havia “um risco verdadeiro de a requerente ser sujeitada a tratamentos contrários ao artigo 3º se ... deportada para o Irã” e que sua deportação para aquele país constituiria uma violação de tal artigo.⁷⁴

4.3.3 Violência contra mulheres e meninas dentro das famílias e comunidades em geral

⁶⁹ Ibid., parágrafo 18.

⁷⁰ Ibid., parágrafo 38.

⁷¹ Ibid., parágrafo 39.

⁷² Ibid., parágrafo 40-41.

⁷³ Ibid., parágrafo 41.

⁷⁴ Ibid., parágrafo 42.

Violência, inclusive abuso sexual de mulheres e meninas, é comum demais dentro de famílias, escolas e comunidades em geral, e sua existência é, como visto acima, uma violação evidente de vários dispositivos de Direito Humanitário Internacional, tais como o direito de ser livre de maus-tratos e o direito à segurança pessoal. ***Embora grande parte dessa violência ocorra na esfera doméstica, os governos têm a responsabilidade de agir com a devida diligência para erradicá-la.***

Nesse sentido, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher recomendou aos Estados-partes da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher “que adotem as medidas adequadas e efetivas para eliminar todas as formas de violência fundadas no sexo, seja por meio de atos públicos ou privados” e que também, entre outras coisas:

“assegurem que as leis contra violência familiar, abuso, estupro, agressões sexuais e outras formas de violência fundadas no sexo da vítima garantam proteção adequada para todas as mulheres, e respeitem sua integridade e dignidade. Serviços apropriados de proteção e ajuda devem ser prestados às vítimas. É essencial para a aplicação efetiva da Convenção o treinamento de funcionários públicos e do pessoal civil ou militar encarregado da aplicação da lei para que levem em consideração o sexo das vítimas.”⁷⁵

De acordo com suas recomendações, o Comitê requereu ao Iraque, por exemplo, que fornecesse “um quadro completo da violência contra a mulher no Estado-parte, incluindo informações sobre legislação, dados estatísticos sobre os tipos e a incidência de atos de violência contra a mulher e as respostas a tal violência por parte da polícia, do poder judiciário, assistentes sociais e prestadores de serviços de cuidados com a saúde”. E recomendou ao governo que “incentive e patrocine a criação de estabelecimentos destinados a mulheres vítimas de violência doméstica, tais como telefones de emergência (*hotlines*) e abrigos para mulheres agredidas, e que lance uma campanha de tolerância-zero à violência contra a mulher para aumentar a conscientização sobre o problema e sobre a necessidade de combatê-la de forma eficiente”.⁷⁶

O Comitê também recomendou ao governo da República da Moldova “que concedesse alta prioridade a medidas que versem sobre a violência contra a mulher no âmbito familiar e na sociedade e que reconhecesse que tal violência, inclusive a violência doméstica, constitui uma violação dos direitos humanos da mulher, nos termos da Convenção”. O Comitê exigiu que o governo “assegure que tal violência constitui um crime punível conforme as leis penais, que seja julgada e punida com a severidade e rapidez necessárias, e que as mulheres vítimas de violência tenham meios imediatos de compensação e de proteção.”⁷⁷ Recomendou, ainda, que “as medidas a serem adotadas para assegurar que funcionários públicos ou outras pessoas no exercício de funções públicas, especialmente o pessoal da polícia e do judiciário, sejam plenamente

⁷⁵ Recomendação Geral No. 19 (Violência contra a mulher), *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, pág. 219, parágrafos. 24(a) e (b).

⁷⁶ Documento da ONU GAOR, A/55/38, pág. 68, parágrafo 190.

⁷⁷ *Ibid.*, pág. 59, parágrafo 102.

sensibilizadas quanto a todas as formas de violência contra a mulher”. Por fim, pediu ao governo que “adotasse medidas para aumento da conscientização, incluindo uma campanha de tolerância-zero, para tornar tais violações social e moralmente inaceitáveis”.⁷⁸

O Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher também manifestou preocupação quanto à violência contra a mulher na Lituânia, especialmente violência doméstica, e exigiu que o governo alterasse o artigo 118 do Código Penal “para definir expressamente o estupro como intercurso sexual não consentido” e, ainda que “continuasse a prestar muita atenção à violência doméstica contra a mulher, inclusive por meio do treinamento constante de funcionários da polícia, futuros advogados e juizes, e por meio do fácil acesso aos tribunais pelas vítimas de violência doméstica.”⁷⁹ Por fim, recomendou a “introdução de lei específica proibindo a violência doméstica contra a mulher, e estabelecendo pedidos de proteção e exclusão e acesso à ajuda jurídica e a abrigos”.⁸⁰

O aumento da violência contra as mulheres na Romênia também foi um ponto de preocupação do Comitê, assim como “a ausência de legislação condenando a violência doméstica, inclusive o estupro conjugal, e o reconhecimento da defesa do assim chamado “casamento reparador” no Código Penal, o que elimina a responsabilidade criminal de um estupro se a vítima do estupro aceitar se casar com ele”. O Comitê também estava preocupado pois “não havia leis relativas a assédio sexual”.⁸¹

Por fim, o Comitê expressou preocupação com relação ao caso da Índia sobre a exposição das mulheres “ao risco de altos níveis de violência, estupro, assédio sexual, humilhação e tortura em áreas onde há insurreições armadas” e, então recomendou “uma revisão da legislação sobre prevenção de terrorismo e da Lei das Forças Armadas Especiais (*the Armed Forces Special Provisions Act*) ... de forma que poderes especiais concedidos a forças de segurança não impeçam a investigação e o julgamento de atos de violência contra a mulher em áreas de conflito, e durante a detenção e a captura.”⁸²

A Comissão de Direitos Humanos também se concentrou na violência contra a mulher na *esfera privada*. Com relação ao Camboja, por exemplo, a Comissão expressou preocupação com o fato de que o estupro conjugal não era condenável, e que as autoridades não prestavam apoio às mulheres que reclamavam de violência doméstica. No entendimento da Comissão, o Estado-parte deve, então, “introduzir medidas para possibilitar as mulheres a buscar proteção efetiva da lei em caso de violência doméstica”.⁸³ A Comissão também manifestou preocupação com “o

⁷⁸Ibid., loc. cit.

⁷⁹Ibid., pág. 64, parágrafo 151.

⁸⁰Ibid., loc. cit.

⁸¹Ibid., pág. 80, parágrafo 306.

⁸²Ibid., pág. 11, parágrafos 71 e 72. Sobre a questão da “Violência contra a mulher perpetrada e/ou tolerada contra a mulher pelo governo durante tempos de conflito armado (1997/2000)”, vide, por exemplo, o documento da ONU E/CN.4/2001/73, *Violência contra a Mulher – Relatório do Representante Especial sobre a violência contra as mulheres, suas causas e conseqüências*, Ms. Radhika Coomaraswamy, 45 págs.

⁸³ Documento da ONU GAOR, A/54/40 (vol. I), pág. 60, parágrafo 309.

aumento dos casos de violência contra a mulher e, em especial, de violência doméstica” e recomendou que “todas as medidas necessárias, inclusive a promulgação de leis adequadas, sejam adotadas para proteger a mulher nessas áreas”.⁸⁴

A Comissão manifestou preocupação sobre a constante existência de “dispositivos legais isentando o estuprador de qualquer penalidade, se ele se casar com a vítima”, adicionando que o Estado-parte “deve revogar imediatamente essa lei que é totalmente incompatível com os artigos 3º, 7º, 23, 26, 2º(3) e 24 do Pacto, considerando-se, especialmente, a idade tão jovem com a qual meninas podem se casar.”⁸⁵ A mesma preocupação foi expressa com relação à legislação da Guatemala, que ainda exige que a mulher seja “honesta” para configurar cometido o crime de estupro. A Comissão informou ao Estado-parte que este deveria “revogar imediatamente essa lei que é totalmente incompatível com os artigos 3º, 23, 26 e 2º(3) do Pacto”.⁸⁶

O Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ressaltou “com preocupação” que o problema da violência doméstica contra a mulher no Egito “não está sendo suficientemente levado em consideração, e que o estupro conjugal não é criminalizado”.⁸⁷ Com relação à Mongólia, o Comitê declarou que estava “profundamente preocupado com os efeitos adversos sobre as mulheres das práticas e valores tradicionais predominantes e da pobreza” e lamentou “a ausência de instalações e a ineficiência das reparações para as vítimas de violência doméstica” que, de acordo com estimativas, atinge um terço das mulheres do país. O Comitê recomendou ao governo “que realizasse campanhas públicas para aumentar a conscientização com relação à violência doméstica, criminalizasse o estupro conjugal e providenciasse abrigos e reparações adequadas para as vítimas”.⁸⁸ O “fenômeno da violência contra a mulher, inclusive da violência conjugal” também era uma questão de preocupação no caso de Portugal.⁸⁹

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos proferiu uma importante decisão no caso de *X e Y contra os Países Baixos* com relação às **obrigações dos Estados Contratantes da Convenção Européia dos Direitos do Homem de proporcionar “proteção efetiva e adequada” às vítimas de abuso causadas por indivíduos particulares**. O caso tratava da impossibilidade de se mover um processo criminal contra o alegado perpetrador de agressão sexual contra uma menina deficiente mental, Srta. Y. O alegado perpetrador era o genro da diretora de um lar particular para crianças deficientes mentais onde a menina ficava. A polícia considerou que a Srta. Y era incapaz de apresentar denúncia e, como tinha mais de 16 anos, a denúncia feita em seu nome por seu pai não

⁸⁴ Ibid., pág. 55, parágrafo 281.

⁸⁵ Documento da ONU GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 52, parágrafo 20.

⁸⁶ Ibid., pág. 97, parágrafo 24.

⁸⁷ Documento da ONU E/2001/22 /E/C.12/2000/21), pág 41, parágrafo 162.

⁸⁸ Ibid., pág. 55, parágrafo 270, e pág. 56, parágrafo 281.

⁸⁹ Ibid., pág. 72, parágrafo 414.

seria aceita Assim sendo, não havia ninguém capacitado a mover uma ação criminal em nome da Srta. Y.”⁹⁰

O Tribunal declarou que:

“embora o objetivo do artigo 8º seja essencialmente de proteger o indivíduo contra a interferência arbitrária por parte de autoridades públicas, este não apenas compele o Estado a abster-se de tal interferência mas, adicionalmente a esta obrigação negativa, podem haver obrigações positivas inerentes em respeito efetivo à vida particular ou familiar ... Essas obrigações podem incluir a adoção de medidas com o objetivo de assegurar o respeito à vida particular, mesmo na esfera das relações entre os próprios indivíduos”.⁹¹

Entendeu, ainda, que:

“a proteção proporcionada pelo direito civil em caso de injustiças como a sofrida pela Srta. Y é insuficiente. Este é um caso no qual valores fundamentais e aspectos essenciais da vida privada estão em jogo. Impedimento eficaz é indispensável nessa área, e somente pode ser alcançado por meio de dispositivos de direito penal. De fato, é por meio de tais dispositivos que o problema é normalmente regulamentado.”⁹²

Considerando que, para indivíduos na situação da Srta. Y, existia um obstáculo procedimental para se mover processos criminais contra o alegado perpetrador de uma agressão, o Tribunal concluiu que o Código Penal dos Países Baixos não proporcionava à Srta. Y “proteção efetiva e adequada”. “Considerando a natureza da injustiça em questão”, o Tribunal concluiu que ela era vítima de violação do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.⁹³

Outro caso notável nesse sentido é o de *A contra o Reino Unido*, o qual, embora trate do espancamento de um menino por seu padrasto, tem implicações igualmente importantes quanto ao dever dos Estados de protegerem meninas. O requerente, que tinha nove anos na época, foi “considerado pelo pediatra consultado ... como tendo sido espancado com uma vara de bambu aplicada com força considerável em mais de uma ocasião.” No entendimento do Tribunal, esse tratamento chegou ao nível de severidade proibido pelo artigo 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.⁹⁴ A questão a ser analisada então era “se o Estado deveria ser responsabilizado, nos termos do artigo 3º pelo espancamento do requerente pelo seu padrasto.”⁹⁵ O Tribunal considerou:

⁹⁰ *Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Caso de X e Y v. Países Baixos, Julgado em 26 de março de 1985 1985, Série A, No. 91, págs. 8 e 9, parágrafos 9 a 13.*

⁹¹ *Ibid.*, pág. 11, parágrafo 23.

⁹² *Ibid.*, pág. 13, parágrafo 27.

⁹³ *Ibid.*, pág. 13, parágrafo 27, e pág. 14, parágrafo 30.

⁹⁴ *Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Caso de A v. Reino Unido, Julgado em 23 de setembro de 1998, Relatórios 1998-VI, pág. 2699, parágrafo 21.*

⁹⁵ *Ibid.*, pág. 2699, parágrafo 22.

“que a obrigação das Partes Contratantes nos termos do artigo 1º da Convenção de assegurar os direitos e liberdades previstas na Convenção a todas as pessoas em sua área de jurisdição, juntamente com o artigo 3º, exige que os Estados adotem medidas para garantir que os indivíduos em sua área de jurisdição não sejam sujeitados a tortura ou a tratamentos ou penas desumanas ou degradantes, *inclusive tais maus-tratos dispensados por indivíduos particulares* ... Crianças e outros indivíduos vulneráveis têm, particularmente, o direito à proteção do Estado, na forma de impedimento efetivo, contra tais graves violações da integridade pessoal”.⁹⁶

Segundo as leis da Inglaterra, era “uma proteção para a condenação por lesões corporais em uma criança que o tratamento em questão importasse em ‘punição razoável’” e “cabia ao processo penal estabelecer, sem nenhuma dúvida razoável, que a agressão foi além dos limites de castigo legítimo”. Embora o requerente tenha sido sujeitado a tratamento considerado como suficientemente severo dentro do escopo do artigo 3º da Convenção, seu padrasto foi absolvido pelo Júri.⁹⁷ No parecer do Tribunal, portanto, a lei não proporcionou proteção ao requerente e tal falha constituiu uma violação ao artigo 3º da Convenção.⁹⁸

Para mais informações sobre o dever dos Estados de proteger os direitos humanos, vide o Capítulo 15 deste Manual.

4.4 Violência contra as mulheres como crimes contra a humanidade e crimes de guerra

Concluindo, é importante ressaltar neste contexto que, de acordo com os artigos 5º(f) e (g) do Estatuto do Tribunal Internacional para a Antiga Iugoslávia e o artigo 3º(f) e (g) do Estatuto do Tribunal Internacional para o Ruanda, *tortura e estupro* são considerados *crimes contra a humanidade* quando cometidos contra qualquer civil durante um conflito armado. Além do mais, de acordo com o artigo 4º desse Estatuto, o Tribunal Internacional para o Ruanda tem poder para julgar pessoas que cometeram ou que ordenaram que fossem cometidas graves violações ao artigo 3º comum à Convenção de Genebra de 1949, incluindo o Protocolo Adicional de 1977. Os artigos 4º(e) e (h) especificam que essas violações devem incluir “atentados à dignidade da pessoa, especialmente tratamentos humilhantes e degradantes, estupro, prostituição forçada e qualquer forma de atentado ao pudor”, inclusive a ameaça de cometer os atos acima citados.

De acordo com o artigo 7º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional de 1998, o conceito de *crime contra a humanidade* inclui não apenas atos como homicídio, extermínio, escravidão, tortura e deportação ou transferência forçada de pessoas, mas também estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gestação forçada, esterilização forçada “e qualquer outra forma de violência sexual com a mesma gravidade” (artigo 7º (g)). No entanto, para configurar um “crime contra a humanidade”, tais atos devem ter sido cometidos “como parte de um ataque

⁹⁶ Ibid., loc. cit.; grifos nossos.

⁹⁷ Ibid., págs. 2699 e 2700, parágrafo 23.

⁹⁸ Ibid., pág. 2700, parágrafo 24.

difundido ou sistemático dirigido contra qualquer indivíduo da população civil, com conhecimento do ataque”. Tais atos também podem configurar sérios **crimes de guerra** tanto em conflitos armados internacionais quanto não-internacionais (artigo 8º (2)(b)(xxii) e (e)(vi), respectivamente).

Para mais informações sobre a proteção dos direitos humanos em tempos de crises, vide o Capítulo 16 sobre “A Administração da Justiça durante Estados de Calamidade Pública”.

A mulher tem o direito de ser livre de tortura e de outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes a todo tempo, inclusive em tempos de calamidade pública.

Mulheres privadas de sua liberdade devem ser tratadas com humanidade e receber proteção especial contra violência e abuso sexual.

Penas corporais são proibidas pelo Direito Internacional, mesmo quando impostas a mulheres em virtude de adultério ou por terem violado regras de vestuário.

Uma mulher não deverá ser devolvida a um país onde ela corra sério risco de ser sujeitada à tortura ou outro tratamento contrário ao Direito Internacional.

Violência doméstica ou comunitária contra a mulher é contrária ao Direito Internacional. Os Estados têm a obrigação legal de adotar medidas imediatas e efetivas para erradicar da sociedade todas as formas de violência fundada no sexo.

Esta obrigação significa, entre outras coisas, que os Estados devem, também, proporcionar, por meio de leis penais, proteção adequada e efetiva às vítimas de violência por parte de indivíduos particulares.

5. O direito da mulher de ser livre da escravidão, comércio escravo, trabalhos forçados ou obrigatórios e tráfico

Embora esteja além do escopo deste Manual o exame dos conceitos de escravidão, comércio escravo, trabalhos forçados ou obrigatórios é importante que os profissionais do direito saibam da existência de dispositivos legais internacionais proibindo tais práticas que, contrariamente ao que muitas pessoas possam pensar, ainda ocorrem em muitos países. Tais práticas também estão sempre relacionadas ao tráfico de mulheres e crianças e à prostituição forçada de várias formas. Os conceitos de escravidão, comércio escravo, trabalhos forçados ou obrigatórios e tráfico, inclusive para fins de trabalhos forçados e prostituição, estão intrinsecamente ligados na prática, e podem surgir dificuldades na aplicação dos princípios legais relevantes. Após revisar os principais dispositivos legais, esta seção enfocará principalmente o grave, e cada vez mais difundido, fenômeno do tráfico, que se tornou particularmente agudo na Europa a partir do colapso da União Soviética e da abertura das fronteiras.

5.1 Dispositivos legais relevantes

5.1.1 Escravidão, comércio escravo e trabalhos forçados

Escravidão é proibida em todos os tratados gerais de direitos humanos (artigo 8º(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 5º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, artigo 6º(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 4(1) da Convenção Européia dos Direitos do Homem). *Comércio escravo* é expressamente proibido pelo artigo 8º(1) do Pacto, artigo 5º da Carta Africana e artigo 6º(1) da Convenção Americana. *Trabalhos Forçados* são proibidos pelo artigo 8º(2) do Pacto, artigo 6º(1) da Convenção Americana e artigo 4º(1) da Convenção Européia.

Essas práticas também são proibidas pela Convenção Relativa à Escravatura de 1926, conforme aditada pelo Protocolo de 1853, e pela Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, Comércio Escravo e de Instituições e Práticas Similares à Escravidão de 1956. Enquanto a Convenção de 1926 trata da prevenção e da repressão à escravidão e ao comércio de escravos, a Convenção de 1956 é interessante pois, entre outras coisas, versa expressamente sobre instituições e práticas como *servidão por dívidas, servidão e casamentos forçados por dinheiro*. O artigo 1º exige que os Estados-partes adotem todas as medidas legislativas e outras necessárias e possíveis para, progressivamente e o mais rápido possível, abolir completamente ou renunciar as seguintes instituições e práticas:

“(a) A servidão por dívidas, isto é, o estado ou a condição resultante do fato de que um devedor se haja comprometido a fornecer, em garantia de uma dívida, seus serviços

pessoais ou os de alguém sobre o qual tenha autoridade, se o valor desses serviços não for equitativamente avaliado no ato da liquidação da dívida ou se a duração desses serviços não for limitada, nem sua natureza definida;

(b) A servidão, isto é, a condição de qualquer um que seja obrigado pela lei, pelo costume ou por um acordo, a viver e trabalhar numa terra pertencente a outra pessoa e a fornecer a essa outra pessoa, contra remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem poder mudar sua condição;

(c) Toda instituição ou prática em virtude da qual:

(i) Uma mulher é, sem que tenha o direito de recusa, prometida ou dada em casamento, mediante remuneração em dinheiro ou espécie entregue a seus pais, tutor, família ou a qualquer outra pessoa ou grupo de pessoas;

(ii) O marido de uma mulher, a família ou clã deste têm o direito de cedê-la a um terceiro, a título oneroso ou não;

(iii) A mulher pode, por morte do marido, ser transmitida por sucessão a outra pessoa; e

(d) Toda instituição ou prática em virtude da qual uma criança ou um adolescente de menos de dezoito anos é entregue, quer por seus pais ou um só deles, quer por seu tutor, a um terceiro, mediante remuneração ou sem ela, com o fim da exploração da pessoa ou do trabalho da referida criança ou adolescente”.

O direito de ser livre de escravidão, do comércio de escravos e da servidão deve ser assegurado a todo tempo não pode ser revogado em estado de calamidade pública (artigo 4º(2) do Pacto Internacional, artigo 27(2) da Convenção Americana e artigo 15(2) da Convenção Européia).

5.1.2 Trabalhos forçados ou obrigatórios

Trabalhos forçados ou obrigatórios são expressamente proibidos por três dos quatro tratados gerais de direitos humanos, especificamente pelo artigo 8º(3) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 6º(2) da Convenção Americana e artigo 4º(2) da Convenção Européia. Tais práticas também são declaradas ilegais pela Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1930 sobre Trabalho Forçado (No. 29) e pela Convenção da OIT para Abolição do Trabalho Forçado de 1957 (No. 105). Os três tratados gerais de direitos humanos e a Convenção da OIT de 1930 excluem da definição de “trabalhos forçados ou obrigatórios” aqueles serviços que são exigidos, por exemplo, durante o serviço militar, e que são parte das obrigações civis normais ou que podem ser exigidos em estados de calamidade pública ou de emergência. Todas essas proibições devem ser aplicadas às mulheres, sem discriminação.

5.1.3 Tráfico

Nos termos do artigo 1º da Convenção para Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição, os Estados-partes concordam em punir qualquer indivíduo que, para satisfazer as paixões de outrem, se envolvam com os seguintes atos:

- “(1) aliciar, induzir ou desencaminhar, para fins de prostituição, outra pessoa, ainda que com seu consentimento;
- (2) explorar a prostituição de outra pessoa, ainda que com seu consentimento.”

Os Estados-partes também concordam em punir qualquer pessoa que:

- “(1) mantiver, dirigir ou, conscientemente, financiar uma casa de prostituição ou contribuir para tal financiamento;
- (2) conscientemente, dar ou tomar de aluguel, total ou parcialmente, um imóvel ou outro local, para fins de prostituição de outrem”.

Essas ofensas são consideradas como casos de extradição (artigos 8 e 9).

Além disso, os Estados-partes devem, nos termos do artigo 6º da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, tomar todas as medidas adequadas, incluindo medidas legislativas, para extinguir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração de prostituição de mulheres.

Outro tratado internacional de potencial importância nessa esfera é o *Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças* que foi adotado pela Assembleia Geral em 15 de novembro de 2000 e aberto à assinatura em 13 de dezembro de 2000. Este Protocolo, assim como a própria Convenção, requer 40 ratificações para entrar em vigor e não pode entrar em vigor antes da Convenção (artigo 17 do Protocolo). Em 15 de novembro de 2001, apenas quatro países haviam ratificado a Convenção (Mônaco, Nigéria, Polônia e Iugoslávia)

Por fim, o artigo 35 da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que “os Estados-partes tomarão todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que forem necessárias para impedir o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma”. Um último avanço significativo com relação ao tráfico de crianças, inclusive e em especial, meninas, é o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, que entrou em vigor em 18 de janeiro de 2002. Embora o texto do Protocolo Facultativo não faça referência específica ao tráfico, existe uma relação direta entre o tráfico e a venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil. Considerando esta realidade, espera-se que o Protocolo seja uma

ferramenta a mais no combate ao tráfico e à exploração infantil a este relacionada.⁹⁹ Em 8 de fevereiro de 2002, o Protocolo Facultativo havia sido ratificado por 17 países.

5.2 A prática da escravatura, trabalho forçado ou compulsório e o tráfico de mulheres

Formas abertas ou dissimuladas de escravatura, trabalho forçado ou obrigatório e tráfico de mulheres e crianças são práticas ilegais que continuam sendo fonte de preocupação para os organismos de controle internacional.

Ao analisar as obrigações legais previstas no artigo 8º do Pacto Internacional, a Comissão de Direitos Humanos enfatizou que os Estados-partes devem informá-lo das medidas tomadas “para eliminar o tráfico de mulheres e crianças dentro do país ou em suas fronteiras e a prostituição forçada. Eles devem, também, fornecer informações sobre as medidas tomadas para proteger mulheres e crianças, inclusive mulheres e crianças estrangeiras, da escravidão, dissimulada, entre outras, como doméstica ou outras formas de serviços pessoais. Os Estados-partes nos quais elas são recrutadas e de onde são levadas, e os Estados-partes onde são recebidas devem fornecer informações sobre as medidas, nacionais e internacionais, que foram tomadas para prevenir a violação dos direitos das mulheres e das crianças.”¹⁰⁰

A Comissão de Direitos Humanos expressou profunda preocupação com relação à informação sobre tráfico de mulheres para a Venezuela, especialmente provenientes de países vizinhos, e da falta de informação por parte da delegação do Estado-parte sobre a extensão do problema e ações para combatê-lo.¹⁰¹ O Comitê ressaltou, também, que a Croácia tinha “uma variedade de medidas à sua disposição em sua legislação penal para combater a prática de tráfico de mulheres para e através de seu território, particularmente para fins de exploração sexual”. O Comitê lastimou, no entanto, que apesar dos relatórios altamente difundidos sobre a extensão e a seriedade do problema, este não recebeu informações sobre as medidas efetivamente tomadas para julgar as pessoas envolvidas. O Estado-parte deve, então

“tomar as medidas adequadas para combater essa prática que constitui violação de vários direitos contidos no Pacto, inclusive do direito previsto no artigo 8º de ser livre da escravidão e da servidão”.¹⁰²

A Comissão de Direitos Humanos recebeu de bom grado a nomeação, nos Países Baixos, de um Registrador Nacional independente, dotado de poderes adequados para investigar e pesquisar sobre o Tráfico de Pessoas”, mas continuou preocupada “com os constantes relatórios sobre exploração sexual de uma quantidade significativa de mulheres estrangeiras no Estado-parte”, já que tal exploração implicou em questões baseadas nos artigos 3º, 8º e 26 do Pacto. O

⁹⁹ Documento da ONU E/CN.4/2001/72, *Tráfico de mulheres e meninas, Relatório do Secretário-Geral*, pág. 3, parágrafo 8º.

¹⁰⁰ Recomendação Geral No. 28 (artigo 3º – Igualdade de direitos entre homens e mulheres), *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, pág. 170, parágrafo 12.

¹⁰¹ Documento da ONU GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 51, parágrafo 16.

¹⁰² *Ibid.*, pág. 67, parágrafo 12.

Estado-parte deve, portanto, assegurar que o Registrador Nacional está “equipado com todos os instrumentos necessários para conseguir uma melhora efetiva e concreta nessa área”.¹⁰³ A Comissão foi ainda mais explícita com relação à situação do tráfico na República Tcheca, que motivou profunda preocupação, pois o Estado-parte era tanto um país de origem, quanto um país receptor. A Comissão recomendou que:

“O Estado-parte deve tomar medidas resolutas para combater essa prática, que constitui violação de vários direitos previstos no Pacto, inclusive do artigo 3º e o direito no artigo 8º de ser livre da escravidão e servidão. O Estado-parte também deve reforçar os programas destinados a prestar assistência às mulheres em circunstâncias difíceis, especialmente aquelas provenientes de outros países que foram trazidas para esse território para fins de prostituição. Medidas rígidas devem ser tomadas para prevenir esta forma de tráfico e para impor sanções aqueles que explorarem mulheres desta maneira. A proteção deve ser estendida às mulheres vítimas deste tipo de tráfico, para que elas possam ter um local de refúgio e uma oportunidade de testemunhar contra a pessoa responsável em processos penais ou civis. A Comissão deseja ser informada das medidas tomadas e de seus resultados.”¹⁰⁴

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher ressaltou que a pobreza e o desemprego aumentam as oportunidades para o tráfico de mulheres.¹⁰⁵ Novas formas de exploração sexual surgiram adicionalmente às formas de tráfico em vigor, “tais como turismo sexual, recrutamento de trabalhadores domésticos de países em desenvolvimento para trabalharem em países desenvolvidos, e casamentos organizados entre mulheres de países em desenvolvimento com estrangeiros. Essas práticas são incompatíveis com a igualdade de direitos entre homens e mulheres e com relação a seus direitos e dignidade. Elas colocam as mulheres em maior risco de violência e abuso”.¹⁰⁶

O Comitê ressalta, ainda, que “a pobreza e o desemprego forçam muitas mulheres, inclusive jovens meninas a se prostituírem. As prostitutas são especialmente vulneráveis à violência devido a seu status, que pode ser ilegal, e tende a marginalizá-las. Elas precisam da mesma proteção das leis contra estupro e outras formas de violência.”¹⁰⁷

Nesse sentido o Comitê observa que “guerras, conflitos armados e a ocupação de territórios sempre levam ao aumento da prostituição, tráfico de mulheres e agressão sexual de mulheres, o que requer medidas de proteção e de punição específicas.”¹⁰⁸ Como as mulheres são “particularmente vulneráveis em tempos de conflitos armados internos ou internacionais”, a

¹⁰³ Ibid., pág. 79, parágrafo 10.

¹⁰⁴ Ibid., pág. 86, parágrafo 13. Tráfico também é um problema de séria preocupação na República Democrática Popular da Coreia, pág. 104, parágrafo 26.

¹⁰⁵ Recomendação Geral No. 19 (Violência contra a mulher), *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, pág. 218, parágrafo 14.

¹⁰⁶ Ibid., loc. cit.

¹⁰⁷ Ibid., pág. 218, parágrafo 15.

¹⁰⁸ Ibid., pág. 218, parágrafo 16.

Comissão de Direitos Humanos também recomendou que os Estados-partes do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos a informe “de todas as medidas tomadas durante tais situações para proteger as mulheres de estupro, rapto e outras formas de violência fundadas no sexo da vítima”.¹⁰⁹

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher exigiu que o Uzbequistão fornecesse mais informações e dados sobre a situação do tráfico de mulheres e meninas e sobre o progresso feito nessa área. O Comitê considerou “que medidas abrangentes deveriam ser desenvolvidas e introduzidas para combater efetivamente o problema, incluindo a prevenção e reintegração e o julgamento dos responsáveis pelo tráfico”.¹¹⁰ O Comitê também manifestou preocupação quanto às mulheres não-europeias nos Países Baixos que foram traficadas, “e que temiam serem expulsas para seus países de origem e que poderiam não ter a devida proteção de seus governos na sua volta”. O Comitê recomendou com insistência ao governo dos Países Baixos “que assegurasse que mulheres traficadas receberão plena proteção em seus países de origem ou que lhes conceda asilo ou condição de refugiadas”.¹¹¹

O Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais recebeu de bom grado a adoção da lei de imigração de 1998 na Itália, que concede permissões de um ano de residência/trabalho a mulheres vítimas de tráfico que denunciarem seus exploradores, e a criminalização do tráfico de migrantes pelo Código Penal. No entanto, o Comitê continuou preocupado com a extensão do tráfico de mulheres e crianças na Itália.¹¹²

A mulher tem o direito de ser livre da escravidão, do comércio escravo, da servidão e de trabalhos forçados ou obrigatórios.

A mulher não deve, portanto, ser sujeitada a qualquer forma de escravidão ou práticas similares, tais como a prostituição ou serviços domésticos ou outros que possam configurar escravidão ou servidão dissimulada.

Traficar mulheres e meninas é rigorosamente proibido pelo Direito Internacional.

Escravidão, comércio de escravos, servidão e trabalhos forçados ou obrigatórios de mulheres e crianças, inclusive de meninas, são práticas que devem ser penalizadas pelo direito nacional e aqueles responsáveis por tais atos ilícitos devem ser rigorosamente julgados e punidos pelas autoridades locais.

Os países têm a obrigação legal de tomar medidas imediatas, adequadas e efetivas para combater tais práticas ilícitas em todos os níveis, inclusive por meio de

¹⁰⁹ Ibid., Comentário Geral No. 28 (artigo 3º – Igualdade de direitos entre homens e mulheres), pág. 169, parágrafo 8º.

¹¹⁰ Documento da ONU GAOR, A/56/38, pág. 21, parágrafo 179.

¹¹¹ Ibid., pág. 66, parágrafos 211 e 212.

¹¹² Documento da ONU E/2001/22 (E/C.12/2000/21), pág. 34, parágrafo 109, e pág. 36, parágrafo 121.

cooperação internacional, e de proporcionar ajuda e proteção adequada às vítimas, inclusive se elas forem estrangeiras.

6. Igualdade de direitos no casamento

6.1 O direito dos nubentes de livremente contrair matrimônio e de constituir família

O direito de homens e mulheres em idade núbil de contrair matrimônio e constituir família é reconhecido pelos artigos 23(2) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 17(2) da Convenção Americana de Direitos Humanos (que usa o termo “formar uma família”, em vez de “constituir”) e 12 da Convenção Européia dos Direitos do Homem. Os artigos 23(3) da Convenção Internacional e 17(3) da Convenção Americana de Direitos Humanos prevêm, ainda, que “nenhum matrimônio poderá ser contraído sem livre e pleno consentimento dos pretendentes”. Apesar de não constar expressamente do texto da Convenção Européia que o casamento deve ser realizado de livre e plena vontade, isto está implícito no termo “**direito** de contrair matrimônio” (grifo nosso), que também deve ser interpretado à luz do disposto no artigo 14 da Convenção Americana, de forma a assegurar perante a lei a igualdade de direitos entre homens e mulheres.

O artigo 16 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher estabelece os deveres dos Estados-partes com relação à eliminação da “discriminação contra as mulheres em todas as questões relativas ao casamento e às relações familiares”. Os Estados-partes devem assegurar, entre outras coisas, o direito de contrair matrimônio, de escolher livremente o cônjuge e de somente contrair o matrimônio com seu livre e pleno consentimento (artigo 16(1)(a) e (b)), em condições de igualdade entre homens e mulheres.

Outro tratado internacional relevante nesse sentido é a Convenção sobre o Consentimento para o Matrimônio, a Idade Mínima para o Casamento e o Registro de Casamentos que foi adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1962, e entrou em vigor em 9 de dezembro de 1964. Esta Convenção contém, entre outras, as seguintes previsões legais:

“Não se poderá contrair legalmente matrimônio sem o pleno e livre consentimento de ambos os contraentes, expressado pelos mesmos em pessoa, depois da devida publicação, frente à autoridade competente para formalizar o matrimônio e testemunhas, de acordo com a lei.” (artigo 1º(1))

“Os Estados-partes ... adotarão as medidas legislativas para determinar a idade mínima para contrair casamento. Não poderão contrair legalmente matrimônio pessoas que não tenham completado a idade mínima, salvo se a autoridade competente dispensar o requisito da idade, por motivos relevantes e no interesse dos contratantes.” (art 2º)

Os fatores que podem afetar a capacidade da mulher de manifestar seu livre e pleno consentimento para estabelecer vínculo conjugal incluem, como será visto abaixo, a inadequação de sua idade núbil. Conforme indicado pela Comissão de Direitos Humanos, com relação à interpretação do artigo 23 do Pacto Internacional, outros fatores que podem debilitar o livre e pleno consentimento da mulher ao casamento são “a existência de atitudes sociais que tendem a

marginalizar mulheres vítimas de estupro e pressioná-las a concordar com o casamento”, bem como “leis que permitem a extinção da punibilidade do crime de estupro pelo casamento do agente com a vítima”.¹¹³ A Comissão observou, ainda, que “o direito de escolher livremente o cônjuge pode também ser restringido por leis e costumes que proíbem casamento de mulheres de uma determinada religião com homens sem ou de religião distinta.”¹¹⁴

Quanto à questão do livre consentimento, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher ressalta que “o direito da mulher de escolher livremente o cônjuge e contrair matrimônio são essenciais a sua vida, dignidade e igualdade enquanto ser humano.”¹¹⁵ No entanto, enquanto a maioria dos países informou que sua constituição e suas leis estão em conformidade com as regras prescritas na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, “os costumes, as tradições e a deficiência na aplicação efetiva dessas leis violam a Convenção”. Uma análise dos relatórios apresentados pelos Estados-partes revelou que haviam países:

- que permitiam casamentos e segundas núpcias forçados em decorrência de costumes, crenças religiosas ou princípios étnicos de grupos específicos;
- que permitiam que o casamento de uma mulher fosse arranjado em troca de pagamentos ou nomeações; e
- onde a pobreza forçava as mulheres a se casarem com estrangeiros por questões financeiras.¹¹⁶

Neste contexto, o Comitê acrescenta que “o direito da mulher de escolher quando, se, e com quem, irá se casar deve ser protegido por lei” e sujeito apenas a “restrições razoáveis baseadas, por exemplo, na idade da mulher ou na consangüinidade com seu consorte”.¹¹⁷

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial expressou preocupação específica com “o artigo 10(2)(c) do Ato de Imigração das Leis de Tonga, que determina que o casamento entre nacionais e estrangeiros está condicionado ao prévio e expresso consentimento do Chefe da Imigração daquele país”, uma exigência que pode constituir uma infração ao artigo 5(d) da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, a qual, entre outras coisas, garante o gozo do direito de contrair matrimônio e de escolher livremente o cônjuge, sem distinção de raça, cor, nacionalidade ou origem étnica.¹¹⁸

¹¹³ Comentário Geral No. 28 (artigo 23 – Igualdade de direitos entre o homem e a mulher), *Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas*, pág. 172, parágrafo 24.

¹¹⁴ *Ibid.*, loc. cit.

¹¹⁵ *Ibid.*, Recomendação Geral No. 21 (Igualdade no casamento e nas relações familiares), pág. 226, parágrafo 16.

¹¹⁶ *Ibid.*, pág. 226, parágrafos 15 e 16.

¹¹⁷ *Ibid.*, pág. 226, parágrafo 16.

¹¹⁸ Documento da ONU GAOR, A/55/18, pág. 38, parágrafo 182.

O Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais demonstrou grande preocupação com a reafirmação de antigos costumes envolvendo as mulheres na sociedade quirguiz”, qual seja, “o reaparecimento da antiga tradição de raptar a noiva”. O Comitê recomendou ao Estado-parte que fosse mais rigoroso na aplicação da lei que proíbe tal prática.¹¹⁹

6.1.1 Casamentos Poligâmicos

De acordo com a Comissão de Direitos Humanos, “o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres com relação ao direito de contrair matrimônio torna a poligamia incompatível. A poligamia fere a dignidade das mulheres e representa uma discriminação inadmissível contra a mulher. Conseqüentemente, deve ser banida onde quer que ainda exista.”¹²⁰ Com relação à situação no Gabão, a Comissão reiterou que “a poligamia é incompatível com a igualdade de tratamento entre homens e mulheres, com relação ao direito de contrair matrimônio”. O governo do Gabão deverá “assegurar que não haja discriminação contra as mulheres, fundadas em usos e costumes em questões como o casamento”. A poligamia “deve ser banida” e o correspondente artigo do Código Civil daquele país, revogado.¹²¹

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher declarou que o casamento poligâmico “infringe a igualdade de direitos entre homens e mulheres, e pode ter graves seqüelas emocionais e financeiras para estas e seus dependentes, de forma que tais casamentos devem ser desestimulados e proibidos”. Países que permitem o casamento poligâmico violam não só a igualdade de direitos garantida constitucionalmente, mas também o artigo 5º(a) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que obriga os Estados-partes a alterarem o padrão social e cultural de conduta do homem e da mulher, com o objetivo de eliminar a discriminação fundada no sexo.¹²² Por esse motivo, o Comitê expressou preocupação com a continuidade da autorização legal em favor poligamia no Egito, advertindo o país para que adotasse medidas impedindo tal prática, conforme sua Recomendação Geral No. 21.¹²³ O Comitê recomendou, também, que Burkina Fasso “trabalhe em prol da eliminação da prática da poligamia” e que tal Estado-parte “envolva-se num amplo esforço público para mudar hábitos existentes relacionados à poligamia e, principalmente, para ensinar às mulheres sobre seus direitos e como se valer deles”.¹²⁴

¹¹⁹ Documento da ONU E/2001/22 /E/C.12/2000/21), pág. 64, parágrafo 344, e pág. 65, parágrafo 358.

¹²⁰ Comentário Geral No. 28 (artigo 3º – Igualdade de direitos entre o homem e a mulher), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 172 e 173, parágrafo 24.

¹²¹ Documento da ONU GAOR, A/56/40 (vol. I), págs. 42 e 43, parágrafo 9º.

¹²² Recomendação Geral No. 21 (Igualdade no casamento e nas relações familiares), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 226, parágrafo 14.

¹²³ Documento da ONU GAOR, A/56/38, pág. 37, parágrafos 354 e 355.

¹²⁴ Documento da ONU GAOR, A/55/38, pág. 28, parágrafo 282.

6.1.2 Idade mínima para o casamento

Embora a idade mínima para o casamento seja um fator que possa, eventualmente, impedir as mulheres de serem capazes de tomar decisão de se casarem livremente, os tratados internacionais não especificam qual seria a idade núbil. No entanto, o artigo 16(2) da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação da Mulher determina:

“(2) A promessa de casamento e o casamento de crianças não terão efeitos jurídicos e todas as medidas necessárias, inclusive disposições legislativas, serão tomadas com o fim de fixar uma idade mínima para o casamento e de tornar obrigatório o registro do casamento num registro oficial.”

Interpretando o artigo 23 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Comissão de Direitos Humanos afirma que o artigo:

“não estabelece uma idade núbil específica, seja para homem ou para mulher, mas que tal idade deve ser aquela que permita que cada um dos consortes possa expressar seu livre e pleno consentimento, na forma prescrita em lei.”¹²⁵

Tais dispositivos devem, também, “ser compatíveis com o pleno exercício de outros direitos previstos no Pacto”, como o direito de liberdade de pensamento, consciência e religião.¹²⁶

O Comitê observou que, no caso da Venezuela, a idade núbil é de 14 anos para meninas, e 16 anos para meninos, e que “tal idade pode ser reduzida, sem qualquer limite, para as meninas em casos de gravidez e nascimento do bebê”. Tal hipótese gerou problemas com relação ao cumprimento, pelo Estado-parte, da obrigação prevista no artigo 24, parágrafo 1º, de proteger o menor de idade. Além disso, sob o ponto de vista do Comitê, a realização de casamento entre nubentes com tão pouca idade não parece ser compatível com o previsto no artigo 23 do Pacto, “que determina o livre e pleno consentimento dos futuros cônjuges”.¹²⁷ O Comitê também questionou a compatibilidade com o Pacto da legislação sobre idade núbil da República Árabe da Síria, que determina as idades mínimas de 17 e 18 anos para o casamento de meninas e meninos, respectivamente, sendo que essa idade pode, ainda, “ser reduzida judicialmente para 15 anos para meninos e 13 para meninas, com o consentimento do pai”.¹²⁸ Considerando esta lei uma afronta ao previsto no Pacto, o Comitê recomendou ao Estado-parte que altere sua legislação para que fique condizente com os artigos 3º, 23 e 24 do mesmo documento.¹²⁹ O Comitê requereu, também, ao Principado de Mônaco, onde a idade núbil é de 15 anos para meninas e 18 anos para meninos, “que altere sua legislação para assegurar que meninas e meninos sejam tratados igualmente, tornando 18 anos a idade mínima para contrair casamento, independentemente do

¹²⁵ Comentário Geral No. 19 (artigo 23), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 138, parágrafo 4.

¹²⁶ *Ibid.*, loc. cit.

¹²⁷ Documento da ONU GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 52, parágrafo 18.

¹²⁸ *Ibid.*, pág. 74, parágrafo 20.

¹²⁹ *Ibid.*, loc. cit.

sexo”.¹³⁰

Conforme ressaltado pelo Comitê sobre Eliminação da Discriminação contra a Mulher, o artigo 16(2) da Convenção de Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, bem como os artigos pertinentes da Convenção sobre os Direitos da Criança, “impedem os Estados-partes de permitir ou de dar validade o casamento entre pessoas que não atingiram a capacidade matrimonial”. Na opinião do Comitê, “a idade mínima para se contrair o matrimônio deve ser 18 anos, tanto para o homem, quanto para a mulher.”¹³¹ Posto que o homem e a mulher assumem importantes responsabilidades “quando se casam”, o casamento não deve ser autorizado antes que os nubentes atinjam total maturidade e capacidade legal.”¹³² Leis que estabeleçam idades diferentes para homens e mulheres contraírem matrimônio devem ser revogadas.¹³³

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher revelou preocupação com o alto índice de casamentos envolvendo meninas com idade abaixo da considerada apropriada no Egito, especialmente nas áreas rurais, e recomendou “que o Governo altere a legislação que estabelece a idade mínima para se contrair o matrimônio, de forma a impedir casamentos entre nubentes considerados com idade precoce, de acordo com suas obrigações como Estado-parte da Convenção”.¹³⁴ Com relação à República da Moldova, o Comitê manifestou preocupação com “o diferencial de idades para contrair matrimônio aplicável a meninos e meninas previstas no Código que trata do Direito de Família, e com o reconhecimento oficial do casamento envolvendo uma criança do sexo feminino”, pois não estavam em conformidade com o artigo 16(2) da Convenção. O Comitê recomendou, então, “que o Governo tome as medidas cabíveis para alterar a legislação sobre a idade núbil para homens e mulheres de forma que esta fique de acordo com as previsões da Convenção, levando em consideração a Recomendação Geral no. 21”.¹³⁵ Por último, o Comitê recomendou insistentemente às Maldivas “que introduza em seu ordenamento jurídico leis sobre a idade mínima para o casamento e implemente outros projetos para evitar o casamento entre nubentes com idade precoce, de acordo com as obrigações previstas na Convenção.”¹³⁶

6.1.3 Outros impedimentos de direito e de fato ao direito de contrair matrimônio

A Comissão de Direitos Humanos manifestou preocupação ao saber que os casamentos no Camboja eram decididos pelos pais dos nubentes, e recomendou, com insistência, que o Estado-parte tome as medidas necessárias para assegurar que sejam respeitadas as leis que

¹³⁰ Ibid., pág. 91, parágrafo 12.

¹³¹ Recomendação Geral No. 21 (Igualdade no casamento e nas relações familiares), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, págs. 229 e 230, parágrafo 36.

¹³² Ibid., pág. 229, parágrafo 36.

¹³³ Ibid., pág. 230, parágrafo 38.

¹³⁴ Documento da ONU GAOR, A/56/38, pág. 36, parágrafos 352 e 353.

¹³⁵ Documento da ONU. GAOR, A/55/38, págs. 60-61, parágrafos 113 e 114.

¹³⁶ Documento da ONU GAOR, A/56/38, pág. 17, parágrafo 136.

proíbem o casamento sem o livre e pleno consentimento dos nubentes.¹³⁷

A Comissão também sustentou que a ausência de dispositivos prevendo o divórcio na legislação chilena, pode significar violação do artigo 23(2) do Pacto, que dispõe que homens e mulheres em idade núbil têm direito de contrair matrimônio e constituir família. A lei chilena deixava as mulheres casadas “permanentemente sujeitas a leis discriminatórias acerca de bens patrimoniais ... mesmo quando o casamento tivesse se dissolvido de forma irrecuperável”.¹³⁸

Quando da análise do 15º e 16º relatórios periódicos apresentados pelo Chipre, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial registrou, “com aprovação”, “que o projeto-de-lei permitindo o casamento entre cristão ortodoxo grego e turco muçulmano havia sido aprovado pelo Conselho de Ministros e submetido à Câmara dos Deputados para promulgação”.¹³⁹ A proibição do casamento entre pessoas de religiões e crenças distintas não só constitui violação ao direito de contrair matrimônio, mas também ao direito de liberdade de religião.

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher exigiu que a República Democrática do Congo promulgue lei que proíba “usos e costumes tradicionais que ofendam os direitos fundamentais da mulher, tais como o dote, o levirato, a poligamia e o casamento forçado”.¹⁴⁰

6.1.4 Restrições às segundas núpcias

A Comissão de Direitos Humanos recomendou a Venezuela, para que cumprisse com suas obrigações previstas nos artigos 2º, 3º e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e providenciasse “a alteração de todas as leis que ainda discriminassem as mulheres, inclusive aquelas que tratam do adultério e da condenação de casamentos realizados 10 meses após a dissolução do anterior”.¹⁴¹ Com relação ao Japão, o Comitê declarou ser incompatível com os artigos 2º, 3º e 26 do Pacto a condenação das segundas núpcias da mulher, quando forem realizadas durante os 6 meses seguintes à dissolução ou anulação do casamento anterior.¹⁴² Já o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher declarou que as leis de Luxemburgo parecem ser “anacrônicas” ao impor um período de espera mínimo de 300 dias para que as viúvas e/ou divorciadas contraíam novo matrimônio”.¹⁴³

No caso de *F. v. Suíça*, o requerente reclama constituir uma infração ao artigo 12 da

¹³⁷ 137Documento da ONU GAOR, A/54/40/ (vol. I), pág. 60, parágrafo 309.

¹³⁸ 138Ibid., pág. 46, parágrafo 213.

¹³⁹ Documento da ONU GAOR, A/56/18, pág. 49, parágrafo 264.

¹⁴⁰ Documento da ONU GAOR, A/55/38, pág. 23, parágrafos 215 e 216.

¹⁴¹ Documento da ONU GAOR, A/56/49 (vol. I), pág. 53, parágrafo 22.

¹⁴² Documento da ONU GAOR, A/54/40 (vol. I), pág. 38, parágrafo 158.

¹⁴³ Documento da ONU GAOR, A/55/38, pág. 41, parágrafo 406.

Convenção Europeia de Direitos do Homem a decisão do tribunal de Lausanne que lhe impôs um período de três anos para contrair segundas núpcias. Neste julgamento, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu que o direito de um homem e de uma mulher de contrair matrimônio e constituir família garantido pelo artigo 12, “gera conseqüências pessoais, sociais e legais”. Trata-se de um direito que:

“está sujeito às leis nacionais dos Estados-signatários”, mas “as limitações lá introduzidas não devem restringir ou reduzir o direito, de forma que sua essência seja prejudicada.”¹⁴⁴

O mesmo Tribunal salientou ainda que:

“Em todos os Conselhos dos Estados-membros da Europa, essas “limitações” aparecem como condições e são incorporadas nas regras de direito processual ou material. O primeiro diz respeito, principalmente, à publicidade e à solenidade do casamento, e o segundo, principalmente à capacidade, ao consentimento e a certos impedimentos.”¹⁴⁵

Após demorada argumentação, no curso da qual o Tribunal verificou que períodos de espera não mais existem em outros Estados-signatários e lembrou-se que “a Convenção deve ser interpretada à luz das condições vigentes”, o Tribunal concluiu que “a medida em disputa, que afetou toda a essência do direito de contrair o matrimônio, foi desproporcional ao objetivo legítimo perseguido” e, portanto, violou o artigo 12 da Convenção.¹⁴⁶

6.1.5 Registro do casamento

Conforme previsto no artigo 3º da Convenção sobre o Consentimento para o Matrimônio, Idade Mínima para o Casamento e Registro de Casamentos, os Estados-partes comprometem-se a fazer com que todos os casamentos sejam registrados “perante o Registro Público competente”. De acordo com o artigo 16(2) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, os Estados-partes têm a obrigação legal de tomar todas as medidas necessárias para proceder ao registro obrigatório dos casamentos junto ao Registro Público”. Não há nenhuma outra previsão comparável a esta nos demais tratados ou documentos internacionais de direitos humanos.

Ainda com relação ao artigo 16(2) acima citado, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher declarou que os Estados-partes “devem também exigir o registro de todos os casamentos, sejam estes civis ou religiosos. Desse modo, o governo pode garantir o cumprimento da lei, estabelecendo igualdade entre os nubentes, idade núbil mínima, vedação à bigamia e à poligamia, e a proteção dos direitos das crianças.”¹⁴⁷ O Comitê manifestou

¹⁴⁴ Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Caso de F. v. Suíça, julgado em 18 de dezembro de 1987, Série A, No. 128, pág. 16, parágrafo 32.

¹⁴⁵ Ibid., loc. cit.

¹⁴⁶ Ibid., pág. 16, parágrafo 33, e pág. 19, parágrafo 40. Durante seu relatório o Tribunal reconheceu que “a estabilidade do casamento é um propósito legítimo, de interesse público”, mas questionou “se o método especificamente usado era apropriado para conseguir tal propósito”, pág. 17, parágrafo 36.

¹⁴⁷ Recomendação Geral No. 21 (Igualdade no casamento e nas relações familiares), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 230, parágrafo 39.

preocupação com o fato de que “a Índia ainda não estabeleceu um sistema abrangente e obrigatório para registro de nascimentos e de casamentos” e que “a impossibilidade de se provar atos tão importantes por meio de documentos impede o cumprimento efetivo das leis que tratam da proteção de meninas contra a exploração sexual e tráfico, trabalho infantil e casamentos forçados ou violando a idade mínima para o casamento.”¹⁴⁸

Sobre essa questão, a Comissão de Direitos Humanos simplesmente aceitou, nos termos do artigo 23 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, “não ser incompatível com o Pacto o Estado exigir que um casamento que tenha sido celebrado de acordo com o culto religioso dos nubentes, seja também conduzido, confirmado ou registrado sob as leis civis.”¹⁴⁹

6.1.6 O significado do direito de constituir família

Conforme visto acima, o direito de constituir família é garantido pelos artigos 23(2) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e 17(2) da Convenção Americana de Direitos Humanos. O artigo 16(1)(e) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher sugere aos Estados-partes que assegurem, “com base no princípio da igualdade entre homens e mulheres”, “os mesmos direitos de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos e de ter acesso à informação, à educação e aos meios necessários que lhe permitam exercer esses direitos”.

De acordo com a Comissão de Direitos Humanos, o artigo 23(2) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos “significa, em princípio, a possibilidade de procriar e coabitar. Quando os Estados-partes adotarem políticas de planejamento familiar, estas deverão ser compatíveis com os dispositivos do Pacto e especialmente não deverão ser discriminatórias ou obrigatórias.”¹⁵⁰ No entendimento do Comitê, a possibilidade de coabitar “significa adotar medidas adequadas, seja em nível interno ou, quando for o caso, em cooperação com outros Estados, para assegurar a unidade ou reunificação das famílias, em especial, quando seus membros estão separados por razões políticas, econômicas ou similares”.¹⁵¹

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher declara que as razões pelas quais “as mulheres têm o direito de decidir sobre o número de filhos e o intervalo entre nascimentos” previsto no artigo 16(1)(e) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher se deve ao fato “de as responsabilidades que [elas] têm ao dar à luz e criar crianças afetarem seu direito de acesso à educação, emprego e outras atividades relacionadas ao seu desenvolvimento pessoal. Tais responsabilidades também impõem injusta

¹⁴⁸ Documento da ONU GAOR, A/55/38, pág. 10, parágrafo 62.

¹⁴⁹ Comentário Geral No. 19 (artigo 23), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 138, parágrafo 4.

¹⁵⁰ *ibid.*, pág. 138, parágrafo 5.

¹⁵¹ *Ibid.*, loc. cit.

carga de trabalho às mulheres. O número de filhos e intervalo entre os nascimentos têm impacto semelhante na vida das mulheres, e também atingem sua saúde física e mental, assim como a de seus filhos.”¹⁵² Adicionalmente, o Comitê menciona que “decisões sobre ter ou não filhos, de preferência tomadas em conjunto com o marido ou companheiro, não devem, todavia, ser restringidas pelo marido, parente, companheiro ou pelo governo,” como, por exemplo, por meio de gravidez forçada, aborto ou esterilização.¹⁵³

Com relação ao planejamento familiar obrigatório, a Comissão de Direitos Humanos demonstrou preocupação acerca de relatórios sobre a esterilização forçada no Peru, “principalmente das índias que vivem na zona rural e das mulheres de classes sociais mais vulneráveis”. A Comissão entende que o Estado-parte “deve tomar as medidas necessárias para garantir que todos aqueles que se submetem a cirurgias contraceptivas sejam devidamente informados, manifestando livremente seu consentimento”.¹⁵⁴ Em denúncias similares a respeito do caso das mulheres representantes de uma minoria étnica no Vietnã, que são rejeitadas pelo Estado-parte, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial, simplesmente declarou que acolheria, com entusiasmo, informações sobre o impacto de suas políticas de planejamento populacional no gozo de direitos reprodutivos por pessoas pertencentes a essas minorias.¹⁵⁵ O Comitê esclareceu que “a discriminação racial nem sempre atinge mulheres e homens igualmente ou da mesma forma”. Menciona, ainda, “a esterilização forçada de índias” como uma forma de discriminação racial que “pode ser dirigida às mulheres, principalmente, pelo fato de serem mulheres”. Assim, o Comitê se empenhará “para levar em consideração fatores relacionados ao sexo, ou questões que podem ter ligação com a discriminação racial”.¹⁵⁶

A Mulher tem o direito de contrair casamento apenas com seu pleno e livre consentimento, e em igualdade de condições com o homem. Casamentos forçados são proibidos pelo Direito Internacional e devem ser banidos das normas internas de cada Estado-parte. O mesmo deve ocorrer com o dote e outras tradições semelhantes.

Portanto, no Direito Internacional, tradições, costumes e crenças religiosas não podem ser permitidos para justificar casamentos forçados.

Da mesma forma, a poligamia é proibida pelo Direito Internacional, já que viola o princípio da igualdade entre mulheres

¹⁵² Recomendação Geral No. 21 (Igualdade no casamento e nas relações familiares), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 227, parágrafo 21.

¹⁵³ *Ibid.*, pág. 227, parágrafo 22.

¹⁵⁴ Documento da ONU GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 48, parágrafo 21.

¹⁵⁵ Documento da ONU GAOR, A/56/18, pág. 69, parágrafo 417.

¹⁵⁶ Recomendação Geral No. XXV (Discriminação racial com dimensões relacionadas ao sexo), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 194, parágrafos 1 a 3.

e homens.

Se fixada muito baixa, a idade núbil poderá violar o princípio do livre consentimento. A idade legal para contrair matrimônio deve ser preferencialmente 18 anos, tanto para os homens quanto para as mulheres.

A falta de previsão legal do divórcio na legislação interna dos Estados-partes viola o direito de contrair casamento e constituir família. O impedimento temporário das segundas núpcias é contrário ao Direito Internacional.

O registro de todos os casamentos, sejam eles civis ou religiosos, devem ser mantidos em registro oficial. Tais registros são, entre outras coisas, fundamentais para evitar casamentos forçados, bigamia e poligamia.

O direito de constituir ou formar família significa, entre outras coisas, que a mulher tem o direito de decidir o número de filhos e intervalo de nascimento, preferencialmente, de comum acordo com seu parceiro. Qualquer política de planejamento familiar obrigatória, como, por exemplo, a esterilização forçada, é proibida pelo Direito Internacional.

6.2 Igualdade de direitos com relação à nacionalidade

A *Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada* foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1957, e entrou em vigor em 11 de agosto de 1958. Por meio dessa convenção, os Estados-partes concordam que:

“a nacionalidade da mulher não será automaticamente atingida pela celebração ou dissolução do casamento entre um nacional e um estrangeiro, bem como pela mudança de nacionalidade do marido na constância do casamento”(artigo 1º);

“a aquisição voluntária de outra nacionalidade ou a renúncia de sua própria pelo marido não impedirá a esposa de conservar a sua nacionalidade” (artigo 2º);

“a mulher estrangeira casada com um de seus nacionais poderá, se assim solicitar, adquirir a nacionalidade do marido, mediante processo especial de naturalização privilegiada. A concessão de tal nacionalidade pode estar sujeita a limitações impostas por razões de segurança ou de interesse público” (artigo 3º(1)).

Quanto à questão da igualdade de direitos em relação à nacionalidade, o artigo 9º da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher estabelece que:

“(1) Os Estados-partes outorgarão às mulheres direitos iguais aos dos homens para adquirir, mudar ou conservar sua nacionalidade. Garantirão, especialmente, que nem o casamento com estrangeiro, nem a mudança de nacionalidade do marido na constância do casamento, modifique automaticamente a nacionalidade da esposa, torne-a apátrida ou obrigue-a a adquirir a nacionalidade do cônjuge.

(2) Os Estados-partes outorgarão às mulheres direitos iguais aos dos homens no que diz respeito à nacionalidade dos filhos.”

Apesar de o artigo 23 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos não se referir, explicitamente, à igualdade de direitos entre homens e mulheres nos termos das leis sobre nacionalidade, o Comitê tem afirmado que “nenhuma discriminação fundada no sexo pode ocorrer com relação à aquisição ou perda de nacionalidade em razão do casamento.”¹⁵⁷

O artigo 23(1) do Pacto dá à família o direito de “receber proteção da sociedade e do Estado” e, de acordo com os artigos 2º(1), 3º e 26, “tal proteção deve ser igual, ou seja, não discriminatória em função do sexo, por exemplo”.¹⁵⁸ Quanto às restrições legais ao acesso a Maurício impostas sobre maridos estrangeiros de mulheres mauricianas, mas não sobre mulheres estrangeiras de homens mauricianos, a Comissão de Direitos Humanos concluiu que a legislação era discriminatória com relação às mulheres mauricianas, o que não poderia ser justificado por razões de segurança. Conseqüentemente, houve violação aos artigos 2º(1), 3º e 26 do Pacto, juntamente com o artigo 23 do mesmo diploma legal, no que diz respeito aos três co-autores casados com mulheres mauricianas.¹⁵⁹ A legislação impugnada significava que somente as esposas estrangeiras dos homens mauricianos teriam direito ao livre acesso ao país e ao gozo de imunidade à deportação, enquanto os maridos estrangeiros de mulheres mauricianas eram obrigados a requerer permissão de residência junto ao Ministro do Interior e caso esta fosse recusada, não teriam qualquer possibilidade de obter uma reparação de seus direitos junto aos tribunais.¹⁶⁰ Este caso também infringe os artigos 2º(1) e 3º do Pacto, combinado com o artigo 17(1) do mesmo documento, os quais, entre outras coisas, garantem o direito de constituir família. A Comissão de Direitos Humanos ressaltou que a lei “fez distinção adversa baseada no sexo” que atingiu as vítimas mencionadas no gozo de um de seus direitos básicos. Posto que não

¹⁵⁷ Ibid., Comentário Geral No. 19 (artigo 23), pág. 138, parágrafo 7º.

¹⁵⁸ Comunicado No. 35/1978, Shirin Aumeeruddy-Cziffra and 19 outras mulheres mauricianas v. Maurício (Opiniões adotadas em 9 de abril de 1981), no Documento da ONU CCPR/C/OP/1, Decisões Seleccionadas com relação ao Protocolo Facultativo (Segunda a décima-sexta sessões), pág. 71, parágrafo 9.2 (b) 2 (ii) 2.

¹⁵⁹ Ibid., pág. 71, parágrafos 9.2 (b) 2 (ii) 3 e 4.

¹⁶⁰ Ibid., pág. 69, parágrafo 7.2.

foi dada nenhuma “justificativa cabível” para essa diferença, a previsão legal acima referida foi violada.¹⁶¹

Conforme salientado pelo Comitê sobre Eliminação da Discriminação contra a Mulher, a nacionalidade é “essencial para a plena participação na sociedade”, já que “sem o *status* de nacional ou de cidadão, as mulheres são privadas do direito de votar e de concorrer a cargos públicos e podem lhes ter negado o acesso à benefícios do governo e a escolha de residência.”¹⁶² Em seu entendimento, “a nacionalidade deve ser passível de alteração por uma mulher adulta, e não deve ser arbitrariamente perdida, em virtude de casamento, de dissolução de casamento ou pelo fato de o marido ou pai alteraram sua nacionalidade.”¹⁶³

O Comitê recomendou a Guiné “que cônjuges homens e mulheres casados com estrangeiros sejam tratados em condições de igualdade pela legislação que rege a nacionalidade” e requereu ao Estado que “assegure às crianças fruto de tais casamentos, nascidas fora do país o direito de adquirir a nacionalidade por meio de sua mãe guineana”¹⁶⁴ O Comitê também estava preocupado com o fato da “lei sobre nacionalidade da Jordânia impedir uma mulher jordaniana de transmitir sua nacionalidade a seus filhos se o seu marido não for jordaniano”.¹⁶⁵

O mesmo Comitê também estava preocupado com o fato de “a lei sobre nacionalidade no Iraque, que é baseada no princípio de que todos os membros da família devem ter a mesma nacionalidade, e nenhum deles deve ter dupla nacionalidade ou perder sua nacionalidade, não conceder às mulheres o direito independente de adquirir, trocar ou manter sua nacionalidade original, ou transmiti-la a seus filhos.” Assim, recomendou ao governo daquele país que retirasse suas reservas ao artigo 2º(f) e (g), bem como aos artigos 9º e 16 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de forma a garantir sua plena aplicação no país.¹⁶⁶

A Comissão de Direitos Humanos, preocupada com a situação legal discriminatória das mulheres com relação à transmissão da nacionalidade monegasca, recomendou a Mônaco que “adotasse legislação conferindo ao homem e a mulher o mesmo direito de transmitir

¹⁶¹ Ibid., pág. 70, parágrafo 9.2 (b) 2 (i) 8.

¹⁶² Recomendação Geral No. 21 (Igualdade no casamento e nas relações familiares), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 223, parágrafo 6.

¹⁶³ Ibid., loc. cit.

¹⁶⁴ Documento da ONU GAOR, A/56/38, pág. 58, parágrafo 125; vide também com relação a Cingapura, pág. 54, parágrafo 75.

¹⁶⁵ Documento da ONU GAOR, A/55/38, pág. 19, parágrafo 172. O Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais manifestou preocupação com relação a mesma lei; vide o Documento da ONU E/2001/22 (E/C.12/2000/21), pág. 50, parágrafo 234.

¹⁶⁶ Documento da ONU GAOR, A/55/38, pág. 68, parágrafos 187 e 188.

nacionalidade a seus filhos”. A questão trouxe preocupação com relação aos artigos 3º e 26 do Pacto.¹⁶⁷

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial demonstrou preocupação “com a lei sobre nacionalidade, que impede uma mãe egípcia casada com um estrangeiro de transmitir sua nacionalidade a seus filhos.”¹⁶⁸ O mesmo Comitê manifestou satisfação com relação à alteração da Lei de Cidadania de Chipre de 1967, “que erradicou a discriminação de casamentos com estrangeiros”. A alteração da lei resultou no direito do cônjuge estrangeiro de adquirir a cidadania do cônjuge cipriota para ambos os sexos, assim como “o direito de ambos os cônjuges, em condições de igualdade, transmitirem sua nacionalidade a seus filhos”.¹⁶⁹ O Comitê também acolheu de bom grado a alteração feita na legislação da Islândia em 1998, que tratou da questão “da desigualdade de direitos entre o homem e a mulher no tocante à naturalização de seus filhos, e da eliminação da exigência de adotar um patronímico da Islândia como condição para naturalização”.¹⁷⁰

Para mais exemplos sobre a discriminação entre homens e mulheres, vide o Capítulo 13 deste Manual.

6.3. A igualdade de direitos com relação ao sobrenome

Nos termos do artigo 16(1)(g) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, os Estados-partes estão legalmente obrigados a assegurar, “com base na igualdade entre homens e mulheres”, “os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive no que diz respeito à escolha do sobrenome”. De acordo com o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, este dispositivo significa que “cada cônjuge deve ter o direito de escolher seu sobrenome, preservando, assim, sua individualidade e identidade na comunidade, e distinguindo aquela pessoa de outros membros da sociedade. Quando, por lei ou costume, a mulher é obrigada a mudar seu sobrenome por ocasião do casamento ou da dissolução deste, a ela são negados tais direitos.”¹⁷¹

Com relação ao artigo 23 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Comissão de Direitos Humanos declarou que “o direito de cada um dos cônjuges de manter o uso de seu sobrenome original ou de participar, em condições de igualdade, na escolha de um novo

¹⁶⁷ Documento da ONU GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 90, parágrafo 10.

¹⁶⁸ Documento da ONU GAOR, A/56/18, pág. 52, parágrafo 288. O Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais manifestou preocupação com relação a mesma lei (Documento da ONU E/2001/22 (E/C.12/2000/21), pág. 40, parágrafo 159), assim como o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (Documento da ONU GAOR, A/56/38, pág. 35, parágrafo 330).

¹⁶⁹ Documento da ONU GAOR, A/56/18, pág. 49, parágrafo 263.

¹⁷⁰ *Ibid.*, pág. 33, parágrafo 150.

¹⁷¹ Recomendação Geral No. 21 (Igualdade no casamento e nas relações familiares), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 228, parágrafo 24.

sobrenome deve ser assegurado”¹⁷² e que “os Estados Parte devem garantir que nenhuma discriminação fundada no sexo ocorra em relação ... ao direito de cada cônjuge de manter seu sobrenome original ou de participar, em condições de igualdade, na escolha de um novo sobrenome.”¹⁷³ Os Estados-partes deverão, ainda, assegurar “o direito dos pais de transmitir sua nacionalidade a seus filhos, sem qualquer discriminação.”¹⁷⁴

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher manifestou preocupação com relação ao fato “que a legislação da Jamaica sobre a emissão de passaportes estabelece que as mulheres casadas podem manter seu sobrenome de solteira no documento somente se ela insistir ou alegar razões profissionais e que, nesses casos, uma anotação oficial será feita no documento com o sobrenome de seu marido e constando o casamento”. O Comitê recomendou ao governo que a legislação sobre a emissão de passaportes fosse alterada, de modo a ficar compatível com o artigo 16(1)(g) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.¹⁷⁵ O Comitê acredita que a nova Lei sobre Sobrenomes dos Países Baixos viola o mesmo dispositivo, especialmente na medida em que concede ao pai a decisão final sobre o sobrenome a ser dado ao filho, quando pai e mãe não chegam a um acordo. O Comitê, então, requereu ao governo dos Países Baixos que tornasse a lei compatível com a Convenção.¹⁷⁶

De acordo com o Direito Internacional, mulheres e homens têm os mesmos direitos com relação às leis sobre nacionalidade, o que significa que cônjuges mulheres e homens que se casarem com estrangeiros devem ser tratados em condições de igualdade e ter os mesmos direitos de transmitir sua nacionalidade aos filhos.

De acordo com o Direito Internacional, mulheres e homens têm o mesmo direito de escolher seu sobrenome.

6.4 Igualdade de direitos e responsabilidades dos cônjuges com relação ao casamento, durante o casamento e quando da sua dissolução

6.4.1 Dispositivos relevantes

¹⁷² Ibid., Comentário Geral No. 19 (artigo 23), pág. 138, parágrafo 7º.

¹⁷³ Ibid., Comentário Geral No. 26 (artigo 3º – Igualdade de direitos entre o homem e a mulher), pág. 173, parágrafo 25.

¹⁷⁴ Ibid., loc. cit.

¹⁷⁵ Documento da ONU GAOR, A/56/38, pág. 24, parágrafos 213 e 214.

¹⁷⁶ Ibid., pág. 67, parágrafos 223 e 224.

Nos termos do artigo 23(4) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, os Estados-partes devem adotar as medidas adequadas para “assegurar a igualdade de direitos e de responsabilidades dos cônjuges com relação ao casamento, durante o casamento e quando da sua dissolução”. O artigo 17(4) da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que “os Estados-membros devem adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução.” O artigo 5º do Protocolo No. 7 à Convenção Europeia de Direitos do Homem estabelece que “os cônjuges devem gozar de igualdade de direitos e de responsabilidades civis entre si nas relações com os seus filhos, quanto ao casamento, durante o mesmo e quando da sua dissolução.” Os três tratados admitem que disposições específicas devam ser estabelecidas com relação aos filhos no caso de dissolução do casamento. De acordo com os dispositivos mais detalhados do artigo 16 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, os Estados-partes devem assegurar, “em condições de igualdade entre homens e mulheres”:

- “Os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e quando da sua dissolução” (artigo 16(1)(c));
- “Os mesmos direitos e responsabilidades na condição de pais, seja qual for seu estado civil, em assuntos pertinentes aos filhos. Em todos os casos, os interesses dos filhos merecerão consideração primordial” (artigo 16(1)(d));
- “Os mesmos direitos e responsabilidades no que se refere à tutela, curatela, guarda e adoção dos filhos, ou instituições análogas, quando esses conceitos existirem na legislação nacional. Em todos os casos, os interesses dos filhos merecerão consideração primordial (artigo 16(1)(f)); e
- “Os mesmos direitos a ambos os cônjuges em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição de bens, tanto a título gratuito quanto a título oneroso” (artigo 16(1)(h)).

6.4.2 Entendimento geral do princípio da igualdade de direitos e responsabilidades

Com relação ao artigo 23(4) do Pacto Internacional, a Comissão de Direitos Humanos afirma, que “na constância do casamento, os cônjuges devem ter os mesmos direitos e responsabilidades com relação à família. Esta igualdade se estende a todas as questões oriundas de sua relação, tais como escolha da residência, administração do lar, educação dos filhos e administração dos bens. Essa igualdade também é aplicável a quaisquer acordos realizados quando da dissolução do casamento.”¹⁷⁷ De acordo com a Comissão, “qualquer tratamento discriminatório com relação a regras e procedimentos para separação ou divórcio, guarda de filhos, da pensão alimentícia, direitos de visita ou

¹⁷⁷ Comentário Geral No. 19 (artigo 23), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 138, parágrafo 8º.

perda ou restabelecimento do pátrio-poder deve ser proibido, tendo em vista que os interesses dos filhos quanto a essa questão são considerados primordiais.”¹⁷⁸

Esses entendimentos foram expandidos pela Comissão em seu Comentário Geral No. 28, no qual enfatizou que, para cumprir suas obrigações previstas no artigo 23(4), “os Estados-partes deverão assegurar que o regime de bens adotado no casamento preveja igualdade de direitos e obrigações para ambos os cônjuges com relação à guarda dos filhos, sua educação religiosa e moral ... e a propriedade ou administração dos bens, sejam estes de propriedade comum aos cônjuges ou de propriedade exclusiva de qualquer um deles.” Os Estados-partes deverão, ainda, garantir a não ocorrência de discriminação fundada no sexo com relação aos direitos de escolha de residência. Em resumo, “igualdade de direitos no casamento significa que ambos os cônjuges devem participar igualmente quanto à responsabilidade e a autoridade dentro da família.”¹⁷⁹

Ao explicar seu entendimento acerca do artigo 16(1)(c) da Convenção sobre a Eliminação todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Comissão ressaltou que, ao estabelecer os direitos e responsabilidades dos cônjuges, muitos países contam com a aplicação de princípios baseados em jurisprudência (*common law*), leis religiosas e costumes, em vez de observarem os princípios estabelecidos na Convenção. No entendimento da Comissão, essas variações no direito e na prática trazem diversas conseqüências para as mulheres, restringindo, invariavelmente, seu direito à igualdade de status e responsabilidades no casamento, ao tornar o marido o chefe da família e principal tomador de decisões, em violação à Convenção.¹⁸⁰

Na medida do possível, os diversos componentes da igualdade de direitos e responsabilidades dos cônjuges receberão atenção especial em cada uma das sub-seções a seguir.

6.4.3 Igualdade de direitos nas tomadas de decisão

A Comissão de Direitos Humanos manifestou preocupação acerca do artigo 182 do Código Civil de Mônaco que estabelece que o “marido é o chefe da família” e do artigo 196 do mesmo diploma legal que lhe concede o direito de escolher o local de residência do casal. O Comitê requereu ao Estado-parte que retire tais dispositivos de seu ordenamento jurídico e que assegure de fato a igualdade entre homens e mulheres.¹⁸¹

¹⁷⁸ Ibid., pág. 138, parágrafo 9º.

¹⁷⁹ Ibid., Comentário Geral No. 28 (artigo 3º – Igualdade de direitos entre o homem e a mulher), pág. 173, parágrafo 25.

¹⁸⁰ Ibid., Recomendação Geral No. 21 (Igualdade no casamento e nas relações familiares), pág. 226, parágrafo 17.

¹⁸¹ Documento da ONU GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 90, parágrafo 9º.

Ao reconhecer a importância da família como unidade social básica, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher manifestou preocupação com relação a Singapura pois “o conceito de valores asiáticos acerca da família, inclusive o fato de o marido ter status legal de chefe da família, pode ser interpretado de forma a perpetuar o papel estereotipado do homem e da mulher na família e consolidar a discriminação contra a Mulher”.¹⁸²

6.4.4 Igualdade de direitos e responsabilidades com relação aos filhos

Com relação aos direitos e responsabilidades conjuntas do homem e da mulher na condição de pais, definidos no artigo 16(1)(d) e (f) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, o Comitê declara que tais direitos deveriam ser “aplicados pela lei e de forma adequada em todos os conceitos jurídicos de tutela, curatela, guarda e adoção. Os Estados-partes devem assegurar que, de acordo com suas leis, ambos pai e mãe, independentemente de seu estado civil e de viverem ou não com os filhos, dividam os mesmos direitos e responsabilidades em relação a seus filhos.”¹⁸³ Declara, ainda, que, apesar de a maioria dos Estados reconhecerem a responsabilidade compartilhada dos pais pelo cuidado, proteção e manutenção de seus filhos, na prática, alguns Estados não observam esse princípio, especialmente nos casos em que os pais não são casados. Como resultado, “os filhos dessas uniões nem sempre gozam do mesmo status daqueles nascidos na constância do casamento e, quando a mãe é divorciada ou está separada de fato, muitos pais deixam de dividir a responsabilidade pelo cuidado, proteção e manutenção de seus filhos.”¹⁸⁴

A Comissão de Direitos Humanos manifestou preocupação acerca da natureza discriminatória do artigo 301 do Código Civil de Mônaco, “que confere ao pai o exercício do pátrio-poder sobre os filhos” e recomendou ao Estado-parte sua revogação.¹⁸⁵

6.4.5 Igualdade de direitos sobre os bens comuns dos cônjuges

Considerando que o artigo 23(4) do Pacto Internacional exige que os Estados-partes, de acordo com a Comissão de Direitos Humanos, assegurem que o regime de bens escolhido para o casamento contenha direitos e responsabilidades iguais para ambos os cônjuges com relação à propriedade e administração dos bens, sejam estes comuns ou de propriedade de um só dos cônjuges “os Estados-partes devem revisar sua legislação para assegurar que mulheres casadas tenham os mesmos direitos com relação à propriedade e à administração desses bens, sempre que isso se fizer necessário”.¹⁸⁶ As mulheres naturalmente também têm os mesmos direitos que os

¹⁸² Documento da ONU GAOR, A/56/38, pág. 54, parágrafo 79.

¹⁸³ Recomendação Geral No. 21 (Igualdade no casamento e nas relações familiares), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 227, parágrafo 20.

¹⁸⁴ *Ibid.*, pág. 227, parágrafo 19.

¹⁸⁵ Documento da ONU GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 90, parágrafo 9.

¹⁸⁶ Comentário Geral No. 28 (artigo 3º – Igualdade de direitos entre o homem e a mulher), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 173, parágrafo 25.

homens de representar os bens do casal perante os tribunais. Nesse sentido, vide o caso *Ato del Avellanal* citado na seção 10 abaixo e no Capítulo 13 deste Manual.

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher ressalta que, nos termos do artigo 16(1)(h) da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, a igualdade de direitos entre os cônjuges com relação aos bens do casal sobrepõe-se e complementa o disposto no artigo 15(2) do mesmo documento, “segundo o qual, os Estados-partes devem reconhecer às mulheres direitos iguais para celebrar e rescindir contratos e para administrar bens” (vide a seção 7 abaixo).¹⁸⁷ Quanto aos bens do casal, “há países que não reconhecem o direito das mulheres de deterem igual participação nos bens com o marido durante o casamento ou união de fato e quando da sua dissolução. Muitos países reconhecem esse direito, mas a capacidade da mulher de exercê-lo na prática pode ser limitada pela jurisprudência ou pelos costumes”.¹⁸⁸

O Comitê ressaltou, também, que “mesmo quando esses direitos legais são conferidos à mulher e os tribunais fazem com que sejam cumpridos, os bens de propriedade da mulher durante o casamento ou na ocasião do divórcio podem ser administrados pelo homem. Em muitos países, incluindo aqueles em que existe o regime da comunhão de bens, inexistente a exigência da outorga uxória quando da venda ou da disposição de qualquer outra forma dos bens adquiridos pelo casal durante o casamento ou a união de fato. Isso limita a capacidade da mulher de exercer controle sobre a disposição dos bens ou renda advinda destes”.¹⁸⁹

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher ressaltou, também, que “em alguns países, quando da partilha dos bens do casal, é dada grande ênfase à participação financeira para a aquisição dos bens durante a constância do casamento, e outras participações, tais como, educação de filhos, cuidados com os parentes idosos e cumprimento dos deveres domésticos são desvalorizadas. Frequentemente, tais atividades de caráter não-financeiro desempenhadas pela esposa permitem ao marido trabalhar, obter renda e aumentar o patrimônio. Contribuições financeiras e não-financeiras devem ser consideradas como tendo o mesmo peso”.¹⁹⁰

O Comitê observa, ainda, que “em muitos países, os bens acumulados durante a união de fato não são tratados pela lei da mesma forma que os havidos durante o casamento. Invariavelmente, se a relação é dissolvida, a companheira recebe um quinhão bem menor do que o recebido por seu parceiro. Leis sobre o direito de propriedade e os costumes que discriminam mulheres casadas e mulheres em união de fato, com ou sem filhos, devem ser revogadas e censuradas”.¹⁹¹

¹⁸⁷ Ibid., Recomendação Geral No. 21 (Igualdade no casamento e nas relações familiares), pág. 228, parágrafo 25.

¹⁸⁸ Ibid., pág. 228, parágrafo 30.

¹⁸⁹ Ibid., págs. 228-229, parágrafo 31.

¹⁹⁰ Ibid., pág. 229, parágrafo 32.

¹⁹¹ Ibid., pág. 229, parágrafo 33.

Por fim, o Comitê salienta que, as mulheres egípcias “que desejam se divorciar por meio da rescisão unilateral de seu contrato de casamento nos termos da Lei No. 1 de 2000 (*khul*) deverão, necessariamente, abrir mão de seus direitos a provisões financeiras, inclusive do dote.” O Comitê recomendou ao governo do Egito uma revisão de sua legislação para eliminar a discriminação financeira contra a mulher.¹⁹²

6.4.6 Igualdade de direito a uma profissão ou uma ocupação

Nos termos do artigo 16(1)(g) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, os Estados-partes devem assegurar “em condições de igualdade entre homens e mulheres” “os mesmos direitos pessoais ao marido e à mulher, inclusive o direito à escolha do sobrenome, uma profissão e uma ocupação”. Conforme declarado pelo Comitê sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, “uma família estável é aquela que está fundada nos princípios da igualdade, da justiça e do cumprimento dos deveres por cada um de seus membros. Cada um dos cônjuges deverá, portanto, ter o direito de escolher uma profissão ou emprego que melhor se adapte às suas capacidades, qualificações e aspirações, conforme determina o artigo 11(a) e (c) da Convenção.”¹⁹³

6.4.7 Mulheres vivendo em união estável

Com relação às mulheres que vivem em união estável, a Comissão de Direitos Humanos declara que “ao dar efeito ao reconhecimento da família no contexto do artigo 23 do Pacto Internacional, é importante reconhecer o conceito das várias formas de entidades familiares, inclusive de homem e mulher não casados e seus filhos, bem como de pais solteiros e seus respectivos filhos, e assegurar a igualdade de tratamento dispensado à mulher nesses contextos.”¹⁹⁴ Sobre o mesmo assunto, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher sustenta que “a forma e o conceito de entidade familiar pode variar de país para país, e mesmo entre regiões dentro de um mesmo país. Seja qual for a forma reconhecida, o sistema jurídico, a religião, os costumes ou tradições daquele país, o tratamento das mulheres na família tanto pela lei quanto de forma privada deverá estar de acordo com os princípios da igualdade e da justiça para todas as pessoas,” conforme dita o artigo 2º da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.¹⁹⁵ Mulheres em união estável “devem ter condições de igualdade com o homem na vida familiar e na divisão dos rendimentos e do patrimônio protegidos por lei. Tais mulheres devem dividir com o homem, em condições de igualdade, os direitos e responsabilidades relativas ao cuidado e à criação de seus filhos ou outros membros dependentes da família.”¹⁹⁶

¹⁹² Documento da ONU GAOR, A/56/38, pág. 35, parágrafos 328 e 329.

¹⁹³ Recomendação Geral No. 21 (Igualdade no casamento e nas relações familiares), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 228, parágrafo 24.

¹⁹⁴ *Ibid.*, Comentário Geral No. 28 (artigo 3º – Igualdade de direitos entre o homem e a mulher), pág. 173, parágrafo 27.

¹⁹⁵ *Ibid.*, Recomendação Geral No. 21 (Igualdade no casamento e nas relações familiares), pág. 226, parágrafo 13.

¹⁹⁶ *Ibid.*, pág. 227, parágrafo 18.

6.4.8 Igualdade de direitos no divórcio

Ao explicar o mecanismo do artigo 23(4) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Comissão de Direitos Humanos observa que os Estados-partes têm obrigação de assegurar “a igualdade de direitos e das responsabilidades com relação à dissolução do casamento, ***o que afasta a possibilidade de renúncia de qualquer desses direitos***. Os critérios para a concessão do divórcio e anulação do casamento devem ser as mesmas para homens e mulheres, assim como as decisões com relação à partilha de bens, alimentos e guarda dos filhos. A determinação da necessidade de manutenção do contato entre os filhos e o pai ou mãe que ficou sem a guarda deles deve ser baseada nos mesmos critérios.”¹⁹⁷

6.4.9 Igualdade de direitos sucessórios entre os cônjuges

De acordo com a Comissão de Direitos Humanos, “as mulheres também devem ter direitos sucessórios iguais aos atribuídos aos homens quando a dissolução do casamento se der pela morte de um dos cônjuges” (sobre Direito de Sucessão em geral, vide a sub-seção 7.2 abaixo).¹⁹⁸

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher ressalta que “existem muitos países nos quais a lei e a prática acerca da herança e do direito de propriedade resulta em sérias discriminações contra as mulheres. Como resultado deste tratamento desigual, as viúvas e filhas podem vir a receber, quando da partilha dos bens deixados pelo marido ou pai, menor quota hereditária ou quinhão do que o que caberia ao viúvo ou aos filhos. Em alguns casos, são concedidos direitos limitados e controlados às mulheres, e estas recebem renda somente dos bens do marido falecido. Normalmente os direitos hereditários das viúvas não refletem o princípio da igualdade de direitos sobre os bens havidos na constância do casamento. Tais dispositivos legais são contrários à Convenção e por isso devem ser revogados.”¹⁹⁹

O Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais manifestou preocupação com a existência “de padrões persistentes de discriminação contra a mulher” na legislação do Marrocos, “principalmente na legislação sobre estado civil, no Direito de Família e de Sucessões”.²⁰⁰

¹⁹⁷ Ibid., Comentário Geral No. 28 (artigo 3º – Igualdade de direitos entre o homem e a mulher), pág. 173, parágrafo 26; grifos nossos.

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ Ibid., Recomendação Geral No. 21 (Igualdade no casamento e nas relações familiares), pág. 229, parágrafo 35.

²⁰⁰ Documento da ONU E/2001/22 (E/C.12/2000/21), pág. 84, parágrafo 527.

Mulheres e homens têm direitos iguais com relação ao casamento, durante este e na sua dissolução. Em outras palavras, eles têm os mesmos direitos e responsabilidades em todas as questões decorrentes de seu relacionamento, tais como escolha da residência, gestão dos recursos, administração dos bens e cuidado com os filhos.

As mulheres casadas têm os mesmos direitos do cônjuge varão de escolher e exercer uma profissão ou ocupação, que seja adequada às suas capacidades.

O Direito Internacional reconhece várias formas de unidade familiar, incluindo aquelas formadas por homem e mulher não casados legalmente. Mulheres que vivem em união estável devem ter os mesmos direitos que os homens, tanto na vida familiar quanto na divisão de bens e de renda, sendo que esses direitos devem ser protegidos por lei.

De acordo com o Direito Internacional, mulheres e homens têm os mesmos direitos com relação ao divórcio. A renúncia desses direitos é proibida pelo Direito Internacional.

As mulheres têm os mesmos direitos sucessórios quando da dissolução do casamento por morte do cônjuge.

7. Igualdade de direitos com relação à capacidade civil

7.1 Igualdade de direitos na administração dos bens e com relação a contratos

Conforme observado no início deste capítulo, as mulheres têm direito à personalidade jurídica em igualdade de condições com os homens. Obviamente, esta personalidade jurídica não só abrange os assuntos familiares, mas se estende às questões civis em geral, conforme está implícito no artigo 16 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que garante o direito à personalidade jurídica. O artigo 15(2) e (3) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher estabelece que:

“(2) Os Estados-partes reconhecem às mulheres, em matéria civil, capacidade jurídica idêntica a dos homens, e as mesmas possibilidades de exercício desta. Reconhecem-lhes, em particular, direitos iguais no que respeita à celebração de contratos e à administração dos bens e concedem-lhes o mesmo tratamento em todos os estágios do processo judicial.

(3) Os Estados-partes acordam que qualquer contrato e qualquer outro instrumento privado, seja de que tipo for, que vise limitar a capacidade jurídica da mulher, deve ser considerado nulo.”

Na interpretação dos dispositivos legais acima, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher afirma que “quando uma mulher é impedida de celebrar qualquer contrato ou de ter acesso a crédito financeiro ou, ainda, se somente puder obtê-lo mediante o consentimento ou garantia do marido ou de parente do sexo masculino, sua capacidade civil é negada. Qualquer uma das restrições acima impede que mulher detenha bens na condição de única proprietária e impossibilita-lhe de administrar legalmente seus próprios negócios ou de celebrar qualquer outro contrato. Tais restrições limitam seriamente sua capacidade de sustentar a si ou a seus dependentes.”²⁰¹

O Comitê recomendou insistentemente que a Jordânia revogasse uma lei que impede mulheres de celebrar contratos em seu próprio nome, tendo em vista que tal proibição não está de acordo com o *status* jurídico da mulher conferido pela Constituição daquele país e pela Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.²⁰² No caso da República Democrática do Congo, o mesmo Comitê demonstrou preocupação “com a discriminação de fato e de direito contra a mulher no tocante a seu direito ao trabalho, particularmente quanto a exigência de apresentação de autorização marital para o trabalho remunerado e a redução dos salários durante a licença à maternidade”. Tais previsões legais devem ser alteradas para se tornarem consistentes com o artigo 11 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.²⁰³ Com relação à situação em Burkina Fasso, o aludido Comitê estava preocupado com o fato de que “apesar de a lei de reforma agrária estabelecer igualdade entre homens e mulheres com relação à terra, o preconceito e os direitos costumeiros (baseados nos usos e costumes) estão, mais uma vez, impedindo a efetiva aplicação daquela lei.” Assim, o Comitê recomendou ao Estado-parte que “incentive os serviços relevantes a levarem em consideração os direitos da mulher à propriedade, e a fornecer-lhe o crédito necessário”.²⁰⁴

²⁰¹ Recomendação Geral No. 21 (Igualdade no casamento e nas relações familiares), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 224, parágrafo 7º.

²⁰² Documento da ONU GAOR, A/55/38, pág. 19, parágrafos 172 e 173.

²⁰³ *Ibid.*, pág. 24, parágrafos 225 e 226.

²⁰⁴ *Ibid.*, pág. 28, parágrafos 277 e 278.

Quanto à questão da capacidade civil, a Comissão de Direitos Humanos declara que o direito de cada indivíduo, previsto no artigo 16 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, “de ser reconhecido como pessoa perante a lei é especialmente pertinente às mulheres, que geralmente o vêem restringido em decorrência do sexo ou estado civil”. No entendimento da Comissão, “este direito indica que a capacidade de a mulher ser proprietária de bens, celebrar contratos ou, ainda, exercer outros direitos civis não pode ser restringido em decorrência do estado civil ou de qualquer outro motivo discriminatório.”²⁰⁵ A Comissão estava, portanto, bastante preocupada que tanto o direito baseado na jurisprudência quanto nos usos e costumes em Lesoto permitiam a discriminação contra a mulher equiparando-a a menores incapazes”. Enfatizou, com preocupação, “que de acordo com o direito costumeiro, os direitos da mulher à herança e à propriedade são drasticamente restringidos e, no direito baseado em jurisprudência, é vedada às mulheres a celebração de contratos, abertura de conta bancárias, obtenção de financiamentos ou a solicitação de passaporte sem a autorização de seu marido”. O Comitê, assim, recomendou ao Estado-parte que “tome as medidas necessárias para revogar ou alterar tais leis discriminatórias e erradicar essas práticas que violam os artigos 3º e 26 do Pacto.”²⁰⁶

O Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estava “profundamente preocupado com o governo da República dos Camarões que ainda não iniciou o processo de reforma legislativa necessário para revogar normas que mantêm o status de inferioridade da mulher com relação ao homem, principalmente, os aspectos dos Códigos Civil e Comercial relacionados, entre outras coisas, ao direito de propriedade e às leis relativas ao crédito e falência, que restringem o acesso das mulheres aos meios de produção”. Sob o ponto de vista do Comitê, esses Códigos estão “em flagrante violação às normas do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e são contraditórios com a recém-alterada Constituição da República dos Camarões que assegura a igualdade de direitos a todos os cidadãos.” O Comitê recomendou, portanto, que o Estado-parte revogue todas as disposições dos Códigos Civil e Comercial que discriminem as mulheres.²⁰⁷

7.2 Igualdade de direitos sucessórios

Em decorrência do direito de igualdade perante a lei, as mulheres devem ter os mesmos direitos à herança que os homens. Conforme já mencionado, de acordo com o artigo 16(1)(h) da Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, interpretado à luz do artigo 15(1), “qualquer norma ou costume que conceda ao homem o direito a uma parte maior na divisão de bens, quando da dissolução do casamento ou da união de fato, ou ainda na morte de parentes, é discriminatória e terá grave impacto na capacidade civil da mulher de obter o divórcio, de se sustentar, e de viver com dignidade como uma pessoa independente.”²⁰⁸ “Todos

²⁰⁵ Comentário Geral No. 28 (artigo 3º – Igualdade de direitos entre o homem e a mulher), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 171, parágrafo 19.

²⁰⁶ Documento da ONU GAOR, A/54/40 (vol. I), pág. 52, parágrafo 253.

²⁰⁷ Documento da ONU E/2000/22 (E/C.12/1999/11), pág. 58, parágrafo 327, e pág. 60, parágrafo 346.

²⁰⁸ Recomendação Geral No. 21 (Igualdade no casamento e nas relações familiares), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 228, parágrafo 28.

esses direitos”, inclusive o direito de herdar em igual proporção, “devem ser garantidos, independentemente do estado civil da mulher.”²⁰⁹

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher manifestou preocupação quanto ao fato de que na Índia “a prática de servidão por dívida e a renúncia aos dos direitos hereditários sobre bens imóveis resultam na maciça exploração do trabalho da mulher e no seu empobrecimento.” O Comitê recomendou ao governo que “revise as leis sucessórias urgentemente e que assegure à mulher do campo o acesso à terra e ao crédito.”²¹⁰ O Comitê também estava preocupado com o fato de “que a falta de registro dos casamentos pode ... prejudicar a herança da mulher”.²¹¹

A Comissão de Direitos Humanos declarou que o Gabão “deverá rever sua legislação e costumes para assegurar às mulheres os mesmos direitos que os homens, inclusive direitos à propriedade e à herança,” e que “não haja, no direito costumeiro, discriminações em questões como casamento, divórcio e herança”.²¹² O Comitê também manifestou preocupação acerca da persistente desigualdade entre mulheres e homens na República Árabe da Líbia, “nas diversas áreas do direito, como no direito sucessório” e recomendou ao Estado-parte que “intensifique seus esforços para garantir igualdade entre homens e mulheres no pleno gozo dos direitos humanos”.²¹³

O Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais manifestou preocupação com o fato de que, sob as leis de sucessão da Tunísia, “as mulheres têm o direito de receber apenas metade da herança cabível aos homens”, e recomendou “que todos os homens, mulheres e crianças de ambos os sexos devem poder gozar do direito à herança em igualdade de condições”.²¹⁴

A mulheres tem direito à mesma capacidade civil que o homem. Isto significa, por exemplo, que à mulher devem ser assegurados, em igualdade de condições, os direitos de ser proprietária e administrar bens, de celebrar contratos e obter crédito, e, ainda, elas devem ser autorizadas a trabalhar sem a necessidade da permissão do marido ou outro parente.

O direito à igualdade em termos de capacidade civil também significa que a mulher tem direito a herdar em condições de plena igualdade com o homem.

²⁰⁹ Ibid., pág. 228, parágrafo 29.

²¹⁰ Documento da ONU GAOR, A/55/38, pág. 12, parágrafos 82 a 84.

²¹¹ Ibid., pág. 10, parágrafo 62.

²¹² Documento da ONU GAOR, A/56/40 (vol. I), págs. 42 e 43, parágrafo 9º.

²¹³ Documento da ONU GAOR, A/54/40 (vol. I), págs. 35, parágrafo 137.

²¹⁴ Documento da ONU E/2000/22 (E/C.12/1999/11), págs. 37 e 38, parágrafo 165, e pág. 39, parágrafo 173.

Usos e costumes não podem prejudicar o exercício desses direitos de forma eficaz.

8. Igualdade de direitos na condução de assuntos públicos, inclusive em eleições

8.1 Dispositivos relevantes

O artigo 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece que “todo cidadão terá o direito e a possibilidade de, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º, e sem restrições infundadas:

- (a) participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
- (b) votar e de ser eleito em eleições periódicas autênticas realizadas por sufrágio universal e igualitário, e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores; e
- (c) ter acesso em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

O artigo 7º da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher determina que:

“Os Estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres na vida política e pública do país e, em particular, para assegurar-lhes, em condições de igualdade com os homens, o direito de:

- (a) votar em todas as eleições e em todos os referendos públicos, e ser elegíveis para todos os cargos públicos;
- (b) tomar parte na formulação da política do Estado e na sua execução, ocupar postos públicos e exercer todos os tipos de funções públicas, em todos os níveis do governo;
- (c) participar nas organizações e associações não governamentais que se ocupem da vida pública e política do país.”

Já o artigo 8º do mesmo diploma legal estabelece que:

“Os Estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas para que as mulheres, em condições de igualdade com os homens, e sem nenhuma discriminação, representem o seu governo em nível internacional e participem dos trabalhos das organizações internacionais.”

Outro tratado internacional sobre este assunto é a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1953, e em vigor desde 7 de julho de 1954. Apesar da sua pouca extensão, o documento regulamenta os seguintes direitos, que devem ser assegurados às mulheres, “em igualdade de condições com o homem e sem qualquer discriminação”:

- o direito de voto em todas as eleições (art. 1º);
- o direito de ser elegível para todos os cargos públicos de eleição, estabelecido pela legislação nacional (art. 2º); e
- o direito de ocupar todos os postos públicos e de exercer todas as funções públicas (art. 3º).

Em nível regional, o artigo 23 da Convenção Americana de Direito Humanos garante os direitos de, em condições de igualdade, participar na vida pública, votar e ser eleita em “eleições periódicas autênticas”. Embora o direito de votar e ser eleita não conste expressamente do artigo 13 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, ali está reconhecido o direito de participar livremente da condução dos assuntos políticos de um país, “seja diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos, conforme previsto em lei”. Esse mesmo dispositivo legal também estabelece o direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do país. De acordo com o artigo 3º do Protocolo No. 1 à Convenção Européia dos Direitos do Homem, “as Partes Contratantes obrigam-se a organizar, com intervalos razoáveis, eleições livres, por voto secreto, em condições que assegurem a liberdade de expressão do povo na escolha dos membros do poder legislativo.” O artigo 14 da Convenção Européia determina que o exercício desse direito seja assegurado sem qualquer discriminação entre homens e mulheres.

Evidentemente, portanto, o direito da mulher de participar da condução de assuntos públicos, inclusive o direito de votar e ser eleita, está firmemente enraizado nas normas internacionais de direitos humanos. No entanto, este importante direito não pode ser discutido em detalhes neste contexto, que está limitado à breve descrição de suas características principais.²¹⁵

²¹⁵Para maiores detalhes sobre a interpretação do artigo 25 da Convenção Internacional, vide o Comentário Geral No. 25 (artigo 25), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, págs. 157 a 162. Sobre os artigos 7º e 8º da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, vide a Recomendação Geral No. 23 (Vida política e pública), págs. 233 a 244.

8.2 A interpretação do artigo 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos

Conforme salientado pela Comissão de Direitos Humanos, “o artigo 25 encontra-se no âmago do governo democrático, fundado no consentimento das pessoas e na conformidade com os princípios do Pacto” e deverá ser garantido, sem discriminação entre homens e mulheres.²¹⁶ Assim sendo, as mulheres deverão gozar dos seguintes direitos em condições de igualdade com os homens, entre outros:

- o direito de exercer poder político, principalmente, nas esferas do poder legislativo, executivo e administrativo. Este direito envolve todas as esferas da administração – local, regional, nacional e internacional – e pode ser exercido, por exemplo, na qualidade de membro do poder legislativo ou pelo exercício da função de administrador;²¹⁷
- o direito de participar de debates públicos e de diálogos com seus representantes ou, ainda, por meio de sua capacidade de associação. “Esta participação é alcançada garantindo-se a liberdade de expressão, de reunião e de associação;”²¹⁸
- o direito de votar e de ser eleita. “Eleições periódicas genuínas ... são fundamentais para garantir a responsabilidade dos representantes dos poderes legislativo e executivo no exercício de suas funções públicas;”²¹⁹
- o direito à liberdade de expressão, de reunião e associação, que são condições essenciais para o efetivo exercício do direito de votar, que deverá ser totalmente protegido;²²⁰ e
- “o direito ... de acesso, em igualdade de condições, a cargos públicos. Para assegurar o acesso a cargos públicos em igualdade de condições, os critérios e procedimentos adotados para nomeação, promoção, suspensão e exoneração devem ser objetivos e justos”²²¹

Com base na sua extensa experiência, a Comissão de Direitos Humanos entendeu que “o direito de participar da condução de assuntos públicos não é totalmente aplicado em todos os locais em condições de igualdade. Os Estados-partes deverão assegurar que a lei garanta às mulheres os direitos contidos no artigo 25, em condições de igualdade com os homens, e que deverão adotar medidas positivas e apropriadas para promover e assegurar a participação da mulher na condução de assuntos públicos e em cargos administrativos. As medidas efetivas

²¹⁶Ibid., Comentário Geral No. 25 (artigo 25), pág. 157, parágrafos 1º e 3º.

²¹⁷Ibid., págs. 157 a 158, parágrafos 5º e 6º.

²¹⁸Ibid., pág. 158, parágrafo 8º.

²¹⁹Ibid., pág. 158, parágrafo 9º.

²²⁰Ibid., pág. 159, parágrafo 12.

²²¹Ibid., pág. 161, parágrafo 23.

tomadas pelos Estados-partes, para garantir que todos os eleitores possam exercer o direito de voto, não podem ser discriminatórias em razão do sexo.”²²²

Mesmo reconhecendo que houve certo progresso na conquista da igualdade para as mulheres na vida pública e política da Croácia, a Comissão de Direitos Humanos continuou preocupada pois “a representação das mulheres no Parlamento e em postos públicos elevados, inclusive no Poder Judiciário, ainda continua baixa”. A Comissão exigiu, então, que o Estado-partes fizesse todo e qualquer esforço para aumentar a representatividade das mulheres no setor público, se necessário, por meio de medidas positivas adequadas para dar efeito às suas obrigações contidas nos artigos 3º e 26 do Pacto Internacional.²²³ Recomendação semelhante foi feita a República Tcheca, tendo em vista a pouco significativa participação das mulheres na vida política, bem como a inadequação de sua representatividade em postos mais altos da administração no país.²²⁴

8.3 Interpretação dos artigos 7º e 8º da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

O Comitê sobre Eliminação da Discriminação contra a Mulher emitiu seu parecer sobre a interpretação dos artigos 7º e 8º da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher na Recomendação Geral No. 23 sobre a “vida política e pública”. Com relação à obrigação de os Estados-partes tomarem todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres na vida pública e política prevista no artigo 7º, o Comitê declara que esta obrigação:

“estende-se “a todas as áreas da vida pública e política e não está limitada àquelas áreas especificadas nos sub-parágrafos (a), (b) e (c). A vida pública e política de um país é um conceito amplo. Refere-se ao exercício do poder político, em especial, o exercício dos poderes legislativo, judiciário, executivo e administrativo. O termo alcança todos os aspectos da administração pública e da formulação e implementação da política em nível internacional, nacional, regional e local. O conceito também engloba muitos aspectos da sociedade civil, inclusive diretorias públicas e conselhos locais, e atividades de organizações, tais como partidos políticos, sindicatos, associações profissionais e de indústria, organizações de mulheres, comunitárias e outras com relação à vida pública e política.”²²⁵

O Comitê declara, ainda, que:

²²² Ibid., Comentário Geral No. 28 (Artigo 3º – Igualdade de direitos entre homem e mulher), págs. 173 e 174, parágrafo 29.

²²³ Documento da ONU GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 69, parágrafo 21.

²²⁴ Ibid., pág. 86, parágrafo 12. Vide preocupação similar com relação a Romênia no Documento da ONU, GAOR, A/54/40 (vol. I), pág. 69, parágrafo 366.

²²⁵ Recomendação Geral No. 23 (Vida política e pública), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 234, parágrafo 5º.

“para ser efetiva, esta igualdade deve ser alcançada dentro da estrutura de um sistema político no qual cada cidadão goze do direito de votar e ser eleito em eleições periódicas genuínas realizadas por sufrágio universal e por voto secreto, de forma que garantam a livre manifestação da vontade dos eleitores, conforme previsto nos instrumentos internacionais de direitos humanos, tais como ... o artigo 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.”²²⁶

O direito de votar e de ser eleito, em igualdade de condições com os homens, deve ser desfrutado de fato e de direito. No entanto, na experiência do Comitê, em vários países as mulheres “continuam enfrentando dificuldades para exercer este direito” devido a fatores como sua carga de trabalho dobrada, limitações financeiras, “tradições e estereótipos sociais e culturais”, influência masculina ou controle sobre seus votos (práticas que “devem ser evitadas”) e restrições ao seu direito de circular.²²⁷

Com relação ao direito de participar da formulação das políticas governamentais, conforme estabelecido pelo artigo 7º(b) os Estados-partes obrigam-se a:

- “assegurar que as mulheres tenham o direito de participar e ser integralmente representadas na formulação da política governamental de todos os setores e em todos os níveis”;
- “sempre que estiver dentro de seu controle, nomear mulheres para cargos de decisão e, naturalmente, consultar e incorporar os conselhos de grupos que sejam amplamente representativos dos interesses e pontos de vista das mulheres”;
- “assegurar que barreiras à plena participação das mulheres na formulação da política governamental sejam identificadas e superadas”.²²⁸

No tocante ao direito de ocupar cargos executivos e de exercer todas as funções públicas, o que também é garantido pelo artigo 7º(b) da Convenção, “a análise dos relatórios apresentados pelos Estados-partes demonstram”, de acordo com o Comitê, “que as mulheres são excluídas das posições de chefia em ministérios, em serviços civis e na administração pública, no Judiciário e nas procuradorias”.²²⁹ Em alguns casos, a lei também “impede as mulheres de exercerem poderes reais, de atuar como juízas em tribunais tradicionais e religiosos com jurisdição em nome do Estado ou, ainda, de plenamente participarem das Forças Armadas. Esses dispositivos são discriminatórios contra as mulheres ... e violam os princípios da Convenção.”²³⁰

Quanto ao artigo 8º da Convenção, “os governos são obrigados a assegurar a presença de mulheres em todos os níveis e em todas as áreas das relações internacionais, [tais como] questões econômicas ou militares, diplomacia multilateral e bilateral, e delegações oficiais para

²²⁶ Ibid., pág. 234, parágrafo 6º .

²²⁷ Ibid., pág. 237, parágrafos 18 a 20.

²²⁸ Ibid., pág. 238, parágrafos 25 a 27.

²²⁹ Ibid., pág. 239, parágrafo 30.

²³⁰ Ibid., pág. 239, parágrafo 31.

conferências internacionais ou regionais”. Na experiência do Comitê “está evidente que as mulheres estão flagrantemente sub-representadas nos serviços diplomáticos e de relações exteriores na maior parte dos governos, principalmente nas posições mais elevadas” e que muitas missões permanentes de organizações internacionais não incluem nenhuma mulher entre seus diplomatas e muito poucas ocupam cargos mais elevados.²³¹ Ainda, “os Estados-partes estão sob a obrigação de tomar as medidas necessárias, inclusive a promulgação de legislação apropriada” para cumprir com o previsto nos artigos 7º e 8º da Convenção.²³²

Com relação à situação na Índia, o Comitê manifestou preocupação sobre “o baixo índice de participação de mulheres qualificadas na esfera administrativa e no Judiciário, inclusive nas Varas de Família e Sucessões e nos *lok adalats* ou Tribunais de Conciliação”.²³³ Com relação às Maldivas, o Comitê estava preocupado com o fato de “que a aplicação das limitações contidas no artigo 7º(a) quanto à questão da participação política contribui para a manutenção de dispositivos legais que excluem as mulheres dos cargos de Presidente e Vice-Presidente do país”.²³⁴

A mulher tem direito de, em igualdade de condições com o homem, participar da condução de assuntos públicos de seu país, podendo exercer tal direito tanto diretamente, quanto por meio de representantes livremente escolhidos.

A mulher tem o direito de, em igualdade de condições com o homem, votar e ser votada em todas as eleições e referendos.

A mulher tem os mesmos direitos que o homem de ocupar cargos públicos e de exercer funções públicas em todos os níveis.

A mulher tem o mesmo direito que o homem de participar na formulação e implementação da política governamental.

A mulher tem o direito de, em condições de igualdade com o homem, participar de debates públicos, seja por conta própria ou por meio de uma diversidade de organizações, um direito que pressupõe, também, o gozo efetivo do direito à liberdade de expressão, reunião e associação. Os Estados deverão garantir que a mulher tenha as mesmas oportunidades que o homem de representar seu governo em nível internacional.

O direito à igualdade de participação na vida pública e política do país é a base de sustentação de uma sociedade democrática fundada no respeito à liberdade de expressão das pessoas.

²³¹ Ibid., pág. 240, parágrafos 35 a 37.

²³² Ibid., pág. 241, parágrafos 41 e 42.

²³³ Documento da ONU GAOR, A/55/38, pág. 12, parágrafo 80.

²³⁴ Documento da ONU GAOR, A/56/38, pág. 17, parágrafo 130

9. Direito de gozo de outros direitos humanos em condições de igualdade com os homens

O direito das mulheres de gozar dos direitos humanos em condições de igualdade com os homens não se limita aos direitos acima mencionados, **mas engloba todo o espectro de direitos humanos e liberdades fundamentais assegurados internacionalmente.** Isto significa que todos os direitos, sejam civis, políticos, econômicos, sociais ou culturais, deverão ser assegurados às mulheres, em condições de igualdade com os homens. Conforme explicado no Capítulo 14 deste Manual, esses direitos estão todos intrinsecamente ligados e são interdependentes e, portanto, dependem uns dos outros para sua completa implementação. Conclui-se, então, que **nem os direitos da mulher, nem seu potencial como elemento positivo na construção de um mundo seguro, pacífico e próspero podem ser assegurados de forma adequada sem uma aproximação holística tanto dos direitos e das liberdades a que tem direito, quanto do papel que tem legítimo interesse em cumprir, em nível local, regional, nacional e internacional.**

Além dos direitos já tratados, segue, abaixo uma lista de outros direitos também de grande interesse para as mulheres. No entanto, esta lista não é exaustiva. Não inclui, por exemplo, o direito da mulher de usufruir, em igualdade de condições, dos direitos econômicos, sociais e culturais protegidos pelo Direito Humanitário Internacional, como, por exemplo, o direito a igualdade no campo do emprego, com igualdade de salários para trabalhos iguais, e o direito a igualdade no acesso aos cuidados com a saúde, que é de fundamental importância para o desenvolvimento das meninas. Para mais informações sobre o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais pelas mulheres, vide as recomendações relevantes feitas pelo Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, e o trabalho conduzido pela Organização Internacional do Trabalho.

Esta seção abordará apenas o gozo, em condições de igualdade, dos direitos de circular livremente, de escolher residência e domicílio, à privacidade, à liberdade de pensamento, crença, religião, opinião, expressão, associação e reunião, e, por fim, o direito à educação.

9.1 Direito de circular livremente e de escolher residência

O direito de liberdade de movimento e residência, em condições de igualdade, é assegurado pelos artigos 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 15(4) da Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 12 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, 22 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e pelo artigo 2º do Protocolo No. 4 à Convenção Européia dos Direitos do Homem. O exercício desse direito pode, em princípio, ser restringido por determinados motivos, tais como

aqueles descritos nos artigos 12(3) do Pacto Internacional, 22(3) da Convenção Americana e 2º(3) do Protocolo No. 4 à Convenção Europeia.

De acordo com a Comissão de Direitos Humanos, os Estados-partes deverão assegurar “que os direitos previstos no artigo 12 sejam protegidos não apenas das intervenções públicas, como também das privadas. No caso das mulheres, essa obrigação é particularmente pertinente. Por exemplo, é incompatível com o artigo 12, parágrafo 1º, que o direito da mulher de circular livremente e de escolher sua residência esteja sujeito, em decorrência de lei ou costumes, à decisão de outra pessoa, inclusive parentes.”²³⁵ Isto se aplica tanto às mulheres casadas quanto às filhas adultas, que não precisam de qualquer tipo de consentimento de seus cônjuges, pais, ou, ainda, de qualquer outra pessoa, para viajar livremente ou para obter passaporte ou qualquer outro documento de viagem emitido em seu nome. Qualquer dessas exigências, previstas em lei ou não, seriam incompatíveis com o artigo 12(3) do Pacto.²³⁶ Ao analisar os relatórios encaminhados pelos Estados-partes, em várias ocasiões “o Comitê deparou-se com medidas impedindo as mulheres de circular livremente, ou de deixar o país sem estar acompanhada por uma pessoa do sexo masculino ou munida de seu consentimento, constituindo violação ao artigo 12.”²³⁷ Mais precisamente, o Comitê manifestou preocupação, por exemplo, acerca da desigualdade de direitos entre homens e mulheres quanto à liberdade de circulação na República Árabe da Líbia e solicitou ao governo que intensificasse seus esforços para assegurar a plena igualdade de direitos entre homens e mulheres nesta e em outras áreas.²³⁸

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher enfatizou com preocupação “que as leis da Jordânia proíbem mulheres ... de viajar desacompanhadas e de escolher o local de sua residência,” sendo tais restrições, em sua opinião, inconsistentes com a situação jurídica das mulheres garantida tanto pela Constituição daquele país, e quanto pela Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher.²³⁹

A mulher tem o direito à liberdade de circulação e de residência, em condições de igualdade com o homem.

Ninguém tem o direito de proibir uma mulher adulta de viajar ou de escolher sua residência.

Nenhum costume ou tradição pode justificar uma restrição a esse direito.

²³⁵ Comentário Geral No. 27 (artigo 12 – Liberdade de movimento), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 164, parágrafo 6º.

²³⁶ Ibid., Comentário Geral No. 28 (artigo 3º – Igualdade de direitos entre o homem e a mulher), págs. 170-171, parágrafo 16.

²³⁷ Ibid., Comentário Geral No. 27 (artigo 12 – Liberdade de movimento), pág. 166, parágrafo 18.

²³⁸ Documento da ONU GAOR, A/54/40 (vol. I), pág. 35, parágrafo 137.

²³⁹ Documento da ONU GAOR, A/55/38, pág. 19, parágrafo 172.

9.2 Direito à privacidade

O direito ao respeito pela vida privada é protegido pelos artigos 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 11(2) da Convenção Americana de Direitos Humanos, e 8º da Convenção Européia dos Direitos do Homem.

Um exemplo de intervenção fundada no sexo no direito das mulheres ao respeito à privacidade é “o fato de a vida sexual da mulher ser levada em consideração ao se decidir sobre a extensão de seus direitos e de sua proteção jurídica, inclusive a proteção contra o estupro. Outra área na qual alguns Estados-partes podem deixar de respeitar o direito de privacidade da mulher diz respeito a sua função reprodutiva, como, por exemplo, a obrigatoriedade de autorização marital para decidir com relação à sua esterilização, a imposição de pré-requisitos para a esterilização da mulher, tais como, ter determinado número de filhos, estar com determinada idade, ou quando o governo impõe aos médicos e demais profissionais do setor de saúde o dever legal de informar os casos de mulheres que fizeram aborto.”²⁴⁰

Conforme visto na sub-seção 4.3.3 acima, o direito da mulher ao respeito a sua privacidade exige dos Estados, entre outras coisas, que adotem medidas efetivas como, por exemplo, estabelecer a possibilidade de mover processos criminais contra os perpetradores de atos de violência sexual.

A mulher tem o direito de gozar do respeito à sua privacidade nas mesmas condições que o homem. Este direito deverá ser efetivamente garantido.

A vida reprodutiva de uma mulher é parte integrante de sua privacidade, e cabe a ela a decisão final sobre a mesma.

9.3 Liberdade de pensamento, consciência, crença, religião, opinião, expressão, associação e reunião

As liberdades de pensamento, consciência, crença, religião, opinião, expressão, associação e reunião são os pilares de uma sociedade democrática e estão asseguradas pelos artigos 18, 19, 21 e 22 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigos 8 a 11 da Carta Africana de Direitos Humanos, artigos 12, 13, 15 e 16 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e pelos artigos 9 a 11 da Convenção Européia dos Direitos do Homem.

²⁴⁰ Comentário Geral No. 28 (artigo 3 – Igualdade de direitos entre o homem e a mulher), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 171, parágrafo 20.

De acordo com a Comissão de Direitos Humanos, os Estados signatários do Pacto Internacional devem tomar as medidas necessárias para assegurar que as liberdades de pensamento, consciência e religião, e a liberdade de adotar à sua escolha uma religião ou crença, inclusive a liberdade de trocar e de expressar essa religião ou crença, sejam “garantidas e protegidas de fato e de direito, tanto para o homem quanto para a mulher em bases iguais e sem discriminação”. Essas liberdades, que são protegidas pelo artigo 18 do Pacto, “não deverão estar sujeitas a nenhuma restrição além das autorizadas pelo Pacto e não deverão ser restringidas por, entre outras coisas, regras que exijam a permissão de terceiros ou a intervenção de pais, maridos, irmãos ou outros. O artigo 18 não pode ser utilizado para justificar a discriminação contra mulheres com relação à liberdade de pensamento, consciência e religião.”²⁴¹

Conforme já visto na seção 8 acima, as liberdades de expressão, reunião e associação são de fundamental importância para que a mulher possa participar ativamente da vida pública, em igualdade de condições com o homem. Tais liberdades deverão ser asseguradas de forma eficaz e igual a homens e mulheres. Restrições ao exercício dessas liberdades não deverão discriminar as mulheres.

Para informações sobre a interpretação substantiva dessas liberdades vide o Capítulo 12 deste Manual.

A mulher tem o direito de exercer as liberdades de pensamento, consciência, crença, religião, opinião, expressão, associação e reunião, em condições de igualdade com o homem. É vedada qualquer interferência ou intervenção ao livre exercício desses direitos .

Restrições ao exercício desses direitos de liberdade deverão respeitar as condições estabelecidas no Direito Humanitário Internacional. Tais restrições não deverão ser discriminatórias.

9.4 Direito à educação

O direito à educação é garantido pelo artigo 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigo 10 da Convenção Internacional para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, artigo 17 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, e artigo 13 do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos na Esfera de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. De acordo com esses tratados, o direito à educação deverá ser garantido igualmente para homens e mulheres. Ademais, a Convenção da UNESCO de 1960 contra a Discriminação na Educação, que entrou em vigor em 22 de maio de

²⁴¹ Ibid., pág. 172, parágrafo 21

1962, objetiva a eliminação da discriminação em geral, inclusive a discriminação fundada no sexo no campo da educação.

O Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais observou com preocupação “que apesar dos progressos do Egito no campo da educação, persistem a desigualdade entre meninos e meninas ao acesso à educação, as altas taxas de evasão escolar para meninos e de analfabetismo entre os adultos, principalmente mulheres”. E recomendou ao governo local que adote medidas com relação aos fatores econômicos, sociais e culturais que são a causa desses problemas.²⁴² O Comitê também demonstrou preocupação com a situação no Quirguistão, onde crianças estavam abandonando as escolas para ajudar no sustento da família. A situação das meninas era ainda mais alarmante, já que “seu acesso à educação estava sendo restringido pela volta da tradição de se casarem muito novas e pela redução do prestígio por terem uma educação formal.”²⁴³

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial demonstrou preocupação com o fato de que “crianças nascidas de mães egípcias e pais estrangeiros enfrentam discriminação no campo da educação.”²⁴⁴

A Comissão de Direitos Humanos considerou preocupante a situação de Zâmbia, onde, “apesar de alguns avanços, [as mulheres] continuam sendo de fato e de direito objeto de discriminação, principalmente quanto à educação.” A Comissão então recomendou que o Estado-parte reveja suas leis de forma a assegurar “plena igualdade de fato e de direito entre homens e mulheres em todos os aspectos das relações sociais e econômicas”.²⁴⁵

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher manifestou preocupação sobre “restrições à admissão de mulheres em certos cursos de nível superior” em Mianmar, o que infringe o artigo 10(b) e (c) da Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. E solicitou insistentemente ao governo daquele país que “modifique as políticas de admissões restritivas, observando que as próprias mulheres devem ter o direito de decidir que matéria desejam estudar e que profissão desejam seguir”.²⁴⁶ Apesar dos esforços do governo da República dos Camarões na área da educação, o Comitê continua preocupado “com o baixo índice de alfabetização entre as mulheres, a alta taxa de evasão escolar de meninas e o baixo volume de matrículas dessas no ensino fundamental”. O Comitê incentivou o governo a “intensificar seus esforços para promover o acesso das mulheres ao ensino

²⁴² Documento da ONU E/2001/22 (E/C.12/2000/21), pág. 41, parágrafo 166, e pág. 43, parágrafo 182.

²⁴³ *Ibid.*, pág. 64, parágrafo 351.

²⁴⁴ Documento da ONU GAOR, A/56/18, pág. 52, parágrafo 288.

²⁴⁵ Documento da ONU GAOR, A/51/40, pág. 40, parágrafo 195, e pág. 41, parágrafo 207.

²⁴⁶ Documento da ONU GAOR, A/55/38, pág. 15, parágrafos 125 e 126.

fundamental e intermediário, e a criar programas especialmente voltados à redução do analfabetismo entre as mulheres”.²⁴⁷ O Comitê também demonstrou preocupação com predomínio do analfabetismo entre as mulheres no Burundi e o baixo nível de escolaridade das meninas, principalmente na zona rural. Observou que “a educação é a chave para o fortalecimento social das mulheres e que sua falta é um dos mais graves obstáculos para o desenvolvimento nacional.”²⁴⁸ Assim, o Comitê solicitou insistentemente ao governo do Burundi que “continue seus esforços para aumentar o acesso de meninas a todos os níveis do sistema educacional e para evitar que elas abandonem os estudos”.²⁴⁹

Meninas e mulheres têm o mesmo direito de acesso à educação que os meninos e homens, seja esta primária, secundária ou de nível superior. De acordo com o Direito Humanitário Internacional, as mulheres têm o direito de escolher sua área de estudo e a profissão a ser seguida. É vedada qualquer restrição ao acesso à educação superior. A educação é essencial para assegurar às mulheres o efetivo gozo de outros direitos humanos e, também, para ajudá-las a desempenhar um papel construtivo no desenvolvimento de seu país.

10. Direito de acesso aos tribunais e ao devido processo legal

O dever legal de proporcionar remédios jurídicos eficazes às pessoas cujos direitos e liberdades são violados está contido no artigos 2º(3) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 7º(a) da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos e 13 da Convenção Europeia de Direitos do Homem. O artigo 2º(b) e (c) da Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher estabelece regras sobre os deveres dos Estados-partes “de adotar medidas legislativas e outras medidas adequadas, inclusive sanções quando for o caso, proibindo toda e qualquer forma de discriminação contra mulheres” e “de estabelecer proteção jurídica dos direitos das mulheres, em igualdade de condições com os dos homens”.

²⁴⁷ Ibid., pág. 56, parágrafos 57-58.

²⁴⁸ Documento da ONU GAOR, A/56/38, pág. 10, parágrafo 57.

²⁴⁹ Ibid., pág. 10, parágrafo 58.

Os artigos 14 do Pacto Internacional, 8º da Convenção Americana e 6º da Convenção Européia, também contêm garantias processuais que devem ser asseguradas a todos, sem qualquer tipo de discriminação, inclusive aquela fundada no sexo (cf. artigos 2º(1), 3º e 14(1) do Pacto, artigo 1º da Convenção Americana e artigo 14 da Convenção Européia). Conforme se verá a seguir, tais previsões legais também garantem o acesso aos tribunais ou, em outras palavras, à justiça.²⁵⁰

Apesar de o assunto sobre disponibilidade de remédios jurídicos nacionais ser abordado com mais profundidade no Capítulo 15 deste Manual relativo à “Proteção das e Restituição às Vítimas de Violações de Direitos Humanos”, vale mencionar, neste contexto, que a mulher pode, muitas vezes, estar em posição particularmente desvantajosa para defender seus direitos, já que pode, por exemplo, não ter acesso aos tribunais ou estar incapacitada de usufruir das garantias advindas do devido processo legal. Por isso, a Comissão de Direitos Humanos requereu aos Estados-partes do Pacto Internacional que, em seus relatórios, forneçam informações sobre os seguintes tópicos:

- “se existem dispositivos legais impedindo a mulher de ter acesso direto e autônomo aos tribunais”;
- “se a mulher pode prestar depoimento em juízo como testemunha nas mesmas condições que o homem”;
- “se tomam medidas para assegurar a igualdade de acesso de homens e mulheres à assistência judiciária gratuita, especialmente, em questões envolvendo Direito de Família”, e
- “se para determinados grupos de mulheres é negado o gozo do direito da presunção de inocência, previsto no artigo 14, parágrafo 2º, e sobre medidas que tenham sido adotadas para acabar com esta situação.”²⁵¹

O caso de *Ato del Avellanal v. Peru* ilustra o dilema que pode ser enfrentado por mulheres que não tenham direito de igualdade no acesso à justiça. O caso envolve uma mulher peruana, proprietária de dois edifícios de apartamentos localizados em Lima e que, por decisão final do Supremo Tribunal, não foi autorizada a processar seus inquilinos a fim de receber os alugueres em atraso, tendo em vista que, de acordo com o artigo 168 do Código Civil Peruano, quando uma mulher é casada, somente o seu marido tem o direito de representar os bens do casal em juízo.²⁵² De acordo com a Comissão de Direitos Humanos, o caso exposto acima viola os seguintes dispositivos do Pacto Internacional:

²⁵⁰ Com relação ao artigo 14 do Pacto, vide o Comentário Geral da Comissão de Direitos Humanos No. 28 (artigo 3º – Igualdade de direitos entre o homem e a mulher), Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas, pág. 171, parágrafo 18.

²⁵¹ *Ibid.*, loc. cit.

²⁵² Comunicado No. 202/1986, G. Ato del Avellanal v. Peru (Opiniões adotadas em 28 de outubro de 1988), in Documento da ONU GAOR, A/44/40, pág. 196, parágrafos 1 e 2.1.

- Artigo 14(1), que garante que todas as pessoas devem ser tratadas igualmente perante os tribunais e a justiça, pois “a esposa não foi tratada da mesma forma que seu marido para fins de mover processo judicial”;
- Artigo 3º, que requer aos Estados-partes que assegurem direitos, em condições de igualdade entre homens e mulheres, ao gozo de todos os direitos civis e políticos estabelecidos no Pacto; e Artigo 26, que estabelece que “todas as pessoas são iguais perante a lei e devem receber, sem qualquer discriminação, a mesma proteção legal”. A Comissão entendeu que a aplicação do artigo 168 do Código Civil Peruano à autora do processo “resultou na negativa de seu direito de igualdade perante os tribunais e constituiu discriminação fundada no sexo”.²⁵³

Outro caso importante e ilustrativo sobre o direito das mulheres de acesso aos tribunais é o *Airey v. Irlanda* que foi apreciado Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Nesse caso, a autora (Sra. Airey) reivindicou, entre outras coisas, a violação do artigo 6º(1) da Convenção Européia dos Direitos do Homem, “tendo em vista que os honorários e custas processuais excessivas impediram-na de propor, perante o Tribunal Superior, processo de separação litigiosa” contra seu marido, que era alcoólatra e freqüentemente a ameaçava, chegando a, algumas vezes, submetê-la à violência física. Seu marido até mesmo já havia sido condenado criminalmente por lesões corporais praticadas contra ela.²⁵⁴ Na época, não havia disponibilidade de assistência judiciária gratuita na Irlanda para processos de separação judicial e nem mesmo para outros envolvendo questões de direito civil.²⁵⁵

O Tribunal Europeu entendeu que, por ser a separação judicial um remédio jurídico previsto no direito irlandês, deveria estar disponível a qualquer pessoa que satisfizesse as condições previstas em lei²⁵⁶. O Tribunal respondeu da seguinte forma à alegação do governo irlandês de que a autora tinha, de fato, gozado do direito de acesso ao Tribunal Superior, já que era “livre para entrar em juízo, sem a assistência de um advogado”:

“O Tribunal não vislumbrou tal possibilidade, por si só, como conclusiva para o problema apresentado. A Convenção não tem o objetivo de garantir direitos especulativos ou ilusórios, mas sim direitos que são viáveis e efetivos ... Este é particularmente o caso do direito de acesso aos tribunais, considerando a importância do papel desempenhado pelo direito ao devido processo legal em uma sociedade democrática ... Deverá ser, portanto, averiguado se a presença da Sra. Airey perante o Tribunal, sem a assistência de

²⁵³ Ibid., págs. 198-199, parágrafos 10.1 e 10.2.

²⁵⁴ Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Caso de Airey v. Irlanda, julgado em 9 de outubro de 1979, Série A, No. 32, pág. 12, parágrafo 20, e pág. 6, parágrafo 8º.

²⁵⁵ Ibid., pág. 7, parágrafo 11.

²⁵⁶ Ibid., pág. 12, parágrafo 23.

um advogado, seria eficaz no sentido de ela conseguir apresentar seu caso de forma correta e satisfatória”.²⁵⁷

O Tribunal entendeu ser “muito improvável que uma pessoa na posição da Sra. Airey pudesse apresentar seu próprio caso em juízo de forma eficaz”. E concluiu que a possibilidade de se apresentar pessoalmente perante o Tribunal Superior não proporcionaria à autora o direito efetivo de acesso aos tribunais, e que, portanto, isso não constituía um remédio jurídico nos termos do artigo 26 da Convenção Europeia.²⁵⁸ No entanto, esta conclusão não significou que o Estado teria que proporcionar assistência judiciária gratuita para todos os conflitos envolvendo questões de “direito civil”, mas sim que o art. 6º(1) “pode, algumas vezes, obrigar o Estado a proporcionar assistência judiciária gratuita quando esta se provar indispensável ao acesso aos tribunais de forma eficaz, seja pela obrigatoriedade da representação processual para acesso aos tribunais, conforme prevêm as leis internas de alguns Estados-signatários para diversos tipos de litígios, seja em decorrência da complexidade do procedimento ou do caso.”²⁵⁹ No caso em questão, o Tribunal entendeu que o artigo 6º(1) da Convenção havia sido violado, já que a autora “não gozou de um direito de acesso ao Tribunal Superior eficaz para fins de requerer a declaração de sua separação judicial”.²⁶⁰

Com relação à disponibilidade de remédios jurídicos, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher requereu ao governo de Belarus “que criasse remédios jurídicos adequados para que as mulheres obtenham facilmente compensação contra discriminações diretas e indiretas, especialmente no campo do emprego,” e “que melhorasse o acesso das mulheres a esses remédios jurídicos, inclusive por meio do acesso aos tribunais, facilitando a concessão de assistência judiciária gratuita às mulheres, e que se empenhasse em campanhas educativas sobre a existência desses direitos”²⁶¹ O Comitê recomendou ao governo da República dos Camarões que “proporcionasse acesso aos remédios jurídicos” às mulheres vítimas de atos de violência²⁶² O Comitê solicitou ao governo do Uzbequistão “que promulgasse, o mais rápido possível, uma lei contra a violência, especialmente contra violência doméstica, inclusive o estupro conjugal e que assegurasse que atos de violência contra mulheres e meninas constituem crimes puníveis, de acordo com as leis penais e que mulheres e que meninas vítimas de violência tenham meios imediatos de obterem compensação e proteção”.²⁶³ O Comitê também manifestou preocupação com relação à Jamaica, onde “não existem remédios jurídicos constitucionais disponíveis para as mulheres”, embora o direito de igualdade entre todos os cidadãos seja garantido pela Constituição da Jamaica.²⁶⁴

De acordo com o Direito Humanitário Internacional, a mulheres tem, em igualdade de condições com o homem, direito ao acesso à justiça e ao devido processo legal. Isso significa que, especificamente, a mulher deverá ter acesso a remédios jurídicos eficazes

²⁵⁷ Ibid., págs. 12 e 13, parágrafo 24.

²⁵⁸ Ibid., págs. 12 e 13, parágrafo 24.

²⁵⁹ Ibid., págs. 15 e 16, parágrafo 26.

²⁶⁰ Ibid., pág. 16, parágrafo 28.

²⁶¹ Documento da ONU GAOR, A/55/38, pág. 37, parágrafo 360.

²⁶² Ibid., pág. 55, parágrafo 50.

²⁶³ Documento da ONU GAOR, A/56/38, pág. 21, parágrafo 177.

²⁶⁴ Ibid., pág. 24, parágrafo 21.

previstos em leis nacionais, inclusive o acesso aos tribunais de forma eficaz, para fins de defender seus direitos. Isso se aplica a todas as violações de seus direitos humanos denunciadas, mas é, especialmente importante nos casos de denúncia de violência contra sua pessoa.

Para assegurar o exercício do direito de acesso aos tribunais/acesso à justiça de forma eficaz, os Estados podem ter obrigação de proporcionar assistência judiciária gratuita.

As garantias do devido processo previstas no Direito Humanitário Internacional são igualmente válidas para mulheres e homens. Isso significa que, entre outras, as provas em favor das mulheres deverão ser fornecidas e apreciadas nas mesmas condições daquelas em favor dos homens, e que todas as mulheres deverão poder se beneficiar da presunção de inocência.

11. O papel dos juízes, promotores e advogados na proteção dos direitos da mulher

Em geral, o papel dos juízes, promotores e advogados na proteção dos direitos humanos sempre foi considerado de fundamental importância, mas o papel que os profissionais do direito desempenham, ou deveriam desempenhar, na proteção dos direitos das mulheres e meninas é de suma importância num ambiente sócio-cultural em que elas talvez não tenham nenhuma outra forma de obter proteção e amparo contra violações de seus direitos humanos básicos, dentre eles a discriminação fundada no sexo.

Juízes, Promotores e advogados têm a missão de estar sempre alerta a qualquer sinal de violência contra a mulher, seja esta patrocinada ou tolerada pelo Estado, institucional, pública ou privada. A proteção legal da mulher deverá ser cuidadosamente aplicada contra práticas e costumes religiosos, culturais ou outras tradições locais que possam resistir em aceitar o fato que a vida da mulher tem o mesmo valor que a do homem.

O papel crucial dos juízes, promotores e advogados estende-se, obviamente, além do contexto da violência contra a mulher. Engloba toda a seqüência de direitos humanos, conforme exposto neste capítulo, incluindo, por exemplo, os muitos aspectos da igualdade com relação ao casamento, divórcio, cuidado com os filhos, participação na vida pública e educação. Além disso, envolve uma extensa lista de direitos econômicos, sociais e culturais, os quais, por motivos de espaço, não foram abordados neste contexto.

No entanto, é extremamente importante que os profissionais do direito, ao analisarem denúncias de violações dos direitos humanos da mulher, inclusive quando baseadas na discriminação fundada no sexo, adotem uma abordagem holística com relação aos direitos individuais, pois, conforme demonstrado neste capítulo, a interdependência entre os direitos garantidos pelos tratados internacionais de direitos humanos aparece com mais evidência a partir de qualquer análise dos direitos da mulher.

12. Conclusões

Este capítulo demonstrou que os direitos humanos são também direitos das mulheres; que as mulheres têm direito de serem reconhecidas pelas leis de forma plena, de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos; e que devem ser tratadas em igualdade de condições com os homens. Porém, a situação precária na qual vivem muitas mulheres pelo mundo, e que faz com que o gozo de muitos de seus direitos humanos seja ilusório, dá origem a uma responsabilidade muito especial atribuída aos profissionais do direito de cada país e aos organismos de controle internacionais. Se os direitos humanos estão para se tornar uma realidade no futuro próximo para mais que uma minoria das mulheres do mundo, um grande esforço terá que ser feito em todos os níveis para assegurar que elas sejam verdadeiramente capazes de exercer seus direitos, sem medo de serem espancadas, mortas ou, na melhor das hipóteses, socialmente rejeitadas.

GLOSSÁRIO – CAPÍTULO 11

INGLÊS	PORTUGUÊS	COMENTÁRIOS
abduction	rapto (próprio ou mediante o uso de violência ou fraude)	Também pode significar (i) detenção ilegal de qualquer mulher para fins de casamento, concubinato ou prostituição; (ii) estupro; ou (iii) sedução de homem casado por mulher que passa a viver com ele após o abandono da legítima esposa.
alleged	denunciadas	
assault	lesão corporal	agressão; lesão corporal; crime tentado
authoritative	confiável	
Beijing Declaration and Platform for Action	Declaração e Plataforma de Ação de Beijing (ou Pequim)	
Charter of the United Nations	Carta das Nações Unidas	
Committee against Torture	Comitê contra a Tortura	
Committee on Economical, Social and Cultural Rights	Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	
Committee on the Elimination of Discrimination against Women	Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher	
Committee on the Elimination of Racial Discrimination	Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial	
compulsory	obrigatório	
conclude contracts	celebrar contratos; (mais apropriado no contexto) terminar, findar contratos;	No Black's Law Dictionary, concluded significa terminado. No contexto da seção parece-nos mais apropriada a tradução como celebração de contratos.
convention	convenção	Conforme constante do site da ONU (www.onu-brasil.org.br) acordo é somente bilateral.
Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others	Convenção Contra o Tráfico de Pessoas e a Exploração da Prostituição de Outros	
Convention of the Nationality of Married Women	Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada	
Convention on Consent to Marriage, Minimum Age of Marriage and Registration of Marriages	Convenção sobre o Consentimento para o Matrimônio, a Idade Mínima para o Casamento e o Registro de Casamentos	
Convention on the Elimination of All the Forms of Discrimination Against Women	Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	
Convention on the Political Rights of Women	Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher	
debt bondage	servidão por dívida	
decision-making	tomada de decisões	
Declaration on the Elimination of Violence Against Women	Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher	
derogated	derrogado	
deterrence	impedimento; impeditivos	
deterrent	intimidação	
displaced person	deslocada de guerra	
dowry	dote	
dowry killing	homicídio por insuficiência de dotes	(Índia – mulheres são assassinadas por seus maridos ou por membros da família deste

		se o dote recebido da família da mulher pelo casamento forem insuficientes)
drafters	redatores	
endow	dotar	
enforced	aplicadas	
enjoyment	gozo	
European Convention on Human Rights	Convenção Européia dos Direitos do Homem	
expressis verbis	literalmente	
female asylum-seekers	mulheres que buscam asilo	
female refugees	refugiadas	
found a family	constituir família	
freedoms	liberdades	
full	pleno/plena	
gender based discrimination	discriminação fundada/baseada no sexo	
hardship	penúria; miséria; adversidade	
health care	cuidados com a saúde	
holistic	holístico	Enfatizando a relação entre as partes e o todo.
Honour killings	Homicídios em defesa da “honra”	Homicídio de mulheres acusadas de estarem ou efetivamente envolvidas com um homem em atos de infidelidade, flerte ou outros tidos como ou cujo comportamento seja tido como imoral.
Human Rights Committee	Comissão de Direitos Humanos	
ill-treatment	maus-tratos	
implementation	implementação	
infant mortality	mortalidade infantil	
inhuman	desumano	
intending spouses	nubentes	
Inter alia	dentre outros, inclusive	
Inter-American Convention of the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women	Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher	
International Human Rights Law	Direito Humanitário Internacional	
law enforcement officials		Aqueles cuja tarefa é preservar a paz e o cumprimento da lei.
legal autonomy	capacidade civil	
legal personality	personalidade jurídica	
levirate	levirato	
life expectancy	expectativa de vida	
marital property	bens adquiridos na constância do casamento	
Member State	Estado-membro	
monitoring bodies	organismos de controle	
murder	homicídio	
namely	a saber	
on equal basis	em condições de igualdade	
Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All the Forms of Discrimination Against Women	Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	
Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography	Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil	
outlaw	declarada ilegal	
per se	por si mesma	

perpetrators	perpetradores; infratores	
positive measures	medidas positivas	
procure	aliciar	
Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime	Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças	
provide (to)	proporcionar; fornecer; estipular; suprir; abastecer	
provide against	prevenir-se contra	
punishments	punições; penas	
quandaries	perplexidades; dilemas; incertezas	
rape	estupro	
remedies	recursos; reparações; remédios	
report	reportar; informar; denunciar	
repudiation	renúncia a um direito	
Rome Statute of the International Criminal Court	Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional	
serfdom	servidão	
sexual assault	atentado violento ao pudor	
sexual harassment	assédio sexual	
State Party	Estado-parte	
Statute of the International Tribunal for Rwanda	Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda	
Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia	Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia	
the right to freedom of movement	o direito de circular livremente	
the right to freedom of resident	o direito de escolha de residência	
traditional practices	prática de tradições	
under	de acordo com; à luz de nos termos do	
UNESCO Convention Against Discrimination on Education	Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino (UNESCO)	
UNHCR	Comissário responsável pelo Escritório das Nações Unidas para Refugiados	UNHCR - Office of the United Nations High Commissioner for Refugees
United Nations Compilation of General Comments	Compilação dos Comentários Gerais das Nações Unidas	
United Nations Convention Against Transnational Organized Crime	Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional	
Vienna Declaration and Programme of Action	Declaração e Programa de Ação de Viena	
WHO	Organização Mundial de Saúde - OMS	WHO – World Health Organization
women in rural areas	mulheres do campo	

A maioria dos tratados internacionais mencionados no Capítulo 11 pode ser encontrada nos seguintes sites:

www.onu-brasil.org.br

www.dhnet.org.br

..... **Capítulo 12**
ALGUNS DOS OUTROS DIREITOS ESSENCIAIS:
LIBERDADE DE PENSAMENTO, CONSCIÊNCIA,
RELIGIÃO, OPINIÃO, EXPRESSÃO,
ASSOCIAÇÃO E REUNIÃO

Objetivos do Aprendizado

- *Familiarizar os participantes com alguns dos outros direitos essenciais, a saber: a liberdade de pensamento, consciência, religião, opinião, expressão, associação e reunião, e sua importância em uma sociedade que respeita os direitos humanos em geral.*
- *Ilustrar como essas liberdades, assim como as limitações impostas ao exercício da maioria delas, são interpretadas pelos órgãos de monitoramento internacional.*
- *Explicar o papel dos juízes, promotores e advogados na salvaguarda das liberdades abordadas neste capítulo.*

Perguntas

- *Como as seguintes liberdades são protegidas no país em que você trabalha :*
 - *liberdade de pensamento, consciência e religião,*
 - *liberdade de opinião e expressão, e*
 - *liberdade de associação e reunião ?*
- *Existem preocupações específicas com relação à implementação efetiva dessas liberdades no país em que você trabalha?*
- *Existem grupos, no país em que você trabalha, que poderiam ser especialmente vulneráveis às violações de uma ou mais dessas liberdades?*
- *Em caso positivo, quais são eles e como sua liberdade pode ser violada?*
- *Quais remédios judiciais ou administrativos existem no país em que você trabalha para pessoas que se consideram vítimas de violações dessas liberdades?*
- *Qual é o papel desempenhado pelas seguintes liberdades na construção, preservação e/ou fortalecimento de uma sociedade democrática/uma sociedade que respeita os direitos humanos:*
 - *liberdade de pensamento, consciência e religião,*
 - *liberdade de opinião e expressão, e*
 - *liberdade de associação e reunião ?*
- *Com relação às liberdades cujo exercício pode ser limitado: em sua opinião, como pode ser alcançado um equilíbrio entre os direitos individuais de exercer essas liberdades e o interesse geral da sociedade em proteger, por exemplo, a segurança nacional, a ordem pública, a segurança, a saúde, a moralidade ou os direitos e liberdades das outras pessoas?*
- *O que vocês, como juízes, promotores ou advogados, fazem para proteger o direito de todas as pessoas à liberdade de pensamento, consciência, religião, opinião, expressão, associação e reunião?*

Instrumentos Legais Pertinentes

Instrumentos Universais

- Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, 1966
- Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966
- Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, 1965
- Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulheres, 1979
- Convenção Sobre os Direitos da Criança, 1989
- Convenção Sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, OIT, 1948
- Convenção Sobre o Direito de Organização e Negociação Coletiva, OIT, 1949

- Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948
- Declaração das Nações Unidas Sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos e Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos, 1999

Instrumentos Regionais

- Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos, 1981
- Carta Africana Sobre Direitos e Bem-Estar da Criança, 1990
- Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, 1969
- Convenção Interamericana Sobre Prevenção, Punição e Erradicação da Violência Contra Mulheres, 1994
- Convenção Européia Sobre Direitos Humanos, 1950
- Carta Social Européia, 1961 e Carta Social Européia, 1966 (revisada)

1. Introdução

Este capítulo tratará de certas liberdades fundamentais que constituem alguns dos pilares da sociedade democrática que respeita os direitos humanos. Entretanto, devido a limitações de espaço, serão destacados apenas os aspectos mais importantes dessas liberdades.

Até aqui, o Manual enfatizou a importância de certos direitos, como o direito de não sujeição à detenção arbitrária, o direito a um julgamento justo e o direito à ausência de tortura e de outras formas de maus tratos. Como resultado, muitos dos capítulos também enfocaram a proteção da pessoa humana no curso dos procedimentos de aplicação da lei.

Este capítulo, entretanto, diz respeito aos direitos e liberdades que são exercidos em todos os níveis da sociedade e em uma grande variedade de cenários e situações, como por exemplo nas atividades religiosas ou filosóficas da pessoa, nos empreendimentos educacionais ou na palavra falada ou escrita. Porém, em muitas situações em que há problemas com a efetiva proteção dos direitos humanos durante os procedimentos de aplicação da lei, há, muitas vezes, a correspondente intolerância às crenças religiosas da pessoa ou às suas convicções políticas ou outras convicções expressas em reuniões públicas, em livros ou nos meios de comunicação de massa. Para caminhar rumo à proteção plena e abrangente dos direitos e liberdades individuais, os Estados devem tomar medidas apropriadas para a evolução da causa dos direitos humanos em todas as dimensões relevantes da sociedade.

Este capítulo trata, em primeiro lugar, da liberdade de pensamento, consciência e religião; em segundo lugar, da liberdade de opinião e expressão, e em terceiro lugar da liberdade de associação e reunião.

Finalmente, será enfatizado o papel das profissões jurídicas na proteção da liberdade de pensamento, consciência, religião, opinião, expressão, associação e reunião, e o capítulo será encerrado com algumas observações conclusivas.

2. O Direito à Liberdade de Pensamento, Consciência e Religião

2.1. Disposições Legais Relevantes

Este subitem contém o texto das mais importantes disposições legais referentes à liberdade de pensamento, consciência e religião:

Artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

“Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou de crença, bem como a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.”

Artigo 18 do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos:

“1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará na liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, isolada ou coletivamente, tanto em público como em particular, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.”

2. Ninguém será submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.

3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos fundamentais e as liberdades das demais pessoas.

4. Os Estados-partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais, de assegurar às crianças a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.”

Artigo 8 da Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos

“A liberdade de consciência, a profissão e a prática livre da religião serão garantidas. Ninguém pode, em nome da lei e da ordem, ser submetido a medidas que restrinjam o exercício dessas liberdades.”

Artigo 12 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos:

“1. Toda a pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito inclui a liberdade de conservar ou de mudar de religião ou de crença, bem como a liberdade de professar e divulgar a sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto em público como em particular.

2. Ninguém será submetido a medidas restritivas que possam limitar a sua liberdade de manter ou de mudar de religião ou de crença.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e a própria crença está sujeita unicamente às limitações previstas em lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

4. Os pais ou os tutores, conforme o caso, têm direito a que os seus filhos ou tutelados recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com as suas próprias convicções.

Artigo 9 da Convenção Européia Sobre Direitos Humanos:

“1. Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de conservar a sua religião ou a sua crença, ou de mudar de religião ou de crença, bem como a liberdade de professar e divulgar a sua religião ou a sua crença, em público ou em particular, por meio do culto, do ensino, de práticas e de ritos.

2. A liberdade de manifestar a própria religião e a própria crença está sujeita unicamente às limitações previstas em lei e que sejam necessárias em uma sociedade democrática para proteção da segurança pública, da ordem pública, da saúde ou da moral, ou para proteção dos direitos ou liberdades das demais pessoas.”

O direito à liberdade de religião é ainda garantido pelo:

- Artigo 5(d)(vii) da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial;
- Artigo 14 da Convenção Sobre os Direitos da Criança;
- Artigo 9 da Carta Africana Sobre Direitos e Bem-Estar da Criança; e
- Artigo 4(i) da Convenção Interamericana Para a Prevenção, Punição e Erradicação da Violência Contra as Mulheres.

Além disso, conforme será detalhado no Capítulo 13, as leis internacionais sobre direitos humanos proíbem a discriminação com base em religião (vide, entre outros, os artigos 1(3), 13 e 55(c) da Carta das Nações Unidas, o artigo 2 da Declaração Universal, os artigos 2(1), 4(1), 24(1) e 26 do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos; o artigo 2 da Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos; os artigos 1(1) e 27(1) da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos e o artigo 14 da Convenção Europeia Sobre os Direitos Humanos).

2.2. Significado geral do direito à liberdade de pensamento, consciência e religião

2.2.1. Artigo 18 do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos

Conforme indicado pela Comissão de Direitos Humanos, o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião garantido pelo artigo 18(1) do Pacto Internacional “é de longo alcance e profundo; ele abrange a liberdade de pensamento sobre todos os assuntos, convicção pessoal e adoção de uma religião ou crença, quer manifestada individual ou coletivamente.” Além disso, “a liberdade de pensamento e a liberdade de consciência são protegidas da mesma forma que a liberdade de religião e de crença”¹ A Comissão ressaltou que o “o caráter fundamental dessa liberdade também se reflete no fato de essa disposição não pode ser derogada, mesmo em caso de emergência pública”², assunto que será tratado em maiores detalhes no Capítulo 16.

Vale ressaltar que o artigo 18 “**não permite quaisquer limitações** à liberdade de pensamento e de consciência ou à liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha. Estas liberdades são protegidas incondicionalmente...”³ Por outro lado, com relação ao **direito à liberdade de consciência**, a Comissão de Direitos Humanos decidiu no caso *Westerman*, que ele não implica no direito de rejeitar todas as obrigações impostas pela lei e nem garante imunidade à responsabilidade criminal com relação a essa rejeição”.⁴

A Comissão também ressalta enfaticamente que, como base nos artigos 18(2) e 27 do Pacto, “ninguém pode ser obrigado a revelar seus pensamentos ou adesão a uma religião ou crença”⁵. Em outras palavras, todo homem ou mulher tem o direito de manter sua religião ou crença como um assunto exclusivamente particular, em todas as situações.

¹ Vide Comentário Geral n° 22 (Article 18) em UN doc. HRI/GEN/1/Rev.5, *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Bodies*, p. 144, par. 1 (doravante denominado *United Nations Compilation of General Comments*).

² *Ibid*, loc.cit.

³ *Ibid*, p. 144, par. 3, ênfase acrescentada.

⁴ Comunicação n° 682/1996, *P. Westerman v. the Netherlands* (Pareceres adotados em 3 de novembro de 1999), em UN doc. GAOR, A/55/40 (vol. II), p.46, par. 9.3.

⁵ *United Nations Compilation of General Comments*, p. 144, par. 3.

A Comissão de Direitos Humanos afirma ainda que o “Artigo 18 protege crenças teístas, não teístas e ateístas, bem como o direito de não professar qualquer religião ou crença. Os termos “crença” e “religião” devem ser interpretados em sentido amplo. O Artigo 18 não se limita, em sua aplicação, às religiões tradicionais ou às religiões ou crenças com características ou práticas institucionais, ou práticas semelhantes às das religiões tradicionais. A Comissão, portanto, vê com preocupação

qualquer tendência de discriminar qualquer religião ou crença por qualquer razão, inclusive o fato de serem recém-estabelecidas, ou de representarem minorias religiosas que podem estar sujeitas a hostilidade por parte de uma comunidade religiosa predominante”.⁶

A Comissão de Direitos Humanos observa ainda

“que a liberdade de “ter ou adotar” uma religião ou crença implica, necessariamente, na liberdade de escolher uma religião ou crença, inclusive o direito de substituir a religião ou crença atual por outra, ou de adotar visões ateístas, bem como o direito de manter a própria religião ou crença. O Artigo 18.2 proíbe a coerção que prejudicaria o direito de se ter ou adotar uma religião ou crença, inclusive o uso de ameaça ou força física ou de sanções penais para compelir os que crêem e os que não crêem a aderir a crenças religiosas ou congregações, a renegar a sua religião ou crença ou a converter-se.”⁷

A Comissão acrescenta ainda que “políticas ou práticas com a mesma intenção ou efeito, como, por exemplo, aquelas que restringem o acesso à educação, assistência médica, emprego ou outros direitos garantidos pelo artigo 25 [isto é, o direito de participar do governo] e outras disposições do Pacto, são igualmente incoerentes com o artigo 18(2). A mesma proteção é desfrutada pelos adeptos de todas as crenças de natureza não religiosa”.⁸

2.2.2. Artigo 8 da Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos

O artigo 8 da Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos é breve. Ele simplesmente estipula que a “liberdade de consciência, a profissão e a prática livre da religião serão garantidas” e que “ninguém pode ser submetido, em nome da lei e da ordem, a medidas que restrinjam a prática dessas liberdades.” Vale ressaltar que esta disposição é omissa quanto à questão de liberdade de pensamento e também da liberdade de adotar ou mudar de religião ou crença de acordo com as próprias convicções.

Em um caso contra o Zaire, a Comissão Africana de Direitos Civis e Políticos decidiu que “o constrangimento das Testemunhas de Jeová e de líderes religiosos, inclusive com

⁶ Ibid., p. 144, par. 2.

⁷ Ibid., p. 145, par. 5.

⁸ Ibid, loc. cit.

assassinatos, destruição de prédios religiosos e ameaças de morte” constituiu uma violação ao Artigo 8 da Carta, pois o governo não havia “apresentado evidências de que a prática da religião ameaçava, de qualquer modo, a lei e a ordem.”⁹

2.2.3. Artigo 12 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos

O direito à liberdade de consciência e de religião protegido pelo artigo 12 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos é bastante semelhante às liberdades garantidas pelo artigo 18 do Pacto Internacional. No entanto, na Convenção a liberdade de pensamento não está vinculada àquelas liberdades, mas ao direito à liberdade de expressão estabelecido no artigo 13.

O direito à liberdade de consciência e religião previsto no artigo 12 da Convenção Americana também inclui a “liberdade de conservar ou de mudar de religião ou de crença”, liberdade essa que é fortalecida pelo Artigo 12(2) da Convenção, segundo o qual “ninguém será submetido a medidas restritivas que possam limitar a sua liberdade de manter ou de mudar de religião ou de crença”. Em consequência, e ainda com mais razão, ninguém poderá ser submetido a “coerção” – o termo usado no artigo 18(2) do Pacto – para fins de impedir ou obrigar uma pessoa a conservar ou a mudar de religião ou de crença. Em outras palavras, a religião ou crença de uma pessoa será sempre totalmente voluntária.

A liberdade de consciência e religião protegida pelo artigo 12 da Convenção Americana está incluída na lista de direitos inderrogáveis do artigo 27(2) e precisa, portanto, ser garantida também “em tempo de guerra, perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou a segurança” do Estado-parte em questão (artigo 27(1) da Convenção).

O artigo 12 da Convenção Americana foi considerado no caso *Olmedo Bustos et Al. versus Chile* – também chamado de caso “*A Última Tentação de Cristo*” – referente à anulação, pelos tribunais chilenos, de uma decisão administrativa tomada pelo Conselho de Classificação Cinematográfica aprovando a exibição do filme *A Última Tentação de Cristo* para o público maior de 18 anos. Os requerentes alegaram, entre outras coisas, que a **liberdade de consciência** havia sido violada porque a censura do filme implicava no fato de um grupo de pessoas com uma religião específica ter decidido o que as outras pessoas poderiam ver.¹⁰ Na sua sentença, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos indicou que “o direito à liberdade de consciência e de religião permite que todos conservem, mudem, professem ou divulguem suas religiões ou crenças”, acrescentado que esse direito é um dos alicerces da sociedade democrática, que, em sua dimensão religiosa, “constitui um elemento de longo alcance na proteção das convicções daqueles que professam uma religião e do seu modo de vida”.¹¹ Entretanto, segundo o Tribunal,

⁹ ACHPR *Wold Organisation against Torture and Others, v. Zaire, Communications Nos. 25/89, 47/90, 56/91, 100/93, decision adopted during the 19th session, March 1966, par. 71* do texto publicado em:

http://www.up.ac.za/chr/ahrdb/accom_decisions.html

¹⁰ *I-A Court HR, The Case of Olmedo Bustos et Al. v. Chile, judgment of February 2001, Series C, No. 73*. A versão utilizada neste contexto é um texto não editado, encontrado no website do tribunal: www.corteidh.or.cr/seriecing/C, par. 45.

¹¹ *Ibid.*, par. 79.

nesse caso não havia evidências de que qualquer uma das liberdades incluídas neste artigo tivesse sido violada; “a proibição da exibição do filme “*A Última Tentação de Cristo*” não prejudicou e nem privou ninguém do direito de conservar, mudar, professar ou divulgar sua religião ou crença com total liberdade.”¹² Entretanto, como será observado a seguir, violou de fato o direito à liberdade de pensamento e expressão estabelecido no artigo 13 da Convenção.

2.2.4. Artigo 9 da Convenção Européia Sobre Direitos Humanos

O artigo 9(1) da Convenção Européia Sobre Direitos Humanos garante “a direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de conservar a sua religião ou crença, ou de mudar de religião ou de crença”. Em termos muito semelhantes aos utilizados no artigo 18(1) do Pacto, o artigo 9(1) da Convenção Européia também protege a liberdade de todas as pessoas, “isolada ou coletivamente, tanto em público ou em particular, manifestarem sua religião ou crença, por meio do culto, do ensino, de práticas e de ritos.”

No caso *Kokkinakis versus Grécia*, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos decidiu que “a liberdade de pensamento, consciência e religião”, como consignada no artigo 9

“é um dos alicerces da “sociedade democrática”, com o significado estipulado na Convenção. Ela é, na sua dimensão religiosa, um dos elementos mais vitais que compõe a identidade dos que crêem e da sua concepção de vida, mas é também um bem precioso para os ateus, agnósticos, céticos e indiferentes. O pluralismo indissociável da sociedade democrática, que foi conquistado a duras penas no decorrer dos séculos, depende dela.”¹³

No entanto, conforme esclarecido pelo mesmo Tribunal no caso *Kalaç versus Turquia*, o artigo 9

“não protege todos os atos motivados ou inspirados por uma religião ou crença. Além disso, no exercício da liberdade de manifestar a sua religião, o indivíduo pode ter que levar em conta a sua situação específica.”¹⁴

Esse caso teve origem em uma petição inicial efetuada pelo Sr. Kalaç, um comissário das Forças Armadas da Turquia, que foi obrigado a se aposentar por ter “adotado opiniões fundamentalistas ilegais”; ele foi considerado como um membro de fato da seita muçulmana Süleyman.¹⁵ Segundo o governo, sua aposentadoria compulsória “teve como objetivo remover do serviço jurídico militar uma pessoa que havia manifestado falta de lealdade aos alicerces da nação turca, a saber o secularismo, que as forças armadas deveriam garantir.”¹⁶ O requerente argumentou, por outro lado, que ele não sabia da existência da seita Süleyman e que na lei do

¹² Ibid., loc. cit.

¹³ Eur. Court HR, *Case of Kokkinakis v. Greece, judgement of 25 May 1993, Series A, No. 260-A*, p. 17, par. 31.

¹⁴ Eur. Court HR, *Case of Kalaç v. Turkey, judgement of 1 July 1977, Reports 1997-IV*, p. 1199 a p. 1209, par. 27.

¹⁵ Ibid., p. 1203, par. 8, e p. 1208, par. 25.

¹⁶ Ibid., p. 1208, par. 25.

país não havia indicação sobre o significado da expressão “opiniões fundamentalistas ilegais”, apresentada como fundamento para sua aposentadoria compulsória.¹⁷

O Tribunal Europeu concluiu, entretanto, que não houve violação ao artigo 9 nesse caso. Ele decidiu, em especial, que

“Ao optar por seguir a carreira militar, o Sr. Kaliç aceitou, por iniciativa própria, um sistema de disciplina militar que, por sua própria natureza, implicava na possibilidade colocar, em certos direitos e liberdades dos membros das forças armadas, limitações impossíveis de serem impostas aos civis... Os Estados adotam, para seus exércitos, regulamentos disciplinares proibindo este ou aquele tipo de conduta, em especial uma atitude hostil à ordem estabelecida que reflita as exigências do serviço militar.”¹⁸

O Tribunal observou que não foi contestado “que o requerente, de acordo com os limites impostos pelas exigências da vida militar, era capaz de cumprir para com as obrigações que constituem as formas normais pelas quais os muçulmanos praticam sua religião.” Ele tinha permissão especial para rezar cinco vezes por dia e para cumprir suas outras obrigações religiosas, como fazer o jejum no Ramadan e comparecer à mesquita às sextas-feiras para as preces.¹⁹ Finalmente, a sentença do Supremo Tribunal Militar não se baseou “nas opiniões e crenças religiosas do requerente, ou no modo como ele cumpria com os seus deveres religiosos, mas na sua conduta e atitude”, as quais, segundo as autoridades turcas, “violavam a disciplina militar e infringiam o princípio do secularismo.”²⁰ Portanto, não tinha havido qualquer violação do artigo 9 nesse caso. Deve-se ressaltar, entretanto, que como o Tribunal concluiu que como a aposentadoria compulsória do requerente não constituía uma interferência no seu direito à liberdade de religião, não era necessário tratar desse caso nos termos do artigo 9(2) da Convenção.

O direito à liberdade de pensamento, consciência e religião é de longo alcance e abrange todos os assuntos relacionados às convicções pessoais. Ele protege não apenas as pessoas religiosas, mas também, por exemplo, os ateus, agnósticos, céticos e os indiferentes.

O direito à liberdade de pensamento, consciência e religião também implica que toda a pessoa possui o direito incondicional de ter e adotar a religião de sua escolha. Essa liberdade inclui o direito de mudar de religião. Toda a pessoa tem o direito de não ser coagida, ou de outra forma compelida, a manter, adotar ou mudar de religião.

O direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, inclusive a liberdade de ter, adotar ou mudar de religião segundo a própria opção, são protegidos

¹⁷ Ibid., p. 1208, par. 24.

¹⁸ Ibid., p. 1209, par. 28.

¹⁹ Ibid., p. 1209, par. 29.

²⁰ Ibid., p. 1209, par. 30.

incondicionalmente, embora a liberdade de consciência não implique no direito de rejeitar todas as obrigações impostas por lei.

Nenhuma limitação pode ser imposta à liberdade de adotar ou de mudar a religião escolhida.

Segundo o Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, a liberdade de pensamento, consciência e religião não pode ser derogada em nenhuma circunstância.

A liberdade de pensamento, consciência e religião é uma das bases da sociedade democrática /da sociedade que respeita os direitos humanos.

2.3. O direito de manifestar a própria religião ou crença

O artigo 18(1) do Pacto Internacional garante a liberdade de manifestar a religião ou crença “isolada ou coletivamente, tanto em público como em particular”, e a liberdade de fazê-lo “por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino”. Conforme observado pela Comissão de Direitos Humanos, ela é, portanto, uma liberdade que “abrange uma ampla gama de atos”. O conceito de **culto** estende-se ao ritual e aos atos cerimoniais que são a expressão direta da crença, assim como a várias práticas que o integram, inclusive a construção de locais para o culto, o uso de fórmulas e objetos rituais, a exibição de símbolos e a observação de feriados e dias de descanso. A **celebração de ritos e de práticas** da religião ou da crença podem incluir não apenas os atos cerimoniais, mas também os costumes e a observação de regulamentos sobre a alimentação, o uso de trajes específicos e cobertura da cabeça, a participação em rituais associados a certos estágios da vida e o uso de uma determinada língua falada normalmente por um grupo. Além disso, as **práticas e o ensino** da religião ou da crença incluem atos que fazem parte da condução, pelos grupos religiosos, de seus assuntos básicos, como a liberdade de escolher os seus líderes religiosos, sacerdotes e professores, a liberdade de fundar seminários ou escolas religiosas e a liberdade de preparar e distribuir textos ou publicações religiosas.”²¹

A Comissão manifestou preocupação, por exemplo, com as disposições da Lei de Liberdade de Consciência e Organizações Religiosas do Uzbequistão, “que exigem que as organizações e associações religiosas sejam registradas para terem direito de manifestar sua religião e crença” e com o artigo 240 do Código Penal uzbeque “que penaliza os líderes de organizações religiosas por não registrarem os seus estatutos”. A Comissão recomenda enfaticamente que essas disposições sejam abolidas, já que elas não são compatíveis com o artigo 18(1) e (3) do Pacto. Ele recomendou também que os processos criminais instaurados com base nessas disposições sejam suspensos e que as pessoas condenadas sejam perdoadas e recompensadas.²²

²¹ *United Nations Compilation of General Comments*, p. 144, par. 4, ênfase acrescentada.

²² Doc. UN GAOR, A/56/40 (vol.I), p. 63-64, par. 24.

Conforme observado acima, o artigo 8 da Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos é o mais lacônico entre as disposições consideradas neste capítulo, já que ele garante meramente “a profissão e a prática livre da religião”, acrescentando que “ninguém pode, nos termos da lei e da ordem, ser submetido a medidas que restrinjam o exercício dessas liberdades.”

De acordo com o artigo 12(1) da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, o direito à liberdade de consciência e religião inclui a “liberdade de professar ou divulgar a sua religião ou sua crença, individual ou coletivamente, tanto em público como em particular”.

Segundo o artigo 9(1) da Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos, o direito à liberdade de religião inclui a “liberdade, isolada ou coletivamente tanto em público ou em particular, de manifestar sua religião ou crença, por meio do culto, do ensino, de práticas e de ritos.” No caso *Kokkinakis versus Grécia*, o Tribunal Europeu decidiu que, “embora a liberdade religiosa seja principalmente uma questão de consciência individual, ela também implica, entre outras coisas, na liberdade de “manifestar a religião”. O testemunho em palavras e atos está vinculado à existência de convicções religiosas.”²³ Ele acrescentou que, de acordo com o artigo 9 da Convenção Européia,

“a liberdade de manifestar a religião não apenas pode ser exercida em conjunto com outras pessoas, “em público” e no círculo de pessoas cuja fé é compartilhada, mas pode também ser expressa “no isolamento” e “em particular”; além disso, ela inclui, em princípio, o direito de tentar convencer um vizinho, por exemplo, por meio do ensino, em cuja impossibilidade “a liberdade de mudar de religião ou crença”, estipulada no artigo 9, tenderia a permanecer como letra morta”.²⁴

O caso *Cha'are Shalom ve Tsedek versus França* levantou a questão da permissão para realizar o ritual de abates na França. A associação reclamou que os artigos 9 a 14 da Convenção Européia haviam sido violados pela recusa das autoridades francesas em conceder “a aprovação necessária para que ela autorizasse os abatedores a realizar o ritual de abates, de acordo com os preceitos religiosos de seus membros”, e pela concessão dessa aprovação apenas ao Comitê Conjunto Rabínico (ACIP).²⁵ A associação requerente afirmou que as condições para o ritual de abate, conforme realizado pelos abatedores autorizados pelo ACIP “não mais atendem às exigências estritas da religião judaica”, de modo que os judeus ultraortodoxos não poderiam obter a carne perfeitamente pura, ou *glatt*.²⁶ No seu ponto de vista, a recusa à aprovação para fins

²³ Eur. Court HR, *Case of Kokkinakis v. Greece, judgment of 25 May 1993, Series A, No. 260-A*, p. 17, par. 31.

²⁴ Ibid., loc. cit.

²⁵ Eur. Court HR, *Case of Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France, judgement of 27 June 2000*; o texto utilizado não foi editado e encontra-se no website do Tribunal: [http:// hudoc.echr.coe.int](http://hudoc.echr.coe.int), par. 58.

²⁶ Ibid., par. 60.

de abate não poderia ser justificada segundo o artigo 9(2) da Convenção, e foi uma medida exagerada e discriminatória, contrária ao artigo 14.²⁷

Com relação ao texto do artigo 9(1), o Tribunal observou não ter sido contestado “que o ritual de abate, como o próprio nome indica, constitui um rito, ou “rite” (a palavra no texto em Francês que corresponde a “observance” no Inglês), cujo objetivo é fornecer aos judeus a carne de animais abatidos de acordo com preceitos religiosos, sendo este um aspecto essencial da prática da religião judaica.”²⁸

A questão seguinte era se a recusa em autorizar a associação requerente a aprovar a realização dos rituais pelos seus próprios abatedores constituía uma interferência nas suas liberdades, nos termos do artigo 9(1) da Convenção. Na opinião do Tribunal, “haveria interferência na liberdade de manifestação religiosa somente se a ilegalidade da realização do ritual de abate impossibilitasse aos judeus ultraortodoxos comer a carne de animais abatidos de acordo com os preceitos religiosos que eles consideram aplicáveis.” Entretanto, este não era o caso, já que não foi contestado que a associação requerente poderia facilmente obter o fornecimento de carne *glatt* da Bélgica. Pelo material apresentado ao Tribunal, parecia também que vários açougues que funcionavam sob o controle do ACIP forneciam carne *glatt* certificada.²⁹ Embora a associação requerente não confiasse nos rituais de abate autorizado pelo ACIP, o Tribunal considerou que

“o direito à liberdade de religião garantido pelo Artigo 9 da Convenção não pode estender-se ao direito de participação pessoal na realização do ritual de abate e no conseqüente processo de certificação, já que ... a associação requerente e os seus membros não estão, na prática, privados da possibilidade de obter e comer a carne considerada por eles como sendo mais compatível com os seus preceitos religiosos.”³⁰

Como não havia sido estabelecido que os judeus que pertenciam à associação requerente não poderiam obter a carne *glatt*, e nem que a requerente não poderia abastecê-los celebrando um acordo com o ACIP, a fim de poder participar do ritual de abate sob a aprovação concedida pelo ACIP, o Tribunal concluiu “que a recusa da aprovação pleiteada não constituía uma interferência no direito da associação requerente à liberdade de manifestar a sua religião”.³¹ Portanto, não era necessário que o Tribunal decidisse sobre a compatibilidade da restrição questionada pelo requerente nos termos do artigo 9(2) da Convenção. O Tribunal observou, entretanto, que mesmo considerando a hipótese de que a medida contestada “poderia ser considerada uma interferência no direito à liberdade de manifestar a sua religião”, ela estava prevista na lei e destinava-se a um objetivo legítimo, a saber “a proteção da saúde pública e da ordem pública, à medida que a organização pelo Estado do exercício do culto representava uma contribuição para a harmonia e tolerância religiosa”. Tendo em vista a margem de apreciação deixada aos Estados Contratantes,

²⁷ Ibid., par. 61.

²⁸ Ibid., par. 73.

²⁹ Ibid., par. 80-81.

³⁰ Ibid. par. 82.

³¹ Ibid., par. 83.

especialmente com relação ao estabelecimento de relações delicadas entre o Estado e as religiões, a medida não poderia ser considerada excessiva ou exagerada, e portanto, ela não violava o artigo 9(2).³²

Com relação à questão da suposta discriminação, o Tribunal concluiu que não houve violação do artigo 9 em combinação com o artigo 14 da Convenção. Ele observou, em especial, que a diferença de tratamento que resultou da medida questionada era “limitada em escopo”. Na medida em que havia uma diferença de tratamento, ela destinava-se a um objetivo legítimo, e havia uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios utilizados e o objetivo almejado. A diferença de tratamento, portanto, “tinha um objetivo e uma justificativa razoável, segundo o significado da jurisprudência consistente do Tribunal.”³³

2.3.1. Limitações ao direito de manifestar a religião ou crença

Entre as liberdades concedidas pelo artigo 18 do Pacto Internacional, só pode ser restrita a liberdade de manifestar a própria religião ou crença. De acordo com o artigo 18(3), esta liberdade “pode estar sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos fundamentais e as liberdades das demais pessoas”. A Comissão de Direitos Humanos enfatiza que essa disposição “deve ser interpretada no sentido estrito: as restrições não são permitidas com bases que não estejam lá especificados, mesmo se fossem permitidas como restrições a outros direitos protegidos pelo Pacto, tais como a segurança nacional. As limitações só podem ser aplicadas para aqueles fins para os quais foram previstas e precisam estar diretamente relacionadas e ser proporcionais às necessidades específicas para as quais foram previstas.”³⁴ A Comissão acrescenta, enfaticamente, que as limitações sobre o direito de manifestar a própria religião ou crença “não podem ser aplicadas de uma forma que anularia os direitos garantidos no Artigo 18”.³⁵ Finalmente, as limitações não podem, é claro, “ser impostas para fins discriminatórios ou aplicadas de forma discriminatória.”³⁶

Ao recorrer às limitações ao direito de manifestar a religião ou a crença, os Estados-partes precisam, portanto, garantir que elas

- cumpram com o princípio da legalidade (“previsto em lei”);
- sejam impostas exclusivamente para um ou mais dos objetivos enumerados no artigo 18(3);
- sejam necessários para alcançar o objetivo em questão (princípio da proporcionalidade); e, finalmente,

³² Ibid., par. 84.

³³ Ibid., par. 87-88. O Tribunal, reunido em sessão como Grande Câmara, não foi unânime neste caso. Por 12 votos a 5, ele concluiu que não houve violação do artigo 9 da Convenção, embora a votação sobre o artigo 9 em conjunto com o artigo 14 tenha sido de 12 a 7.

³⁴ *United Nations Compilation of General Comments*, p. 145, par. 8.

³⁵ Ibid., loc. cit.

³⁶ Ibid.

- não sejam discriminatórias, mas aplicadas de forma objetiva e razoável.

Com relação ao conceito de **moral** como uma possível justificativa para as limitações à liberdade de manifestar a própria religião ou crença, a Comissão afirma que ele resulta de muitas tradições sociais, filosóficas e religiosas e que, conseqüentemente, as “limitações na liberdade de manifestar uma religião ou crença com o objetivo de proteger a moral precisam estar baseadas em princípios que não resultem exclusivamente de uma única tradição”.³⁷

Ele afirma ainda que “as pessoas já sujeitas a certas limitações legítimas, como prisioneiros, devem continuar a desfrutar dos direitos de manifestar sua religião ou crença na máxima amplitude compatível com a natureza específica da restrição.”³⁸

No caso *Sing Bhinder versus Canadá*, o autor, que era Sikh, reclamou de uma violação ao artigo 18 do Pacto, como conseqüência da rescisão do seu contrato de trabalho após a recusa em usar capacete de segurança durante o trabalho. A Comissão examinou a questão nos termos do artigo 18 e do artigo 26 do Pacto e concluiu que, se a exigência de usar um capacete rígido era considerada causadora de um problema segundo o artigo 18, ela era uma limitação justificada em referência aos fundamentos apresentados no artigo 18(3). Por outro lado, se fosse considerada uma discriminação de fato contra pessoas da religião Sikh, nos termos do artigo 26, “a legislação que obriga os trabalhadores do serviço federal a se protegerem de ferimentos e choques elétricos por meio do uso de capacetes rígidos deve ser considerada como razoável e direcionada a objetivos que são compatíveis com o Pacto.”³⁹

A fundamentação para permitir limitações à liberdade de manifestar a própria religião ou crença inclusas no artigo 12(3) da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos é similar àquela encontrada no artigo 18(3) do Pacto Internacional. Assim, as limitações podem ser impostas, contanto que sejam “previstas em lei” e “se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos fundamentais e as liberdades das demais pessoas”. As medidas adotadas precisam, em outras palavras, ser proporcionais ao objetivo almejado.

De acordo com o artigo 9(2) da Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos, “a liberdade de manifestar a própria religião ou a própria crença está sujeita unicamente às limitações previstas em lei e que sejam necessárias em uma sociedade democrática para proteção da segurança pública, da ordem pública, da saúde ou da moral, ou para proteção dos direitos ou liberdades das demais pessoas.” Os fundamentos enumerados abrangem, em essência, aqueles encontrados nos dois outros tratados. Existe, assim, uma importante convergência sobre a principal questão das limitações à liberdade de manifestar a própria religião ou crença.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid. p. 145-146, par. 8.

³⁹ Comunicação n° 208/1986, *K.Sing Bhinder v. Canada* (Pareceres adotados em 9 de novembro de 1989), em UN doc. GAOR, A/45/40 (vol. II), p. 54, par. 6.2.

Entretanto, o artigo 9(2) da Convenção Européia acrescenta que a condição de que as limitações pelas razões invocadas precisam ser necessárias “em uma sociedade democrática.” O teste necessário precisa, portanto, ser feito à luz das necessidades de uma sociedade baseada na ordem constitucional democrática.

O artigo foi examinado pelo Tribunal Europeu dos Recursos Humanos no caso *Kokkinakis versus Grécia* referente a uma Testemunha de Jeová condenada por proselitismo na Grécia, onde, por força da Lei nº 1363/1938, aditada pela Lei nº 1672/1939, o proselitismo era considerado crime durante a ditadura de Metaxas (1936-1940).⁴⁰ O requerente foi sentenciado pelo Tribunal Penal de Lasithi a quatro meses de prisão, conversíveis em uma pena pecuniária e a uma multa de 10.000 dracmas. Na apelação, o Tribunal de Recursos de Creta reduziu a sentença de prisão a três meses de encarceramento, conversíveis em uma pena pecuniária.⁴¹ O requerente e sua esposa foram presos na casa de uma mulher que era casada com o solista da igreja Ortodoxa local. O requerente reclamou principalmente que essa condenação era uma restrição ilegal ao exercício do seu direito à liberdade de religião.⁴²

O Tribunal Europeu considerou que a condenação do Sr. Kokkinakis correspondia a uma interferência no direito de manifestar sua religião ou crença, que seria contrária ao artigo 9, a menos que fosse: (1) “prevista em lei”; (2) direcionada a um ou mais dos objetivos legítimos do parágrafo 2; e (3) “necessária em uma sociedade democrática” para alcançá-los.⁴³ Essas várias questões foram tratadas da seguinte forma pelo Tribunal:

A interferência estava “prevista em lei”? Em resposta ao argumento do requerente de que a legislação grega não descrevia a “essência objetiva” do delito de proselitismo,⁴⁴ o Tribunal observou que

“a redação de muitas leis não é absolutamente precisa. A necessidade de evitar a rigidez excessiva e de manter-se em sintonia com as mudanças nas circunstâncias significa que muitas leis são inevitavelmente expressas em termos que, em maior ou menor grau, são vagos ... As disposições da legislação criminal sobre o proselitismo enquadram-se nesta categoria. A interpretação e a aplicação dessas leis dependem da prática.”⁴⁵

No caso apresentado havia, entretanto, “um corpo de jurisprudência nacional estabelecido ... que havia sido publicado e estava acessível”, que complementava os termos da Lei de 1936 e permitia ao requerente “regular sua conduta sobre a questão”; conseqüentemente, a medida questionada estava “prevista em lei” com o significado do artigo 9(2) da Convenção Européia.⁴⁶

⁴⁰ *Eur. Court HR, Case of Kokkinakis v. Greece, judgement of 25 May 1993, Series A, No. 260-A, p. 12, par. 16.*

⁴¹ *Ibid.*, p. 8-10, par. 9-10.

⁴² *Ibid.*, p. 16, par. 28.

⁴³ *Ibid.*, p. 18, par. 36.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 19, par. 38.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 19, par. 40.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 19-20, par. 40-41.

A medida foi imposta devido a um objetivo legítimo? O Tribunal concluiu que, em vista das circunstâncias do caso e dos termos reais das decisões do tribunal em questão, “a medida contestada destinava-se a um objetivo legítimo nos termos do artigo 9(2), a saber, a proteção dos direitos e liberdades das outras pessoas, defendidos pelo governo”; o governo havia, de fato, afirmado que “um Estado democrático deveria garantir o gozo pacífico das liberdades pessoais de todos os que vivem em seu território” e que o artigo 9(2) “seria na prática considerado totalmente nugativo”, a menos que o Estado estivesse “vigilante para proteger as crenças religiosas e a dignidade das pessoas das tentativas de influenciá-las por meios imorais ou fraudulentos”.⁴⁷

A proibição era “necessária em uma sociedade democrática”? Esse é o teste crucial em que vários casos foram reprovados, considerando os vários artigos da Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos. O teste do que é “necessário em uma sociedade democrática” é a salvaguarda final contra a interferência no gozo das liberdades fundamentais das pessoas e que talvez possa não ser considerada necessária em uma sociedade pluralista e tolerante.

Embora os Estados Contratantes tenham “uma certa margem de apreciação ... na avaliação da existência ou extensão da necessidade uma interferência, ... essa margem está sujeita à supervisão européia, abrangendo tanto a legislação como as decisões aplicáveis, mesmo aquelas proferidas por um tribunal independente.” A tarefa do Tribunal Europeu no caso *Kokkinakis versus Grécia* era, portanto, “determinar se as medidas tomadas em nível nacional eram justificadas em princípio e proporcionais.”⁴⁸

Quanto ao significado do proselitismo, o Tribunal decidiu, antes de tudo, que :

“é preciso fazer uma distinção entre o testemunho cristão e o proselitismo impróprio. O primeiro corresponde ao verdadeiro evangelismo, que um relatório redigido em 1956, sob os auspícios do Conselho Mundial de Igrejas, descreveu como uma missão e responsabilidade essencial de todo o cristão e de toda a Igreja. O último representa uma corrupção ou deformação delas. Ele pode, segundo o mesmo relatório, assumir a forma de atividades de ofertas materiais ou de vantagens sociais com o objetivo de conquistar novos membros para a Igreja ou exercer pressão indevida sobre pessoas em situações de angústia ou de necessidade; ele pode até mesmo fazer uso da violência ou de lavagem cerebral; de forma mais geral, ele não é compatível com o respeito à liberdade de pensamento, consciência e religião das outras pessoas”.⁴⁹

Um exame do artigo 4 da Lei n^o 1363/1938 demonstrou, entretanto, que os critérios adotados pelos legisladores gregos eram conciliáveis com o precedente se e na medida em que “destinavam-se somente a punir o proselitismo impróprio, o que o Tribunal não tinha que definir

⁴⁷ Ibid., p. 20, par. 44 e 42.

⁴⁸ Ibid., p. 21, par. 47.

⁴⁹ Ibid., p. 21, par. 48.

na súmula do presente caso”.⁵⁰ O Tribunal observou, por outro lado, “que, no seu arrazoado, os tribunais gregos estabeleceram a responsabilidade do requerente por meramente reproduzir a redação do artigo 4 e não especificar suficientemente de que forma o acusado tinha tentado convencer o seu vizinho por meios impróprios.” Na verdade, nenhum dos fatos que eles descreveram garantiam essa observação”.⁵¹ Assim, não havia sido demonstrado que “a condenação do requerente era justificada nas circunstâncias do caso por uma necessidade social premente” e, portanto, a medida contestada não parecia ter sido “proporcional ao objetivo legítimo almejado ou, conseqüentemente, “necessário em uma sociedade democrática ... para a proteção e os direitos e liberdades das outras pessoas”. Em outras palavras, houve uma violação do artigo 9 neste caso.⁵²

Uma violação ao artigo 9 da Convenção Européia também foi observada no caso *Serif versus Grécia*, o qual – diante de um histórico complexo – referia-se ao direito dos muçulmanos de organizar eleições para o cargo de Mufti (legislador supremo) em Rodopi. Aquele direito foi revogado em 24 de dezembro de 1990 pelo governo, por meio de um decreto legislativo que foi validado retroativamente quando o Parlamento grego aprovou a Lei nº 1920, em 4 de fevereiro de 1991. Foi solicitada ao governo a organização de eleições para preenchimento do cargo de Mufti em Rodopi, após a morte do Mufti anterior. Na ausência de uma resposta, foram realizadas eleições nas mesquitas após as preces de 28 de dezembro de 1990. O candidato foi eleito Mufti, e juntamente com outros muçulmanos, questionou, perante a Suprema Corte, a decisão do governo de indicar outra pessoa para aquele cargo.⁵³ Em 12 de dezembro de 1994, o Tribunal Penal de Salonika considerou o requerente culpado nos termos dos artigos 175 e 176 do Código Penal “por ter usurpado as funções de ministro de uma “religião conhecida” e por ter usado publicamente os trajes de ministro sem ter o direito de fazê-lo.⁵⁴ O requerente recebeu uma sentença comutável de oito meses de prisão, que foi reduzida para seis meses na apelação, tendo o Tribunal de Recursos mantido a condenação. A sentença foi comutada por uma multa.⁵⁵

Perante o Tribunal Europeu, o requerente reclamou que sua condenação significava uma interferência injustificada no seu direito à liberdade de livre exercício de sua religião, juntamente com todos aqueles que recorriam a ele para obter orientação espiritual.⁵⁶

O Tribunal concluiu, em primeiro lugar, que a condenação do requerente representava “uma **interferência** no seu direito nos termos do artigo 9 parágrafo 1 da Convenção, “em público ou em particular” ... de manifestar sua religião ... por meio do culto e do ensino”; isto decorreu dos fatos que serviram de base para a condenação, segundo os quais o requerente havia emitido

⁵⁰ Ibid., loc. cit. De acordo com o artigo 4(2) da Lei nº 1363/1938 e alterações, “proselitismo” significava, “em particular, qualquer forma direta ou indireta de tentativa de intromissão na crença religiosa de uma pessoa de convicção religiosa diferente (heterodoxos), com o objetivo de enfraquecer essa crença, quer por qualquer tipo de persuasão ou promessa de apoio moral ou de auxílio material, ou por meios fraudulentos ou aproveitando-se da inexperiência, confiança, necessidade, pouca inteligência ou ingenuidade”, p. 12, par. 16.

⁵¹ Ibid., p. 21, par. 49.

⁵² Ibid. p. 21-22, par. 49-50.

⁵³ *Eur. Court HR, Case of Serif v. Greece, judgment of 14 December 1999, Reports 1999-IX*, p. 79, par. 9-12.

⁵⁴ Ibid., p. 79-80, par. 13, 15 e 16; a citação é do par. 13.

⁵⁵ Ibid., p.80, par. 16-17.

⁵⁶ Ibid., p. 84, par. 36.

uma mensagem sobre a importância religiosa de uma festa, feito um discurso em um encontro religioso, vestido os trajes de um líder religioso e assim por diante.⁵⁷ Entretanto, o Tribunal não considerou necessário tratar da questão se a interferência estava “**prevista em lei**”, já que ela era, de qualquer modo, contrária ao artigo 9 em outros fundamentos.

A seguir, o Tribunal aceitou que a interferência **almejava um objetivo legítimo** nos termos do artigo 9(2) da Convenção, a saber, a proteção da “ordem pública”, já que “o requerente não era a única pessoa que alegava ser o líder religioso da comunidade muçulmana local”, tendo as autoridades nomeado outra pessoa. O governo havia afirmado que a interferência serviu a um propósito legítimo, pois protegendo a autoridade do Mufti legal “os tribunais nacionais procuraram preservar a ordem na comunidade religiosa em particular e na sociedade como um todo.”⁵⁸

Finalmente, ao considerar se a **interferência era necessária em uma sociedade democrática**, o tribunal evocou sua sentença no caso *Kokkinakis*, segundo a qual a “liberdade de pensamento, consciência e religião é um dos alicerces de uma “sociedade democrática”, sendo o pluralismo “indissociável” desse tipo de sociedade.⁵⁹ No entanto, era verdade que:

“em uma sociedade democrática, pode ser necessário impor restrições à liberdade de religião para conciliar os interesses de vários grupos religiosos ... Entretanto, quaisquer restrições precisam corresponder a uma “necessidade social premente” e precisam ser “proporcionais ao objetivo legítimo almejado”.⁶⁰

Ainda segundo a visão do Tribunal, “a punição de uma pessoa somente por agir como líder religioso de um grupo que o seguia voluntariamente dificilmente poderá ser considerada compatível com as exigências de pluralismo religioso em uma sociedade democrática.”⁶¹ O Tribunal “não ignorou o fato de que existia em Rodopi, além do requerente, um Mufti indicado oficialmente” e que o governo alegou “que a condenação do requerente era necessária em uma sociedade democrática porque suas ações enfraqueceram o sistema implementado pelo Estado para a organização da vida religiosa da comunidade muçulmana na região.” O Tribunal recordou, entretanto, que “não havia indicação de que o requerente tenha tentado, a qualquer momento, exercer as funções judiciais e administrativas previstas na disposição da legislação sobre os Muftis e outros ministros de “religiões conhecidas”. Ele não considerou que “em sociedades democráticas, o Estado precisa tomar medidas para garantir que as comunidades religiosas permaneçam ou sejam encaminhadas para uma liderança unificada.”⁶²

Só restou ao Tribunal considerar o argumento do governo segundo o qual “nas circunstâncias específicas do caso, as autoridades tiveram que intervir a fim de evitar a criação

⁵⁷ Ibid., p. 85, par. 39, ênfase acrescentada.

⁵⁸ Ibid., p. 86, par. 43 e 45.

⁵⁹ Ibid., p. 87, par. 49.

⁶⁰ Ibid., loc. cit.

⁶¹ Ibid., p. 88, par. 51.

⁶² Ibid., p. 88, par. 52.

de tensão entre os muçulmanos de Rodopi e os muçulmanos e cristãos da área, bem como da Grécia e da Turquia.” Para essa questão, o Tribunal apresentou a seguinte resposta importante:

“Embora o Tribunal reconheça ser possível a criação de tensão em situações em que uma comunidade religiosa ou de qualquer outra natureza esteja dividida, ele considerada que esta é uma das conseqüências inevitáveis do pluralismo. O papel das autoridades nessas circunstâncias não é remover a causa de tensão eliminando o pluralismo, mas garantir que os grupos rivais sejam tolerantes uns com os outros.”⁶³

O Tribunal observou que “além da referência geral à criação de tensão, o governo não fez qualquer alusão aos distúrbios entre os Muçulmanos de Rodopi que foram causados de fato, ou que poderiam ter sido causados, pela existência de dois líderes religiosos.” Ele também considerou que não haviam sido apresentadas novas provas “que poderiam justificar a qualificação do risco de tensão entre muçulmanos e cristãos, ou entre a Grécia e a Turquia, como algo além de uma remota possibilidade.”⁶⁴

À luz de todas essas considerações, o Tribunal concluiu que não havia sido demonstrado que a condenação do requerente “era justificada, nas circunstâncias do caso, por uma necessidade social premente”. Como resultado, a interferência no seu direito de, em público ou em particular, manifestar sua religião por meio do culto e do ensino não era “necessária em uma sociedade democrática ... para a proteção da ordem pública”, nos termos do artigo 9 parágrafo 2 da Convenção.⁶⁵ Assim, o artigo 9 havia sido violado.

O terceiro caso referente ao artigo 9 da Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos é o de *Buscarini e Outros versus San Marino*, referente à obrigação imposta sobre os requerentes de fazer um juramento contendo uma referência ao Santo Evangelho, sob pena de perderem os assentos no parlamento da República de San Marino. Na opinião deles, ficara demonstrado que na República “no momento em questão, o exercício de um direito político, como o de ocupar um cargo parlamentar, estava sujeito à profissão pública de uma fé em particular” em violação ao artigo 9 da Convenção.⁶⁶ O governo, por sua vez, sustentou que o “texto do julgamento em questão não era religioso, mas sim de significado histórico e social e baseado na tradição.” Ele não representava, portanto, uma limitação à liberdade de religião do requerente.⁶⁷

Reiterando sua decisão fundamental do caso *Kokkinakis* sobre a liberdade de pensamento, consciência e religião, o Tribunal acrescentou que sua liberdade “abrange, entre outras, a liberdade de possuir ou não crenças religiosas ou a prática ou não de uma religião.” A obrigação de os requerentes fazerem o juramento sobre o Evangelho “constituía uma limitação de fato” segundo o significado do artigo 9(2) da Convenção, “já que ela exigia que eles jurassem

⁶³ Ibid., p. 88, par. 53.

⁶⁴ Ibid., p. loc. cit.

⁶⁵ Ibid., p. 88, par. 54.

⁶⁶ *Eur. Court HR, Case of Buscarini and Others v. San Marino, judgment of 18 February 1999, Reports 1999-I, p. 612, par. 12-13 e p. 615, par. 30 (citação).*

⁶⁷ Ibid., p.616, par. 32.

devotamento a uma determinada religião sob pena de perderem seus assentos no parlamento.”⁶⁸ Assim, surgiu a questão de se essa interferência poderia ser justificada por estar prevista na lei e ser necessária em uma sociedade democrática para um ou mais dos objetivos legítimos estabelecidos no artigo 9(2).

O Tribunal concluiu que a medida estava “**prevista em lei**”, já que ela se baseava no artigo 55 da Lei das Eleições de 1958, que fazia referência ao Decreto de 27 de junho de 1909, o qual estabelecia o texto do julgamento a ser proferido pelos membros do Parlamento.⁶⁹ Sem determinar, neste caso, se havia quaisquer **objetivos legítimos** que justificassem interferência no significado do artigo 9(2) da Convenção, o Tribunal concluiu que não estava em dúvida se a lei de San Marino garantia e liberdade de consciência e de religião. No caso em questão, entretanto, “exigir que os requerentes fizessem um juramento sobre o Evangelho era equivalente a exigir que os dois representantes eleitos pelo povo jurassem devotamento a uma determinada religião”, uma exigência que não era compatível com o artigo 9 da Convenção e que, portanto, havia sido violado.⁷⁰ Em outras palavras, a interferência não era necessária em uma sociedade democrática.

2.3.2. Proibições à liberdade de manifestar a própria religião ou crença

O artigo 18 do Pacto Internacional precisa ser lido juntamente com o artigo 20, segundo o qual os seguintes atos “serão proibidos por lei”:

- qualquer “propaganda a favor da guerra” (art. 20(1)), e
- qualquer apologia ao ódio religioso, racial ou nacional, que constitua incitação à discriminação, hostilidade ou violência” (art. 20(2)).⁷¹

Conseqüentemente, a manifestação de religião ou de crença não poderá, **em momento algum**, ser usada como ferramenta para incentivo da guerra ou apologia ao ódio. A Comissão de Direitos Humanos confirma que nenhuma derrogação efetuada nos termos do artigo 4(1) do Pacto “poderá ser invocada como justificativa para o Estado-parte engajar-se, contrariamente ao Artigo 20, em propaganda a favor da guerra, ou apologia ao ódio religioso, racial ou nacional, que constituiria incitação à discriminação, hostilidade ou violência.”⁷² O fato de os Estados-partes serem legalmente obrigados a declarar ilegal a propaganda pró-guerra e a incitação religiosa à discriminação, hostilidade e violência implica que eles também têm o dever legal de garantir que essa proibição seja respeitada na prática.

Toda a pessoa tem o direito de manifestar sua religião, em particular ou em público, individual ou coletivamente.

A manifestação da própria religião ou crença pode incluir atividades como o culto, a

⁶⁸ Ibid., p. 616, par. 34.

⁶⁹ Ibid., p. 616, par. 35.

⁷⁰ Ibid., p. 617, par. 39.

⁷¹ *United Nations Compilation of General Comments*, p. 145, par 7.

⁷² Comentário Geral nº 29 (72) (Derrogação das disposições do Pacto durante o estado de emergência) no doc. UN GAOR, A/56/40 (vol. I) p. 206, par. 13(e).

celebração de ritos, de práticas, o ensino, a evangelização e os rituais.

O direito de manifestar a própria religião pode estar sujeito a limitações, contanto que essas limitações:

- *estejam previstas em lei,*
- *sejam impostas para proteger um objetivo legítimo, a saber, a segurança pública, a ordem, a saúde e a moral públicas e os direitos das outras pessoas, e*
- *seja necessária para proteger um propósito legítimo.*

No âmbito europeu, a noção de sociedade democrática desempenha um papel fundamental na determinação da necessidade de medidas que limitem o direito da pessoa de manifestar sua religião ou crença.

2.4. Liberdade de religião e ensino da escola pública

De acordo com a Comissão de Direitos Humanos, “a liberdade dos pais ou dos tutores legais de assegurar às crianças a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções”, nos termos do artigo 18(4) do Pacto “está relacionada às garantias da liberdade de ensinar uma religião ou crença, mencionada no Artigo 18.1.” Isto significa, entre outras coisas, que o artigo 18(4) do Pacto “permite que a escola pública ensine matérias como história geral das religiões e ética, se elas forem apresentadas de forma neutra e objetiva”, mas o “ensino público que inclua uma religião ou crença específica é incompatível com artigo 18.4, a menos que haja uma disposição sobre isenções ou alternativas não discriminatórias que acomodariam os desejos dos pais ou tutores.”⁷³

No caso de *Hartikainen versus Finlândia*, o autor reclamou de uma violação do artigo 18(4) do Pacto, em consequência da exigência da legislação finlandesa de que seja ministrada história das religiões e ética, em vez do ensino religioso, aos alunos cujos pais ou tutores legais tenham objeções à orientação religiosa. O autor, que era professor e também membro da Associação dos Livre-Pensadores na Finlândia, queria que as aulas alternativas fossem neutras e não compulsórias. Por discordar do autor, a Comissão concluiu que o ensino alternativo da história das religiões e ética não era, por si, incompatível com o artigo 18(4) do Pacto se “elas fossem apresentadas de forma neutra e objetiva”, respeitando “as convicções dos pais e tutores que não acreditam em nenhuma religião.” De qualquer forma, a legislação contestada permitiu expressamente que os pais e tutores que não queriam que suas crianças recebessem educação religiosa ou ensino sobre a história das religiões e ética obtivessem isenção das aulas, providenciando para que elas tivessem um ensino comparável fora da escola.⁷⁴

⁷³ *United Nations Compilation of General Comments*, p. 145, par. 6.

⁷⁴ Comunicação Nº. R.9/40, *E.Hartikainen v. Finland* (Pareceres adotados em 9 de abril de 1981), em UN doc. GAOR, A/36/40, p. 152, par. 10.4.

O artigo 12(4) da Convenção Americana garante aos pais e tutores, conforme o caso, o direito de que seus filhos e tutelados recebam educação moral e religiosa que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Embora o artigo 9 da Convenção Européia não inclua garantia semelhante, a segunda frase do artigo 2 do Protocolo nº 1 da Convenção afirma que:

“No exercício de quaisquer funções que assuma em relação à educação e ao ensino, o Estado respeitará o direito dos pais de garantir que essa educação e ensino estejam em conformidade com suas próprias convicções religiosas e filosóficas.”

De acordo com o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, esta frase, que é um complemento do direito fundamental à educação garantido pela primeira frase do artigo,⁷⁵

“vinculará os Estados Contratantes no exercício de toda e qualquer função – refere-se a “quaisquer funções” – que eles assumam na esfera da educação e do ensino, inclusive aquela que consiste da organização e financiamento do ensino público”.⁷⁶

A disposição “tem como objetivo, em resumo, salvaguardar a possibilidade de pluralismo na educação, possibilidade essa que é essencial para a preservação da “sociedade democrática”, tal como concebida pela Convenção. Em vista do poder do Estado moderno, este objetivo será alcançado, acima de tudo, por meio do ensino oferecido pelo Estado.”⁷⁷ Assim, o artigo 2 do Protocolo nº 1 “ordena que o Estado respeite as convicções dos pais, sejam elas religiosas ou filosóficas, em todo o programa de educação do Estado” e, conseqüentemente, ele não “permite que seja feita distinção entre o ensino religioso e as outras matérias.”⁷⁸

Entretanto, a segunda frase do artigo 2 do Protocolo

“não proíbe os Estados de transmitirem, por meio do ensino ou da educação, informações ou conhecimentos de natureza religiosa ou filosófica, direta ou indiretamente. Ele nem mesmo permite que os pais se oponham à integração desse ensino ou educação no currículo escolar, caso contrário todo o ensino institucionalizado correria o risco de se tornar impraticável.”⁷⁹

⁷⁵ Eur. Court HR, *Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen, judgment of 7 December 1976, Series A, No. 23*, p.26, par. 52.

⁷⁶ Ibid., p. 24, par. 50.

⁷⁷ Ibid., p. 25, par. 50.

⁷⁸ Ibid., p. 25, par. 51.

⁷⁹ Ibid., p. 26, par. 53.

A mesma disposição

“implica, por outro lado, que o Estado, ao cumprir as funções assumidas por ele em relação à educação e ao ensino, precisa tomar cuidado para que as informações ou o conhecimento incluídos no currículo sejam transmitidos de forma objetiva, crítica e pluralista. O Estado é proibido de almejar um objetivo de doutrinação que possa ser considerado desrespeitoso às convicções religiosas ou filosóficas dos pais. Este é o limite que não pode ser ultrapassado.”⁸⁰

No caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen versus Dinamarca*, os requerentes contestaram a educação sexual integrada e compulsória nas escolas primárias dinamarquesas e alegaram que ela violava os direitos previstos no artigo 2 do Protocolo nº 1 da Convenção, entre outros. Entretanto, após examinar a legislação dinamarquesa, o Tribunal concluiu que a disposição não havia sido violada. Na sua opinião, a legislação não envolvia “a transgressão das fronteiras daquilo que um Estado democrático poderia considerar como de interesse público” e “de forma alguma representava uma tentativa de doutrinação com o objetivo de defender um tipo específico de comportamento sexual”.⁸¹ Entretanto, o Tribunal acrescentou que, a fim de evitar abusos na sua aplicação cometidos por uma determinada escola ou professor, “as autoridades competentes tinham o dever de tomar o máximo cuidado para que as convicções religiosas e filosóficas dos pais não fossem desrespeitadas nesse âmbito por descuido, falta de bom-senso ou proselitismo inapropriado.”⁸²

No caso de *Campbell e Cosans*, por outro lado, o Tribunal concluiu que houve uma violação da segunda frase do artigo 2 do Protocolo nº 1, como consequência da existência de punições físicas como medida disciplinar nas escolas frequentadas por crianças, pois essa punição era contrária à suas convicções filosóficas.⁸³

Segundo o Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, os pais ou tutores legais têm o direito de assegurar que a educação religiosa e moral de seus filhos seja transmitida de acordo com suas próprias convicções.

Entretanto, é compatível com o Pacto Internacional que as escolas públicas transmitam ensinamentos de assuntos como história geral das religiões e ética, desde que isso seja feito de forma neutra e objetiva.

Segundo a Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos, os Estados Contratantes são legalmente obrigados a garantir que em toda e qualquer função que eles assumam no campo da educação e do ensino, as convicções religiosas ou

⁸⁰ Ibid., loc. cit.

⁸¹ Ibid., p. 27, par. 54.

⁸² Ibid., p. 28, par. 54.

⁸³ Eur. Court HR, *Case of Campbell and Cosans, judgement of 25 February 1982, Series A, No. 48*, pp. 14-18, par. 32-38.

filosóficas dos pais ou tutores legais sejam respeitadas.

Isto significa que os Estados precisam tomar cuidado para transmitir as informações ou o conhecimento de forma objetiva, crítica e pluralista, e que eles são proibidos de ter a doutrinação como objetivo.

2.5. Religião do Estado e minorias religiosas

O reconhecimento de uma religião como a chamada religião do Estado ou de uma religião que seja simplesmente a religião oficial ou tradicional, ou ainda de uma religião professada pela maioria da população do Estado pode facilmente implicar na discriminação de outras religiões. Entretanto, como observado pela Comissão de Direitos Humanos, esta situação “não resultará em qualquer prejuízo do gozo de quaisquer direitos nos termos deste Pacto, inclusive dos artigos 18 e 27, nem em qualquer discriminação contra seguidores de outras religiões ou contra os que não crêem.⁸⁴ Seria contrário à disposição sobre não-discriminação do artigo 26 do Pacto, por exemplo, adotar “medidas restringindo a habilitação para serviços do governo aos membros da religião predominante, conceder-lhes privilégios econômicos ou impor restrições especiais à prática de outras crenças.”⁸⁵

A Comissão indica, a esse respeito, que o artigo 20(2) do Pacto oferece “salvaguardas importantes contra violações dos direitos de minorias religiosas e de outros grupos religiosos no exercício dos direitos garantidos pelos artigos 18 e 27, assim como contra atos de violência ou perseguição contra aqueles grupos.”⁸⁶

Por fim, a Comissão enfatiza que “se um conjunto de crenças for tratado como a ideologia oficial em constituições, leis, manifestos dos partidos governantes, etc., ou na prática real, isto não resultará em qualquer prejuízo às liberdades previstas no artigo 18 ou a quaisquer outros direitos reconhecidos pelo Pacto, nem em qualquer discriminação contra pessoas que não aceitam a ideologia oficial ou que a ela se opõem.”⁸⁷

A Comissão de Direitos Humanos enfatiza que os Estados-partes do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos têm o dever legal de assegurar que não haja discriminação contra os seguidores de outras religiões ou contra os que não crêem.

⁸⁴ *United Nations Compilation of General Comments*, p. 146, par.9.

⁸⁵ *Ibid.*, loc.cit.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.* par. 10.

2.6. Objeção de consciência com base religiosa

Embora o direito à objeção de consciência não seja expressamente garantido pelo Pacto Internacional, a Comissão de Direitos Humanos “acredita que esse direito possa ser proveniente do Artigo 18, visto que a obrigação de usar a força letal poderá conflitar seriamente com a liberdade de consciência e com o direito de manifestar a própria religião ou crença. Quando esse direito é reconhecido por lei ou na prática, não haverá diferenciação entre os objetores de consciência com base na natureza de suas crenças particulares; da mesma forma, não haverá discriminação contra objetores de consciência em virtude de eles não terem cumprido o serviço militar.”⁸⁸

Essas visões foram confirmadas em vários casos instaurados segundo o Protocolo Facultativo do Pacto, como *Westerman versus Holanda*, em que o autor reclama, entre outras coisas, da violação do artigo 18 como consequência de ele ter sido condenado a nove meses de prisão por se recusar a usar uniforme militar, conforme ordenado por um oficial. Antes de ingressar no serviço militar, o autor tinha, em vão, tentado ser reconhecido como um objetor de consciência com base no fato de o exército ser “contrário ao destino das pessoas”.⁸⁹

A questão a ser decidida pela Comissão era se a imposição de sanções sobre o autor “para cumprimento do dever militar era ... uma violação do direito à liberdade de consciência. A Comissão indicou que as autoridades responsáveis “avaliaram os fatos e os argumentos apresentados pelo autor em apoio à sua reivindicação de isenção como objetor de consciência, à luz das disposições legais referentes à objeção de consciência, e que essas disposições legais eram compatíveis com as disposições do Artigo 18.” Ele observou também que o autor não “tinha convencido” as autoridades do Estado “de que ele tinha uma objeção intransponível de consciência ao serviço militar ... devido ao uso de meios violentos.” Com este fundamento, a Comissão concluiu que “não havia nada nas circunstâncias do caso que exigisse a substituição da sua própria avaliação do assunto pela das autoridades nacionais.”⁹⁰ Assim, o artigo 18 não havia sido violado.

A questão da objeção de consciência pode, entretanto, ser examinada nos termos dos artigos 8 e 26 do Pacto. Nos termos do artigo 8(3)(c)(ii), a expressão “trabalho forçado e compulsório” não incluirá “qualquer serviço de caráter militar e, em países onde a objeção de consciência é reconhecida, qualquer serviço nacional exigido por lei dos objetores de consciência.” Entretanto, a Comissão vêm considerando consistentemente como violação do artigo 26 do Pacto os casos em que o serviço alternativo nacional é **desproporcionalmente mais longo** do que o serviço militar. Isto aconteceu, por exemplo, no caso *R. Maille versus França*. A lei francesa exigia que os objetores de consciência cumprissem 24 meses de serviço alternativo em vez dos 12 meses de serviço militar. Nesse caso, a Comissão concluiu que o artigo 26 do Pacto tinha sido violado “pois o autor havia sido discriminado com base na convicção de consciência”, já que o governo não tinha apresentado quaisquer razões que demonstrassem que a

⁸⁸ Ibid., par. 11.

⁸⁹ Comunicação Nº. 682/1996, *Westerman v. the Netherlands* (Pareceres adotados em 3 de novembro de 1999), em UN doc. GAOR, A/55/40 (vol. II), p. 41-43, par. 2.1-2.7 e p. 46, par. 9.4.

⁹⁰ Ibid., p. 47, par. 9.5.

diferenciação baseava-se em “critérios objetivos razoáveis” que justificariam o período mais longo de serviço.⁹¹

Com relação à objeção de consciência, a Comissão também considerou que a isenção de apenas um grupo de objetores de consciência, como as Testemunhas de Jeová, e a inaplicabilidade da isenção a todos os outros, não podem ser consideradas razoáveis, já que “não será feita qualquer diferenciação entre os objetores de consciência com base na natureza de suas crenças particulares”.⁹² Como o autor não tinha demonstrado “que sua convicção como pacifista era incompatível com o sistema de serviço substituto ... ou que o tratamento dispensado às Testemunhas de Jeová afetava os seus direitos como objetor de consciência contra o serviço militar”, a Comissão achou que ele não tinha sido vítima de uma violação do artigo 26 do Pacto.⁹³

A Comissão de Direitos Humanos aceita que o direito à objeção de consciência pode ser resultante do artigo 18 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos. Este direito não é incondicional e a Comissão pode relutar em reexaminar as decisões tomadas pelas autoridades nacionais a esse respeito. Entretanto, quando o direito à objeção de consciência é reconhecido na legislação nacional, não pode haver discriminação entre as pessoas em questão com base nas suas crenças particulares.

O serviço alternativo/substituto não pode ser desproporcionalmente mais longo do que o serviço militar regular. Qualquer distinção a esse respeito precisa estar baseada em critérios objetivos e razoáveis.

3. O Direito à Liberdade de Opinião e Expressão

3.1. Disposições Legais Relevantes

As principais disposições legais abordadas neste subitem são:

Artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

⁹¹ Ibid. Comunicação N°. 689/1996, *R. Maille v. France* (Pareceres adotados em 10 de julho de 2000), p.72, par.10.4.

⁹² Comunicação N°. 402/1990, *H. Brinkhof v. the Netherlands* (Pareceres adotados em 27 de julho de 1993) no UN doc. GAOR A/48/40 (vol. II), p.129, par. 9.3.

⁹³ Ibid., loc. cit.

“Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

Artigo 19 do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos:

“1. Toda pessoa terá o direito de ter opiniões sem interferências.

2. Toda pessoa terá o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e transmitir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

3. O exercício dos direitos previstos no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- (a) assegurar o respeito aos direitos e à reputação das outras pessoas;
- (b) a proteção da segurança nacional, da ordem, da saúde ou da moral públicas. ”

Artigo 9 da Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos:

“1. Toda a pessoa tem direito à informação.

2. Toda a pessoa tem direito de exprimir e de difundir as suas opiniões nos termos da lei.”

Artigo 13 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos:

“1. Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de buscar, receber e transmitir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no parágrafo precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas estará sujeito à atribuição posterior de responsabilidades, que devem ser expressamente estabelecidas pela lei na medida necessária para assegurar:

- a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por métodos ou meios indiretos, tais como o abuso de controle oficial ou particular da imprensa, das frequências de transmissões de rádio ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informações, nem por quaisquer outros meios destinados a impedir a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. Não obstante as disposições do parágrafo 2 acima, os espetáculos públicos podem, por lei, ser submetidos à censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência.

5. Qualquer propaganda a favor da guerra, bem como toda a apologia ao ódio religioso, racial ou nacional, que constitua incitação à violência ilegal ou a qualquer outro ato semelhante contra qualquer pessoa ou grupos de pessoas, sob qualquer argumento, inclusive raça, cor, religião, língua ou origem nacional, serão considerados crimes puníveis por lei.”

Artigo 10 da Convenção Europeia Sobre os Direitos Humanos:

“1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito inclui a liberdade de ter opiniões e de receber ou de transmitir informações e idéias sem ingerência de quaisquer autoridades públicas e independentemente de fronteiras. Este artigo não impedirá que os Estados exijam o licenciamento de empresas de radiodifusão, de televisão ou cinema.

2. O exercício destas liberdades, como implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções previstas pela lei e que sejam necessárias em uma sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, para a defesa da ordem e prevenção do crime, para a proteção da saúde ou da moral, proteção da reputação ou dos direitos das outras pessoas, para impedir a divulgação de informações recebidas em confidencialidade, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do judiciário.”

O direito à liberdade de expressão também é garantido pelo artigo 5(d)(viii) da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e pelo artigo 13 da Convenção Sobre os Direitos da Criança.

Como a essência da liberdade de expressão está intrinsecamente vinculada a limitações ao seu exercício, estas duas questões serão tratadas em conjunto, à luz da ampla jurisprudência e dos comentários oficiais dos órgãos de monitoramento internacional.

3.2. Artigo 19 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos

O direito “de ter opiniões sem interferências” garantido pelo artigo 19(1) “é um direito para qual o Pacto não permite exceções ou restrições”.⁹⁴ Isto é lógico, já que é impossível controlar o que se passa na mente de alguém.

O direito à liberdade de expressão garantido pelo artigo 19(2) é multidimensional e de longo alcance, e inclui a “liberdade de procurar, receber e transmitir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma

⁹⁴ Comentário Geral nº 10 (Artigo 19) da Comissão de Direitos Humanos, em UN doc. *United Nations Compilation of General Comments*, p. 119, par. 1.

imprensa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha”. No seu Comentário Geral de 1983 sobre este artigo, a Comissão de Direitos Humanos observa que não é suficiente para os Estados-partes alegarem, em seus relatórios periódicos, que a liberdade de expressão é garantida pela Constituição; “a fim de conhecer precisamente o regime de liberdade de expressão segundo a lei e na prática, a Comissão precisa também de informações pertinentes sobre as regras que definem o escopo da liberdade de expressão ou que estabelecem certas restrições, bem como quaisquer outras condições que, na prática, afetem o exercício desse direito”.⁹⁵

As restrições permitidas pelo artigo 19(3) do Pacto “serão as expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para ... o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas” ou “para proteção da segurança nacional, da ordem, da saúde ou da moral públicas”. **Em outras palavras, para serem legais, as restrições sobre liberdade de expressão precisam estar de acordo com os princípios da legalidade e proporcionalidade, e ser impostas por um ou mais dos objetivos legítimos enumerados no Artigo 19(3).** A Comissão enfatizou ainda que o direito à liberdade de expressão “é de suprema importância em qualquer sociedade democrática, e quaisquer restrições ao seu exercício precisam atender a testes rigorosos de justificativa.”⁹⁶

A liberdade de expressão poderá, entretanto, também ser limitada com base no artigo 20 do Pacto, segundo o qual “propaganda em favor da guerra” e “qualquer apologia ao ódio religioso, racial ou nacional, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência serão proibidos por lei.”

O escopo do artigo 19 em vários contextos será ilustrado em mais detalhes por uma seleção de comunicações feita nos termos do Protocolo Opcional e de recomendações feitas pela Comissão em relação à análise dos relatórios periódicos dos Estados-partes.

O artigo 19(1) do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos garante o direito de ter opiniões sem interferência. Este direito não pode estar sujeito a qualquer exceção ou restrição.

Como ponto de partida, o direito à liberdade de expressão do artigo 19(2) pode ser descrito como bem abrangente, pois ele inclui o direito de procurar, receber e transmitir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de fronteiras, verbalmente, por escrito ou de forma impressa, ou por qualquer meio de sua escolha. A arte é uma forma de expressão protegida pelo artigo 19(2).

A liberdade de expressão pode ser limitada apenas com base nos artigos 19(3) e 20 do Pacto.

⁹⁵ Ibid., p. 120, par. 3

⁹⁶ Comunicação Nº. 628/1995, *T. Hoon Park v. the Republic of Korea* (Pareceres adotados em 20 de outubro de 1998) em UN doc. GAOR, A/54/40 (vol. II), p. 91, par. 10.3.

3.2.1. Escolha do idioma no tribunal

No caso *Cadoret e Le Bihan versus França*, os autores alegaram que sua liberdade de expressão tinha sido violada, já que eles não tiveram permissão para usar o idioma bretão nos tribunais franceses; a Comissão observou que o fato de os autores não terem podido utilizar o idioma de sua escolha não gerava problemas nos termos do artigo 19(2). A reclamação foi, portanto, declarada inadmissível.⁹⁷ Na Austrália, foi feita a mesma observação com relação ao intérprete de linguagem dos sinais no tribunal, para pessoas surdas.⁹⁸ Deve-se lembrar, entretanto, que uma pessoa que não entende o idioma utilizado no tribunal tem direito ao auxílio gratuito de um intérprete (vide Capítulo 7, subitem 3.9).

A liberdade de informação, tal como garantida pelo artigo 19 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos, não inclui o direito de falar o idioma de escolha em processos no tribunal.

3.2.2. Publicidade

No caso *Ballantyne, Davidson e MacIntyre versus Canadá*, os autores, que estavam morando em Quebec, reclamaram da violação, entre outros, do artigo 19 do Pacto, porque eles foram “proibidos de usar o Inglês para fins de publicidade, como por exemplo, em placas comerciais fora das instalações comerciais, ou no nome da firma”.⁹⁹ A Comissão de Direitos Humanos não compartilhou a opinião de que as atividades comerciais não estavam incluídas no artigo 19. Ela decidiu que o artigo 19(2)

“precisa ser interpretado como abrangendo todas as formas de idéias subjetivas e de opiniões passíveis de serem transmitidas aos outros, que sejam compatíveis com o Artigo 20 do Pacto, de notícias e informações, de expressão comercial e publicidade, ou obras de arte, etc.; ele não deve ser limitado aos meios de expressão política, cultural ou artística. Na opinião da Comissão, o elemento comercial em uma expressão que assuma a forma de “outdoor” não pode ter o efeito de remover esta expressão do escopo da liberdade protegida. A Comissão não concorda também com que qualquer uma das formas de expressão acima possa estar sujeita a graus variáveis de limitação, resultando em que algumas formas de expressão possam sofrer restrições mais amplas do que outras.”¹⁰⁰

Como o direito à liberdade de expressão estabelecido no artigo 19(2) havia sido limitado, a Comissão teve que decidir se as restrições poderiam ser justificadas nos termos do artigo 19(3)

⁹⁷ Comunicações n^{os} 221/1987 e 323/1998, *Y. Cadoret and H. Le Bihan v. France* (Pareceres adotados em 11 de abril de 1991) em UN doc. GAOR, A/46/40, p. 224, par. 5.2.

⁹⁸ Vide *Gradidge v. Grace Bros. Pty. Ltd.* (1998), *Federal Law Reports*, vol. 92, p. 414.

⁹⁹ Comunicações n^{os} 359/1989 e 385/1989, *J. Ballantyne and E. Davidson, and G. McIntyre v. Canada* (Pareceres adotados em 31 de março de 1993) em UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 91, par. 1.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 102-103, par. 11.3.

do Pacto. Embora as medidas relevantes estivessem “de fato previstas em lei”, a saber o item 58 da Carta da Língua Francesa e alterações do item 1 do Projeto de Lei nº 178, surgiu a questão de se era necessário garantir o respeito aos direitos das outras pessoas, a saber “os direitos da minoria francófona no Canadá.” Na opinião da Comissão, “não era necessário, para proteger a posição vulnerável no Canadá do grupo francófono, proibir a publicidade comercial em Inglês”, já que essa proteção poderia ser alcançada de outras formas que não impedissem “a liberdade de expressão, no idioma de escolha daqueles que atuam em áreas como o comércio”. A lei poderia, por exemplo, exigir que a publicidade fosse feita em Francês e Inglês. A Comissão acrescentou que “um Estado pode escolher uma ou mais línguas oficiais, mas não pode excluir, fora das esferas da vida pública, a liberdade de expressar-se no idioma de sua escolha.”¹⁰¹ Assim, o artigo 19(2) havia sido violado.¹⁰²

A liberdade de expressão, garantida pelo artigo 19(2) do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos, não está limitada aos meios de expressão política, cultural e artística, mas abrange todas as formas de idéias e opiniões subjetivas que se possa transmitir aos outros, como a publicidade comercial.

Fora da esfera pública, as pessoas têm o direito de escolher o idioma em que elas querem se expressar. Na vida pública, entretanto, o Estado pode escolher um ou mais idiomas oficiais.

3.2.3. Difamação e divulgação de informações falsas

A Comissão de Direitos Humanos observou que uma disposição do Código Penal da Croácia que permite processos por calúnia poderia, em certas circunstâncias, levar a restrições que poderiam ir além das permissíveis nos termos do artigo 19(3). Entretanto, considerando a ausência de informações específicas fornecidas pelo autor no caso *D.Paraga versus Croácia* e a extinção das acusações contra ele, a Comissão não pôde concluir que a abertura de processos contra o autor representava, por si, uma violação do artigo 19. O processo foi instaurado porque ele havia se referido ao Presidente da Croácia como “ditador”.¹⁰³

Ao analisar o relatório inicial da Croácia, a Comissão também indicou que, embora o direito à liberdade de expressão esteja constitucionalmente garantido, “a variedade de disposições do Código Penal que trata de crimes contra a honra e a reputação, abrangendo as áreas de difamação, calúnia, injúria e assim por diante, eram imprecisas no seu escopo, principalmente em relação a discursos e expressões dirigidos contra as autoridades.” Era imprescindível, portanto, que o Estado-parte trabalhasse na elaboração de “um código abrangente e equilibrado nesta área”, estabelecendo, com clareza e precisão, as restrições à liberdade de discurso e expressão e garantindo que essas restrições não excedam as permitidas

¹⁰¹ Ibid., p. 103, par. 11.4

¹⁰² Ibid., loc.cit.

¹⁰³ Comunicação nº 727/1996, *D. Paraga v. Croatia* (Pareceres adotados em 4 de abril de 2001), em UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. II), p. 66, par. 9.6.)

pelo artigo 19(3) do Pacto.¹⁰⁴ A Comissão também observou a existência do crime de desrespeito à autoridade (desacato), na República Dominicana, que ele considerava contrário ao artigo 19 do Código. Foi solicitado ao Estado-parte que ele tomasse providências para abolir aquele crime.¹⁰⁵

A Comissão manifestou preocupação no caso do Iraque devido às “restrições severas ao direito de expressar oposição ou críticas ao governo ou a suas políticas” devido ao fato de que “a lei impõe a prisão perpétua para o insulto ao Presidente da República, e, em certos casos, a pena de morte.” A Comissão também observou que a lei “impõe punições severas para crimes definidos vagamente, que estão abertos a diversas interpretações pelas autoridades, tal como os textos prejudiciais ao Presidente”. Na sua opinião, “essas restrições da liberdade de expressão, que na verdade impedem a discussão de idéias ou o funcionamento de partidos políticos de oposição ao partido do governo, o Ba’ath, constituem uma violação aos Artigos 6 e 19 do Pacto e impedem a implementação dos Artigos 21 e 22 do Pacto, que protegem os direitos à liberdade de reunião e associação pacíficas. Ela observou que as leis penais e os decretos impondo restrições às liberdades de expressão, reunião e associação pacíficas deveriam ser alteradas de modo a ficarem compatíveis com as disposições do Pacto.”¹⁰⁶

A Comissão manifestou preocupação quanto a vários aspectos da liberdade de expressão na Eslováquia, tais como o artigo 98 do Código Penal, que considera uma ofensa disseminar informações falsas no exterior que prejudiquem os interesses do Estado. Na opinião da Comissão, “essa terminologia ... está utilizada de forma tão ampla que carece de qualquer exatidão e inclui o risco de restrição da liberdade de expressão além dos limites permitidos pelo Artigo 19(3). A Comissão também manifestou preocupação sobre “processos judiciais por difamação resultantes da expressão de críticas ao governo”, o que representaria um problema nos termos do artigo 19.”¹⁰⁷

Os Estados-partes do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos precisam garantir que as leis sobre difamação e disseminação de informações falsas estejam em conformidade com os princípios da certeza jurídica; em outras palavras, essas leis precisam ser suficientemente detalhadas para permitir que as pessoas adotem uma forma de conduta que não as viole.

As disposições legislativas que limitam a liberdade de expressão, por exemplo, penalizando genericamente o “desrespeito à autoridade” e a crítica aos órgãos governamentais não são compatíveis com o artigo 19 do Pacto.

A proteção eficaz da liberdade de expressão é também indispensável para implementação dos direitos de liberdade de reunião e associação pacíficas estabelecidos nos artigos 21 e 22 do Pacto.

¹⁰⁴ UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 68, par. 17.

¹⁰⁵ Ibid., p. 58, par. 22.

¹⁰⁶ UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. I), p. 21, par. 105.

¹⁰⁷ UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. I), p. 61, par. 383.

3.2.4. Negação de crimes contra a humanidade e apologia ao ódio

A permissibilidade da negação de crimes contra a humanidade foi levantada no caso *Faurisson versus França*, que tratava da condenação do autor pelos tribunais franceses com base na chamada “Lei Gayssot”, que alterou a Lei da Liberdade de Imprensa de 1881, para tornar crime “a contestação da existência da categoria de crimes contra a humanidade, conforme definidos na Carta de Londres de 8 de agosto de 1945”. Em uma entrevista, o autor havia “reiterado sua convicção pessoal de que não havia câmaras de gás para extermínio dos judeus nos campos de concentração nazistas”.¹⁰⁸

Essa restrição sobre a liberdade de expressão do autor, conforme garantida pelo artigo 19(2), tinha que ser examinada à luz do artigo 19(3), segundo o qual, conforme visto acima, qualquer restrição precisa atender a três condições cumulativamente: (1) estar prevista em lei; (2) ser imposta para um dos objetivos legítimos nela enumerados e (3) ser necessária para um ou mais daqueles objetivos. A Comissão aceitou, em primeiro lugar, que o **princípio da legalidade** havia sido respeitado, pois a restrição estava prevista pela Lei Gayssot, com base na qual o autor tinha sido condenado por “ter violado os direitos e a reputação de outras pessoas”.¹⁰⁹ Em seguida, ele concordou que a restrição havia sido imposta para um **objetivo legítimo**, a saber, garantir o respeito aos direitos ou reputação dos outros nos termos do artigo 19(3)(a) do Pacto. Ele destacou, a esse respeito, que “os direitos de proteção cujas restrições à liberdade de expressão são permitidas pelo Artigo 19(3) poderão estar relacionados aos interesses de outras pessoas ou aos de uma comunidade como um todo.” Como as afirmações feitas pelo autor, “lidas em seu contexto inteiro, eram de natureza que poderia gerar ou fortalecer sentimentos anti-semitas, a restrição serviu ao respeito à comunidade judaica, para que ela viva livre do medo de uma atmosfera de anti-semitismo.”¹¹⁰

A questão final a ser decidida era, entretanto, **se a restrição era necessária para este objetivo legítimo**. Na ausência de qualquer argumento que enfraquecesse a validade da afirmação do governo de que “a Lei Gayssot destinava-se a servir à luta contra o racismo e o anti-semitismo” e da declaração de um ex-Ministro da Justiça caracterizando “a negação da existência do Holocausto como o principal veículo para o anti-semitismo”, a Comissão aceitou que a restrição da liberdade de expressão do Sr. Faurisson era necessária, de acordo com o significado do Artigo 19(3) do Pacto.¹¹¹

Em um caso referente à liberdade de expressão dos professores, o caso *Ross versus Canadá*, a Comissão concluiu, da mesma forma, que o artigo 19 não havia sido violado. A questão que precisava ser decidida era se o direito do autor à liberdade de expressão havia sido restringido contrariamente ao artigo 19 do Pacto, por força da decisão do Conselho de

¹⁰⁸ Comunicação n° 550/1993, *R. Faurisson v. France* (pareceres adotados em 8 de novembro de 1996), em UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), p. 85, par. 2.3 e 2.5.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 95-96, par. 9.5.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 96, par. 9.6.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 96, par. 9.7.

Investigação dos Direitos Humanos, mantida pela Suprema Corte do Canadá, em resultado da qual o autor fora colocado em licença sem remuneração por uma semana, e posteriormente transferido para uma função que não a de professor.¹¹² Pela avaliação do Conselho de Investigação, parecia que as afirmações feitas pelo autor em seus vários livros e panfletos, que foram publicados fora de suas atividades como professor, denegriam a fé e a crença dos judeus.¹¹³

Ao discordar do Estado-parte, a Comissão acreditava que “a perda da posição de professor era um dano significativo, mesmo que os prejuízos financeiros fossem insignificantes ou inexistentes”, e o afastamento do autor do seu cargo de professor representava, portanto, uma restrição à liberdade de expressão que precisava ser justificada nos termos do artigo 19(3).¹¹⁴ A Comissão concordou, então, que a medida estava **prevista em lei**, a saber a Lei de Direitos Humanos New Brunswick, interpretada posteriormente pela Suprema Corte. Sobre a questão de se ela também almejava a um **objetivo legítimo**, a Comissão confirmou a sentença de *Faurisson*, segundo a qual os termos “direitos ou reputação de outras pessoas do artigo 19(3) podem relacionar-se a outras pessoas ou a uma comunidade como um todo”. Ele acrescentou que:

“podem ser permitidas restrições em declaração cuja natureza dê origem ou fortaleça o sentimento anti-semita, a fim de preservar o direito das comunidades judaicas de serem protegidas contra o ódio religioso. Essas restrições também encontram suporte nos princípios refletidos no Artigo 20(2) do Pacto. A Comissão observa que tanto o Conselho de Investigação quanto a Suprema Corte decidiram que as afirmações do autor eram discriminatórias contra as pessoas de fé e descendência judaica, que elas denegriam a fé e a crença dos judeus e convocavam os verdadeiros cristãos não apenas a questionar a validade das crenças e ensinamentos judaicos, mas a menosprezá-los por enfraquecerem a liberdade, a democracia, a fé e os valores cristãos. Em vista das observações sobre a natureza e o efeito das declarações públicas do autor, a Comissão conclui que as restrições impostas a ele tinham o objetivo de proteger os “direitos e a reputação” das pessoas de fé judaica, inclusive o direito de ter uma educação na escola pública livre de parcialidade, preconceito e intolerância.”¹¹⁵

Finalmente, com relação à questão da **necessidade** da restrição, a Comissão afirmou que “o exercício do direito de liberdade de expressão implica em deveres e responsabilidades. Estes deveres e responsabilidades são especialmente relevantes no sistema educacional, principalmente em relação ao ensino de crianças.” A influência exercida pelos professores pode “justificar restrições a fim de garantir que o sistema educacional não dê legitimidade à expressão de opiniões discriminatórias.”¹¹⁶ A Comissão observou o fato

¹¹² Comunicação nº 736/1997, *M; Ross v. Canada* (Pareceres adotados em 18 de outubro de 2000) em UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. II) p. 72-75, par. 4.1-4.6 e p. 83, par. 11.1.

¹¹³ *Ibid.*, p. 73, par. 4.2.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 83, par. 11.1.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 84, par. 11.3-11.5.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 84, par. 11.6.

“de a Suprema Corte ter achado que era razoável prever que havia um vínculo de causalidade entre a expressão do autor e o “ambiente escolar envenenado” vivenciado pelas crianças judias no bairro da escola. Nesse contexto, o afastamento do autor do cargo de professor pode ser considerado uma restrição necessária para proteger a liberdade e o direito das crianças judias de terem um sistema educacional livre de parcialidade, prejuízo e intolerância.”¹¹⁷

A Comissão observou, ainda, que o “autor foi nomeado para um cargo distante do ensino após apenas um período mínimo de licença sem remuneração e que a restrição, dessa forma, não ia além do necessário para alcançar suas funções de proteção.” Conseqüentemente, não houve violação ao artigo 19.¹¹⁸

O exercício da liberdade de expressão implica em deveres e responsabilidades especiais.

A negação dos crimes contra a humanidade e a incitação à discriminação podem, em certas circunstâncias, justificar restrições ao exercício da liberdade de expressão para a proteção dos direitos e liberdades das outras pessoas. Os termos “direitos e reputação de outras pessoas” do artigo 19(3)(a) do Pacto Internacional poderão referir-se, neste sentido, ou a outras pessoas ou a uma comunidade como um todo.

É particularmente importante para os Estados-partes garantir que o ensino público de crianças pequenas seja livre de parcialidade, preconceito e intolerância.

3.2.5. Ameaças à segurança nacional e à ordem pública

Como será demonstrado pelos casos citados neste subitem, não é suficiente para um Estado-parte simplesmente invocar um dos objetivos legítimos enumerados no artigo 19(3) para justificar restrições ao exercício da liberdade de expressão. **Ele também precisa demonstrar, fornecendo detalhes confiáveis e específicos, que no caso em questão a restrição estava de fato “prevista em lei” e que era necessária para um objetivo legítimo específico.**

A noção de segurança nacional estava no centro do caso *K-T Kim versus República da Coreia*, que tratava da condenação do autor nos termos do artigo 7(1) e (5) da Lei de Segurança Nacional da República da Coreia. O Tribunal Penal de Primeira Instância de Seul condenou o autor a três anos de prisão e um ano de suspensão da elegibilidade, pena que foi reduzida para dois anos de prisão no recurso. O crime que ele cometeu foi, juntamente com outros membros da Coalizão Nacional Para o Movimento Democrático, ter preparado documentos criticando o governo e seus aliados estrangeiros e apelar para a reunificação nacional.¹¹⁹ O artigo 7(1) e (5) da Lei de Segurança Nacional estipula que “qualquer pessoa que auxilie uma organização contra o Estado elogiando ou incentivando as atividades dessa organização, será punida” e que “qualquer

¹¹⁷ Ibid., p. 84-85, par. 11.6.

¹¹⁸ Ibid., p. 84-85, par. 11.6.

¹¹⁹ Comunicação nº 574/1994, *K-T Kim v. the Republic of Korea* (Pareceres adotados em 3 de novembro de 1998), em UN doc. GAOR, A/54/40 (vol. II) p.2, par. 2.1-2.2.

pessoa que produza ou distribua documentos, desenhos ou qualquer (quaisquer) outro(s) material(is) em benefício de organizações contra o Estado, será punida.”¹²⁰

Assim, a Comissão tinha que determinar se a condenação do autor, que constituiu uma restrição à sua liberdade de expressão, era justificável nos termos do artigo 19(3) do Pacto. Como estava **prevista em lei**, isto é, na Lei de Segurança Nacional, era preciso decidir se ela era **necessária** para um dos **objetivos legítimos** especificados no artigo 19(3). A Comissão observou, a esse respeito, que havia necessidade de um “exame minucioso” devido aos “termos amplos e pouco específicos em que o crime estava formulado na Lei de Segurança Nacional”.¹²¹

A Comissão observou que o autor tinha sido condenado “por ter lido em voz alta e distribuído materiais impressos que eram vistos como coincidentes com as declarações da política da DPRK (Coréia do Norte), com a qual o Estado-parte estava em estado de guerra.” A Suprema Corte decidiu “que o simples conhecimento de que a atividade poderia beneficiar a Coréia do Norte era suficiente para estabelecer a culpa.” Ainda assim, a Comissão tinha que considerar “se o discurso político do autor e a distribuição de documentos políticos eram de natureza que atrairia a restrição permitida pelo artigo 19(3), isto é, a proteção da segurança nacional.” A esse respeito, ele declarou que:

“É evidente que as políticas da Coréia do Norte eram bem conhecidas no território do Estado-parte e não está claro como o “benefício” (indefinido) que poderia surgir para a DPRK a partir da publicação de visões similares às dela criavam um risco para a segurança nacional, e também não está claro qual é a natureza e a extensão desse risco. Não há indicação de que os tribunais, em qualquer nível, tenham tratado dessas questões ou considerado se o conteúdo do discurso ou dos documentos teve algum efeito adicional sobre o público ou os leitores que pudessem ameaçar a segurança pública, cuja proteção justificaria a restrição prevista do Pacto como sendo *necessária*.”¹²²

Como o Estado-parte não tinha conseguido especificar a natureza precisa da suposta ameaça representada pelo exercício da liberdade de expressão por parte do autor, e nem fornecer “justificativas específicas” sobre porquê era necessário, para a segurança nacional, processá-lo pelo exercício desta liberdade, a Comissão concluiu que a restrição não era compatível com as exigências do artigo 19(3) do Pacto. Portanto, o artigo 19 havia sido violado.¹²³

No caso *T.Hoon Park versus República da Coréia*, o autor reclamou de sua condenação, nos termos do artigo 7(1) e (3) da Lei de Segurança Nacional, que foi “baseada em sua associação e participação nas atividades dos Jovens Coreanos Unidos (YKU), durante os estudos na Universidade de Illinois,” nos Estados Unidos, de 1983 a 1989. De acordo com o autor, essa organização era norte-americana e formada por jovens coreanos com o objetivo de discutir

¹²⁰ Ibid., p. 2, par. 2.3.

¹²¹ Ibid., p. 9, par. 12.3.

¹²² Ibid., p. 10, par. 12.4.

¹²³ Ibid., p. 10, par. 12.5.

“questões de paz e unificação entre a Coréia do Norte e a do Sul.”¹²⁴ Pelas decisões dos tribunais, “parecia que a condenação e a sentença foram baseadas no fato de que o autor tinha, ao participar de certas demonstrações pacíficas e de outras reuniões nos Estados Unidos, manifestado seu apoio ou simpatia a certos *slogans* e posições políticas.”¹²⁵

Ao examinar este caso nos termos do artigo 19(3) do Pacto, a Comissão enfatizou que

“o direito à liberdade de expressão é de suprema importância em qualquer sociedade democrática, e quaisquer restrições ao exercício deste direito precisará atender a um teste rigoroso de justificativa”.¹²⁶

Para justificar a restrição ao exercício da liberdade de expressão do autor, o governo havia sustentado que ela era necessária, a fim de proteger a “segurança nacional”, mas havia, nesse sentido, se referido apenas à “situação geral no país e à ameaça representada pelos “comunistas da Coréia do Norte.””. Mais uma vez, a Comissão considerou que o Estado-parte “não tinha conseguido especificar a natureza precisa da ameaça”; ele concluiu que nenhum dos argumentos apresentados pelo Estado-parte era suficiente para justificar a restrição à liberdade de expressão do autor segundo o artigo 19(3) do Pacto. Finalmente, não havia nada nas sentenças judiciais ou nas apresentações do Estado-parte que demonstrasse que a condenação do autor era necessária para a proteção de um dos objetivos legítimos estabelecidos no artigo 19. Sua condenação “por atos de expressão” foi, portanto, considerada como uma violação do artigo.¹²⁷

No caso *V. Laptsevich versus Belarus*, o autor reclamou que o seu direito à liberdade de expressão e opinião havia sido violado pelas sanções impostas a ele após o confisco de um folheto referente ao aniversário da independência de Belarus. Ele foi multado em 390.000 rublos segundo o Código de Crimes Administrativos “pela distribuição de folhetos que não continham a data de publicação obrigatória”. Entretanto, o autor insistiu que os folhetos continham a data em questão “exatamente para deixar claro que a Lei de Imprensa não se aplicava à sua publicação.”¹²⁸ Embora estivesse “implícito” nas apresentações do Estado-parte “que as sanções eram necessárias para proteger a segurança nacional”, não havia nada no material, segundo a Comissão, que sugerisse “que as reações da polícia ou as observações do tribunais estivessem baseadas em qualquer outra coisa que não a falta da data de publicação necessária”. Conseqüentemente, a única questão a ser decidida pela Comissão era “se as sanções impostas ao autor por não incluir os detalhes exigidos pela Lei de Imprensa poderiam ser considerados necessários para a proteção da ordem pública ou para o respeito aos direitos ou à reputação das outras pessoas.”¹²⁹

¹²⁴ Comunicação nº 628/1995, *T. Hoon Park v. the Republic of Korea* (Pareceres adotados em 20 de outubro de 1998, em UN doc. GAOR, A/54/40 (vol. II), p. 86, par. 2.2.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 87, par. 2.4.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 91, par. 10.3

¹²⁷ *Ibid.*, loc.cit.

¹²⁸ Comunicação nº 780/1997, *V. Laptsevich v. Belarus* (Pareceres adotados em 20 de março de 2000), em UN doc. GAOR, A/55/40 (vol. II), p. 178-180, par. 2 e 4.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 181, par. 8.4.

A Comissão observou que o Estado-parte não havia feito nenhuma tentativa de “tratar do caso específico do autor e explicou as razões para a exigência de que, antes de publicar e distribuir um folheto com tiragem de 200 exemplares, ele deveria registrar a publicação perante as autoridades administrativas para obter os números de registro e de índice.” Além disso, o Estado-parte “não havia conseguido explicar por que sua exigência era necessária para um dos objetivos legítimos estabelecidos no Artigo 19(3) e por que a violação das exigências necessitava não só de penas pecuniárias, mas também do confisco dos folhetos ainda em posse do autor.”¹³⁰ Na ausência de qualquer explicação justificando a exigência de registro e das medidas tomadas, a Comissão concluiu que elas não podiam ser consideradas necessárias “para a proteção da ordem pública ou para o respeito aos direitos ou reputação de outras pessoas.” Conseqüentemente, houve uma violação do artigo 19(2) do Pacto.¹³¹

De acordo com a Comissão de Direitos Humanos, a liberdade de expressão é de suprema importância em qualquer sociedade democrática e as restrições ao exercício dessa liberdade precisam, portanto, passar por um severo teste de justificativa.

Ao invocar um ou mais dos objetivos legítimos relacionados no artigo 19(3) do Pacto Internacional Sobre os Direitos Cívicos e Políticos para justificar as restrições ao exercício da liberdade de expressão, os Estados-partes precisam, portanto, fornecer detalhes específicos, suficientes e confiáveis para comprovar seus argumentos. Referências gerais a noções como segurança nacional e ordem pública são suficientes e não serão aceitas pela Comissão de Direitos Humanos como justificativa para as restrições ao exercício da liberdade de expressão.

3.2.6. Liberdade de imprensa

O caso *R. Gauthier versus Canadá* referia-se ao editor do jornal *National Capital News* no Canadá, que, ao pleitear a associação à “Parliamentary Press Gallery”, só recebeu uma licença temporária que lhe concedia privilégios limitados, fato que ele considerou como uma violação do artigo 19 do Pacto.¹³² O Estado-parte havia realmente “restringido o direito de desfrutar das instalações do Parlamento para a mídia, que eram financiadas com recursos públicos, inclusive o direito de tomar notas ao observar as reuniões do Parlamento, para aqueles representantes da mídia que eram membros de uma organização privada, a “Canadian Press Gallery”. Foi negada ao autor a associação plena à Press Gallery, com a qual ele mantinha uma associação temporária ocasionalmente, que lhe dava acesso a algumas instalações da organização, mas não a todas. Quando ele não dispunha da associação temporária, era-lhe negado o acesso às instalações da mídia e ele não podia tomar nota dos trabalhos parlamentares.¹³³ Assim, a Comissão teve que decidir se o acesso restrito do autor às instalações do Parlamento para a imprensa representavam uma violação ao seu direito, nos termos do artigo 19, “de procurar, receber e transmitir informações”. A esse respeito, ela mencionou em primeiro lugar

¹³⁰ Ibid., p. 181-182, par. 8.

¹³¹ Ibid., p. 182, par. 8.

¹³² Comunicação nº 633/1995, *R. Gauthier v. Canada* (Pareceres adotados em 7 de abril de 1999), em UN doc. GAOR, A/54/40 (vol. II), p. 93-94, par. 1-2.2.

¹³³ Ibid., p. 104 par. 13.5.

“o direito de participar da condução de assuntos públicos, conforme previsto no Artigo 25 do Pacto, e em especial do Comentário Geral nº 25 (57), cuja redação parcial é a seguinte: “A fim de garantir que os direitos protegidos pelo Artigo 25 sejam plenamente desfrutados, a livre comunicação de informações e de idéias sobre as questões públicas e políticas entre cidadãos, candidatos e representantes é essencial. Isso implica em uma imprensa livre e outros meios de comunicação capazes de comentar os assuntos públicos sem censura ou restrição, e de informar a opinião pública” ... Lido juntamente com o artigo 19, isto implica que os cidadãos, em especial por meio da mídia, devem ter amplo acesso às informações e a oportunidade de divulgar informações e opiniões sobre as atividades dos órgãos eleitos e de seus membros. A Comissão reconhece, entretanto, que esse acesso não deveria interferir ou obstruir a realização das funções dos órgãos eleitos, e que o Estado-parte tem direito a limitar o acesso. Entretanto, quaisquer restrições impostas pelo Estado-parte precisam ser compatíveis com as disposições do Pacto.”¹³⁴

Em seguida, a Comissão aceitou que a exclusão do autor constituía uma restrição ao seu direito nos termos do artigo 19(2) de ter **acesso à informação**, e ele também rejeitou o argumento do Estado-parte de que “o autor não sofreu qualquer desvantagem significativa devido aos avanços tecnológicos que tornam as informações sobre os trabalhos parlamentares imediatamente disponíveis ao público.”¹³⁵

Após aceitar que a restrição era “claramente imposta por lei”, pois decorria da lei do privilégio parlamentar, a Comissão também concordou “que a proteção do procedimento parlamentar pode ser vista como um objetivo legítimo de ordem pública” e que “um sistema de credenciamento poderia, portanto, ser um meio justificável de alcançar esse objetivo.” Por outro lado, a Comissão não concordou com a sugestão do governo de que essa era uma “matéria a ser determinada exclusivamente pelo Estado” e adotou os seguintes Pareceres sobre o assunto:

“Os critérios relevantes para o esquema de credenciamento devem ser específicos, justos e razoáveis, e sua aplicação deve ser transparente. No caso em questão, o Estado-parte permitiu que uma organização privada controlasse o acesso às instalações do Parlamento para a imprensa, sem intervenção. O esquema não garante que não haverá exclusão arbitrária do acesso da mídia às instalações do Parlamento. Nessas circunstâncias, a opinião da Comissão é que não foi demonstrado que o sistema de credenciamento é uma restrição necessária e proporcional dos direitos, com o significado do artigo 19, parágrafo 3 do Pacto, a fim de garantir o funcionamento eficaz do Parlamento e a segurança dos seus membros. A negação de acesso do autor às instalações do Parlamento para a imprensa pelo fato de ele não ser membro da Canadian Press Gallery Association constitui, portanto, uma violação do artigo 19(2) do Pacto.”¹³⁶

¹³⁴ Ibid., p. 104, par. 13.3 – 13.4; nota de rodapé omitida.

¹³⁵ Ibid., p. 104-105, par. 13.5.

¹³⁶ Ibid., p. 104, par. 13.5, p. 105 e p. 105, par. 13.6.

A Comissão observou, “com pesar”, em relação ao Gabão, “que os poderes atribuídos ao Conselho Nacional de Comunicação de monitorar programas e impor sanções aos órgãos de imprensa são um obstáculo para o exercício da liberdade de imprensa”. A Comissão também lamentou “o constrangimento de jornalistas” e convidou o Estado-parte “a alinhar sua legislação ao Artigo 19, abolindo a censura e as sanções contra os órgãos de imprensa, e garantindo que os jornalistas possam exercer com segurança as suas funções”.¹³⁷ A Comissão também manifestou preocupação com “o número crescente de reclamações sobre o constrangimento sistemático e ameaças de morte feitas contra jornalistas, destinadas a minar a liberdade de expressão” no Peru e solicitou ao Estado-parte “que tomasse as medidas necessárias para colocar um fim às restrições diretas e indiretas à liberdade de expressão, que investigasse todas as reclamações apresentadas e que as pessoas responsáveis fossem levadas à justiça.”¹³⁸ Ela também lamentou “os métodos usados pelo Peru para assumir o controle dos meios de comunicação, excluindo as pessoas que faziam críticas ao governo, inclusive privando uma delas de sua nacionalidade” e solicitou ao Estado-parte “que acabasse com essas situações, que afetam a liberdade de expressão ... e que tornasse eficientes os remédios jurídicos disponíveis aos interessados.”¹³⁹

A Comissão manifestou preocupação sobre as várias disposições da Lei de Imprensa na República Popular Democrática da Coreia e sobre fato de elas serem invocadas com frequência, o que era difícil de conciliar com as disposições do artigo 19 do Pacto. Ela estava especialmente preocupado com “a noção de “ameaça à segurança do Estado”, que poderia ser usada de modo a restringir a liberdade de expressão”, como o fato de a presença permanente no país de representantes da mídia estrangeira estar limitada a jornalistas de três países, e de os jornais e publicações estrangeiros “não estavam disponíveis de fato para o público em geral”. Finalmente, a Comissão observou que “os jornalistas da DPRK não têm liberdade de viajar para o exterior”. O resultado foi que o Estado-parte deveria especificar as razões que o levaram à proibição de certas publicações e suspender as medidas que restringiam a disponibilidade de jornais estrangeiros para o público.” Foi também solicitado ao Estado-parte que “relaxasse as restrições às viagens ao exterior impostas ao jornalistas da DPRK, e evitar o uso da noção de “ameaça à segurança do Estado”, que reprimiria a liberdade de expressão, contrariamente ao Artigo 19”.¹⁴⁰

A Comissão enfatizou “sua profunda preocupação sobre as numerosas e graves violações ao direito à liberdade de expressão” em Belarus. “Em especial, o fato de a maioria dos estabelecimentos de publicação, distribuição e radiodifusão serem de propriedade do Estado, e de os editores-chefes de jornais apoiados pelo Estado serem funcionários do Estado, o que efetivamente expõe a mídia a forte pressão política e enfraquece a sua independência.” As muitas restrições impostas à mídia, em especial os crimes definidos de forma vaga, eram incompatíveis com o artigo 19(3). Além disso, a Comissão manifestou preocupação “sobre relatórios a respeito de constrangimento e intimidação e jornalistas do país e estrangeiros pelas autoridades e a

¹³⁷ UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 44, par. 19.

¹³⁸ Ibid., p. 47-48, par. 16.

¹³⁹ Ibid. p. 48, par. 17.

¹⁴⁰ Ibid., p. 103, par. 23.

negação de acesso às instalações de radiodifusão por opositores ao governo.” Ela instigou o Estado-parte “a tomar todas as medidas legislativas e administrativas necessárias para remover essas restrições à liberdade de expressão, que são incompatíveis com suas obrigações segundo o Artigo 19 ... como um assunto prioritário.”¹⁴¹

A Comissão expressou preocupação com o fato de os meios de comunicação de massa no Zimbabwe, “bem como muitas outras formas de expressão, inclusive a expressão artística, estarem sujeitos a censura e serem amplamente controlados pelo governo.” Ela recomendou que a lei em questão “seja deixada em estrita conformidade com o Artigo 19(3) do Pacto.¹⁴² Finalmente, ele manifestou preocupação com a interferência do Governo da Eslováquia “na direção da televisão estatal”, que “inclui o perigo de violação ao Artigo 19”.¹⁴³

*O direito à liberdade de expressão, inclusive à liberdade de imprensa, tal como garantida pelo artigo 19 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos, pode também precisar ser interpretado à luz de outras disposições do Pacto, como o artigo 25 sobre o direito de participar da condução de assuntos públicos. O exercício efetivo desse direito pressupõe o livre fluxo de informações e de idéias entre os cidadãos, sobre assuntos públicos ou políticos, inclusive a imprensa livre e outros meios que possam comentar os assuntos públicos sem censura ou restrições. O direito dos jornalistas de terem **acesso à informação**, de acordo com o artigo 19(2) do Pacto implica, entre outras coisas, que os critérios para os sistemas de credenciamento precisam ser específicos, justos e razoáveis, e que, por exemplo, não pode haver exclusão arbitrária do acesso aos debates parlamentares. O direito à liberdade de expressão significa que o constrangimento de jornalistas é estritamente proibido nos termos do artigo 19 do pacto. A liberdade de imprensa pressupõe que os jornalistas possam exercer suas funções com segurança e liberdade para viajar. A censura e as sanções contra órgãos de imprensa constituem obstáculos ao exercício efetivo da liberdade de imprensa. O artigo 19(3) não permite o uso de definições vagas de crimes para fins de imposição de restrições aos meios de comunicação de massa para silenciar as críticas ao governo.*

3.2.7. Defensores dos direitos humanos

O direito à liberdade de expressão dos defensores dos direitos humanos é essencial porque se eles não puderem se expressar livremente, tanto oralmente, por escrito ou em forma impressa, a própria noção de proteção eficaz dos direitos humanos torna-se ilusória. Ao analisar o segundo relatório periódico da República da Arábia Saudita, a Comissão afirmou que permanecia preocupada “com as atividades dos defensores de direitos humanos e de jornalistas que se manifestavam a favor dos direitos humanos, que continuavam sujeitas a severas restrições”. Ao referir-se ao caso específico de uma pessoa que foi condenada a 10 anos de prisão por “sua expressão não violenta de opiniões críticas às autoridades”, a Comissão observou

¹⁴¹ UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. I), p. 28-29, par. 153.

¹⁴² Ibid., p. 37, par. 224.

¹⁴³ UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. I), p.61, par. 383.

que “essas restrições eram incompatíveis com a liberdade de expressão e opinião” garantida pelo artigo 19. O Estado-parte deve, portanto, “proteger os defensores dos direitos humanos e os jornalistas contra qualquer restrição em suas atividades e garantir que os jornalistas possam exercer sua profissão sem medo de serem levados aos tribunais e processados por terem criticado a política do governo.”¹⁴⁴

Vale ressaltar, neste contexto, que a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos e Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger os Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos, adotada pela resolução 53/144 da Assembléia Geral de 9 de dezembro de 1998, foi especialmente formulada para proteger os defensores dos direitos humanos e para garantir a todas as pessoas os direitos, entre outros de: (1) “comunicar-se com organizações não governamentais ou intergovernamentais”; (2) conhecer, procurar, obter, receber e ter informações sobre todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais”; e (3) “conforme previsto nos direitos humanos e em outros instrumentos internacionais aplicáveis, o direito de publicar livremente, comunicar ou divulgar a outras pessoas, opiniões, informações e conhecimentos sobre os direitos humanos e as liberdades fundamentais.” (artigos 5 e 6).

O direito à liberdade de expressão precisa ser efetivamente garantido para todos aqueles que defendem os direitos humanos e as liberdades fundamentais, embora suas atividades possam implicar em críticas às políticas governamentais. O exercício de sua liberdade de expressão não pode ser restrito em quaisquer bases que não aquelas contidas nos tratados internacionais aplicáveis.

3.3. Artigo 9 da Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos

O artigo 9 da Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos garante a todas as pessoas o “direito à informação” bem como o “direito de exprimir e de difundir as suas opiniões nos termos da lei”. Vale ressaltar que a expressão “nos termos da lei” não está condicionada a quaisquer outros critérios, tais como uma enumeração de objetivos legítimos ou o conceito de necessidade.

3.3.1. Liberdade de imprensa

O caso *Media Rights Agenda versus Nigéria* referiu-se ao julgamento e à condenação do Sr. Malaolu, editor de um jornal independente nigeriano. O Sr. Malaolu foi considerado culpado por um Tribunal Militar Especial da acusação de encobrimento de alta traição e foi condenado à prisão perpétua. A alegação, perante a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, foi que o artigo 9 da Carta tinha sido violado, já que o Sr. Malaolu tinha sido punido simplesmente pelas matérias publicadas no jornal referentes a um suposto golpe de estado envolvendo determinadas pessoas. O governo alegou, por outro lado, que o Sr. Malaolu havia sido julgado com várias outras pessoas, inclusive jornalistas, acusados de envolvimento no golpe

¹⁴⁴ UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), p.75, par. 23

e que esse não era, portanto, um caso de vitimização da profissão de jornalista.¹⁴⁵ Entretanto, a Comissão manteve a opinião de que a publicação do Sr. Malaolu causara a sua prisão, julgamento e condenação e concluiu que o artigo 9 havia sido violado.¹⁴⁶

A liberdade de imprensa esteve mais uma vez em pauta no caso *Constitutional Rights Project and Civil Liberties Organisation (Projeto de Direitos Constitucionais e Organização das Liberdades Civas) versus Nigéria*, que tratou, entre outras coisas, da apreensão de milhares de exemplares de revistas após os protestos pela anulação das eleições realizados por jornalistas e outras pessoas. A revista *The News* foi fechada por um decreto militar em junho de 1993. Antes do fechamento, agentes de segurança confiscaram exemplares da revista e alguns editores foram procurados pela polícia. Milhares de exemplares da revista informativa semanal *Tempo* foram também supostamente apreendidos. O governo justificou essas ações referindo-se à situação “caótica” reinante no país após as eleições terem sido anuladas.¹⁴⁷ A Comissão discordou e evocou o princípio geral segundo o qual os Estados não devem limitar o exercício dos direitos ignorando as disposições constitucionais e nem enfraquecer os direitos fundamentais garantidos pela constituição e pelas normas internacionais de direitos humanos. Na sua opinião, os governos “devem evitar a restrição de direitos e tomar cuidado especial com os direitos protegidos pela constituição ou por leis internacionais sobre direitos humanos. Nenhuma situação justifica a violação indiscriminada dos direitos humanos. Na verdade, as restrições genéricas aos direitos diminuem a confiança do público no estado de direito e são muitas vezes contraproducentes.”¹⁴⁸ A conclusão da Comissão foi que, considerando que a Nigéria possuía todas as disposições tradicionais sobre ações por calúnia para lidar com violações à lei do país, a proibição pelo governo de uma publicação específica era especialmente preocupante; “leis feitas para serem aplicadas especificamente a uma pessoa ou pessoa jurídica geram um grande perigo de discriminação e de falta de tratamento igualitário perante a lei, conforme garantido pelo Artigo 2” da Carta. A proibição de *The News* e a apreensão de 50.000 exemplares de *Tempo* e *The News* violaram, portanto, o artigo 9 da Carta.¹⁴⁹

A Comissão Africana considera, entretanto, que o “pagamento de uma taxa de registro e um depósito de pré-registro para pagamento de multas ou danos não é, em si mesma, contrário ao direito à liberdade de expressão.” “Entretanto, o valor da taxa de registro não deve exceder o necessário para garantir as despesas administrativas do registro, e taxa de pré-registro não deve ser superior ao valor necessário para a garantia, contra multas ou danos, do proprietário, impressor ou editor de um jornal. Taxas excessivamente altas são, em essência, uma restrição à

¹⁴⁵ ACHPR, *Media Rights Agenda (on behalf of Mr. N. Malaolu) v. Nigeria*, No. 224/98, decision adopted during the 28th session, 23 October – 6 November 2000, par. 67-68 do texto publicado em <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/224-98.html>

¹⁴⁶ *Ibid.*, par. 69.

¹⁴⁷ ACHPR, *Constitutional Rights Project and Civil Liberties Organization v. Nigeria*, Communication No. 102/93, decision adopted on 31 October 1998, par. 6, 7 e 57 do texto publicado no seguinte site: <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/102-93.html>

¹⁴⁸ *Ibid.*, par. 57-58.

¹⁴⁹ *Ibid.*, par. 59.

publicação da mídia jornalística.” Por outro lado, no caso levado à Comissão, as taxas em questão eram altas, “mas não visivelmente exageradas” para constituir uma “séria restrição”.¹⁵⁰

A Comissão estava, entretanto, mais preocupada com “o critério total e a finalidade da decisão do conselho de registros, que efetivamente concede ao governo o poder de proibir a publicação de quaisquer jornais ou revistas que ele escolher. Isto é um convite à censura e coloca em sério risco os direitos do público de receber informações”, os quais são protegidos pelo artigo 9(1) da Carta. Houve, portanto, uma violação daquele artigo.¹⁵¹

Com relação à proibição de um jornal no mesmo caso, a Comissão lembrou que, de acordo com o artigo 9(2) da Carta Africana, “toda a pessoa tem direito de ... difundir as suas opiniões nos termos da lei”. Segundo esse ponto de vista, “isto não significa que a legislação nacional possa pôr de lado o direito de expressar e difundir opiniões; isto tornaria ineficaz a proteção ao direito de expressar as próprias opiniões”. Além disso, “as normas internacionais de direitos humanos devem sempre prevalecer sobre a legislação nacional contraditória. Qualquer limitação aos direitos da Carta precisa estar em conformidade com as disposições da Carta.”¹⁵² Além disso, como a Carta não contém uma cláusula de derrogação, “as limitações aos direitos e liberdades previstos nesta Carta não podem ser justificadas por emergências ou outras circunstâncias especiais.”¹⁵³

Na verdade, “as únicas razões legítimas para limitações aos direitos e liberdades da Carta Africana encontram-se no Artigo 27.2”, segundo o qual “os direitos e liberdades serão exercidos com a devida consideração aos direitos dos outros, à segurança coletiva, à moralidade e ao interesse comum.” “As razões para as possíveis limitações precisam ser encontradas no interesse legítimo do Estado e os aspectos negativos das limitações aos direitos precisam ser exatamente proporcionais e absolutamente necessários em relação às vantagens que serão obtidas”. Em especial, “uma limitação nunca poderá ter como consequência o fato de o próprio direito tornar-se ilusório.”¹⁵⁴

Considerando que, neste caso, o governo não havia apresentado nenhuma evidência de que a proibição do jornal *The News* pudesse ser justificada com os fundamentos enumerados no artigo 27(2), e considerando a disponibilidade de leis sobre calúnia na Nigéria, a proibição de uma publicação em especial foi “desproporcional e gratuita” e constituiu uma violação do artigo 9(2) da Carta.¹⁵⁵

¹⁵⁰ ACHPR, *Media Rights Agenda and Others v. Nigeria*, *Communications Nos. 105/93, 128/94, 130/94 e 152/96*, decision adopted on 31 October 1998, par. 55-56 do texto da decisão publicado no site:

<http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/> A taxa de registro era de N 100.000 e o depósito para multas ou danos concedido contra o jornal, etc. foi de N250.000, par.6.

¹⁵¹ *Ibid.*, par. 57.

¹⁵² *Ibid.*, par. 63 e 66.

¹⁵³ *Ibid.*, par. 67.

¹⁵⁴ *Ibid.*, par. 68-70.

¹⁵⁵ *Ibid.*, par. 71. Não está claro como esta comunicação se relaciona à Comunicação nº 102/92 (vide nota de rodapé 155 e seguintes), já que ambas tratam parcialmente da proibição do mesmo jornal.

3.3.2. Liberdade de expressar opiniões

Quando pessoas são presas simplesmente por pertencerem a partidos de oposição ou a sindicatos, a Comissão Africana tem concluído que essas “restrições genéricas” ao direito à liberdade de expressão violam o artigo 9(2) da Carta. A esse respeito, a Comissão evocou o princípio segundo o qual, se for necessário restringir os direitos humanos, essas restrições “deveriam ser as mínimas possíveis” e não deveriam “enfraquecer os direitos fundamentais garantidos pela legislação internacional”.¹⁵⁶ Da mesma forma, quando o suposto líder de uma organização estudantil no Quênia foi preso e ficou detido durante vários meses devido a suas opiniões, e no final teve que deixar o país, a Comissão considerou o tratamento como uma violação do artigo 9 da Carta. Se as opiniões de uma pessoa são contrárias à legislação nacional, a pessoa do governo afetada deveria buscar reparação em um tribunal.¹⁵⁷ Finalmente, no caso apresentado em nome do escritor Ken Saro-Wiwa Jr. e da Civil Liberties Organisation (Organização das Liberdades Civas), a Comissão enfatizou o relacionamento próximo entre as liberdades de expressão, associação e reunião garantidas pelos artigos 9 a 11 da Carta e concluiu que o governo havia violado implicitamente o artigo 9(2) ao violar os artigos 10(1) e 11. Foi alegado que a razão para o julgamento das vítimas e as penas de morte contra elas era a expressão pacífica das suas opiniões. Durante um comício, as vítimas tinham de fato divulgado, por meio da organização Movement for the Survival of the Ogoni Peoples (Movimento para a Sobrevivência do Povo Ogoni), informações e opiniões sobre os direitos do povo que vive em uma parte do país onde há produção de petróleo. A Comissão observou que as alegações não haviam sido contestadas pelo governo.¹⁵⁸

3.3.3. Defensores dos direitos humanos

O caso *Huri-Laws versus Nigéria* trata do constrangimento e perseguição dos membros de uma organização de direitos humanos na Nigéria. De acordo com a reclamação, a Civil Liberties Organisation era uma organização de direitos humanos cujos funcionários trabalhavam com conjunto para garantir o respeito aos direitos humanos por meio de programas destinados a informar as pessoas sobre os seus direitos. A Comissão concluiu que “a perseguição de seus funcionários e as invasões aos seus escritórios, em uma tentativa de enfraquecer a sua capacidade de atuar nessas questões” representavam uma violação tanto dos direitos à liberdade de expressão quanto do direito de associação garantido pelos artigos 9 e 10 da Carta.¹⁵⁹

¹⁵⁶ *Amnesty International and Others v. Sudan*, Communications Nos. 48/90, 50/91, 52/91 e 89/93, decision adopted on unknown date, par. 77-80 do texto da decisão publicada no seguinte site:

<http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/>

¹⁵⁷ *John D. Ouko v. Kenya*, Communication No. 232/99, decision adopted during the 28th Ordinary session, 23 October- 6 November 2000, par. 27-28 do texto da decisão publicada em

<http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/232-99.html>

¹⁵⁸ *International Pen and Others (on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr and Civil Liberties Organisation) v. Nigeria*, Communications Nos. 137/94, 139/94, 154/96 e 161/97, decision adopted on 31 October 1998, par. 110 do texto da decisão publicada no seguinte site:

<http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/>

¹⁵⁹ *Huri-Laws (on behalf of Civil Liberties Organisation) v. Nigeria*, Communication No. 225/98, decision adopted during the 28th Ordinary session, 23 October-6 November 2000, par. 47 do texto da decisão publicada em:

<http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/225-98.html>

O direito à liberdade de expressão, conforme garantido pelo artigo 9 da Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos, também protege a liberdade de imprensa.

O pagamento de uma taxa razoável para o registro de um jornal não é, entretanto, contrário ao artigo 9, a menos que ela seja excessiva. Por outro lado, o registro de um jornal não pode ser utilizado como uma forma de colocar em risco o direito do público de receber informações, conforme garantido pelo artigo 9(1) da Carta. Os governos devem comprovar que as limitações impostas ao exercício do direito podem ser justificadas nos termos do artigo 27(2) da Carta.

A legislação nacional não pode anular o direito à liberdade de expressão e o direito à divulgação de opiniões, já que as normas internacionais de direitos humanos têm prevalência sobre a legislação nacional.

Nos termos da Carta Africana, as limitações ao exercício dos direitos não podem drenar a essência dos direitos e só podem ser impostas pelas razões legítimas descritas no artigo 27(2) da Carta. As limitações também precisam ser estritamente proporcionais à vantagem legítima que eles pretendem garantir.

A liberdade de expressar a própria opinião implica no direito de fazê-lo pacificamente em público, sem medo de ser preso, processado e constrangido.

Nos termos da Carta Africana, os defensores dos direitos humanos têm direito à liberdade de expressão ao trabalhar para um entendimento maior dos direitos e das liberdades das pessoas.

3.4. Artigo 13 da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos

A definição do direito à liberdade de expressão do artigo 13(1) da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos é muito similar à do artigo 19(2) da Convenção Internacional, embora ele também inclua uma referência à “liberdade de pensamento”. Assim, o direito inclui a liberdade de buscar, receber e transmitir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha”.

A disposição sobre limitação no artigo 13(2) da Convenção Americana é particularmente importante por afirmar, expressamente, que o exercício do direito previsto no artigo 13(1) “não será sujeito a censura prévia, mas estará sujeito à atribuição posterior de responsabilidades, que devem ser expressamente estabelecidas pela lei na medida necessária para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública”. Os fundamentos que podem justificar as limitações ao exercício da liberdade de expressão são, portanto, idênticos aos encontrados no artigo 19(3) do Pacto Internacional. Uma exceção à proibição de censura prévia está contida no artigo 13(4), pois “os espetáculos públicos podem, por lei, ser submetidos à censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência”.

De acordo com o Tribunal Interamericano, além da referida exceção prevista no artigo 13(4), **“a censura prévia é sempre incompatível com o pleno gozo dos direitos relacionados no Artigo 13 ... mesmo se o suposto objetivo dessa censura prévia for evitar abusos à**

liberdade de expressão.” Conseqüentemente, “nesta área, qualquer medida preventiva representa inevitavelmente uma violação à liberdade garantida pela Convenção.”¹⁶⁰ Um caso em questão é o de *Olmedo Bustos et Al. versus Chile*, referente à proibição pelos tribunais chilenos da exibição do filme *A Última Tentação de Cristo*. O Tribunal Interamericano concluiu que este caso de censura prévia constituiu uma violação ao direito à liberdade e expressão, tal como consta do artigo 13 da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos.¹⁶¹

Embora os abusos à liberdade de expressão possam ser controlados somente “por meio da imposição posterior de sanções àqueles que são culpados pelos abusos”, a imposição dessa responsabilidade precisa, de acordo com o Tribunal, estar em conformidade com todas as seguintes exigências para ser válida:

- “a existência de fundamentos previamente estabelecidos para a responsabilidade”;
- “a definição expressa e precisa desses fundamentos pela lei”;
- “a legitimidade dos fins a serem alcançados”; e
- “uma demonstração de que os fundamentos da responsabilidade são “necessários para garantir” os supracitados fins”.¹⁶²

O artigo 13(5) bane especificamente as restrições à liberdade de expressão “por meios ou métodos indiretos, tais como o abuso de controles governamentais ou privados da imprensa” ou de vários tipos de meios de comunicação de massa “que tenham tendência de impedir a comunicação e a circulação de idéias e opiniões”. Assim, esta disposição proíbe não apenas as restrições governamentais indiretas, como também os “controles privados” dos meios de comunicação de massa e que produzem o mesmo resultado. Isto significa que pode ocorrer não apenas uma violação da Convenção quando o próprio Estado impõe restrições de natureza indireta, que tendem a impedir “a comunicação e a circulação de idéias e opiniões”, mas que “o Estado também tem a obrigação de garantir que a violação não seja resultado dos “controles privados” mencionados no artigo 13(3).¹⁶³

O artigo 13(5) da Convenção Americana permite restrições similares às do artigo 20 da Convenção Internacional, no sentido de que a propaganda a favor da guerra e a apologia ao ódio “serão considerados crimes puníveis por lei”.

¹⁶⁰ *I-A Court HR, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985, Series A, No. 5, p. 103-104, par. 38, ênfase acrescentada.*

¹⁶¹ *Vide I-A Court HR, The Case of Olmedo Bustos et Al. v. Chile, judgment of 5 February 2001, Series C, No. 73, par. 71-73.*

¹⁶² *I-A Court HR, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985, Series A, No. 5, par. 104, par.39.*

¹⁶³ *Ibid.*, p. 110-111, par. 48.

Finalmente, uma característica especial da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos é que o direito de resposta está garantido pelo artigo 14, cujo primeiro parágrafo afirma que:

“Toda a pessoa prejudicada por afirmações ou idéias inexatas ou ofensivas divulgadas ao público em geral por meios de comunicação legalmente regulamentados, tem direito o direito de resposta ou de fazer uma correção utilizando o mesmo órgão de comunicação, nas condições estabelecidas por lei.”

Além disso, “a correção ou resposta não eximirá, em hipótese alguma, qualquer outra responsabilidade legal em que se tenha incorrido” (artigo 14(2)). Finalmente, “para a efetiva proteção da honra e da reputação, todo o editor e toda a empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, terá uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidade ou por privilégios especiais” (artigo 14(3)). Para uma interpretação do artigo 14 em relação aos artigos 1 e 2 da Convenção, vide a opinião consultiva do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos sobre a “Exequibilidade do Direito de Resposta ou Correção”.¹⁶⁴

O exercício da liberdade de expressão nos termos do artigo 13 da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos não pode estar sujeito a censura prévia. Os abusos do exercício da liberdade de expressão só podem ser legalmente controlados pela imposição, “a posteriori”, de sanções aos culpados pelos abusos.

Entretanto, para que seja legal, a imposição dessa responsabilidade posterior precisa estar de acordo com as seguintes exigências:

- *a existência de fundamentos previamente estabelecidos para a responsabilidade;*
- *a definição expressa e precisa desses fundamentos pela lei;*
- *a legitimidade dos fins a serem alcançados; e*
- *uma demonstração de que os fundamentos da responsabilidade são necessários para garantir fins legítimos.*

O artigo 14 da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos garante o direito de resposta a qualquer pessoa prejudicada por afirmações ou idéias imprecisas ou ofensivas divulgadas ao público.

3.4.1. As dimensões individual e coletiva da liberdade de expressão, inclusive o papel dos meios de comunicação de massa

Com base na opinião consultiva do caso referente à *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Associação Compulsória a uma Associação Prevista por Lei para o Exercício do Jornalismo*, doravante denominado de caso da “Associação Compulsória”), o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos confirmou, no caso de *Ivcher Bronstein versus Peru*, que as pessoas protegidas pelo artigo 13 da Convenção

¹⁶⁴ I-A Court HR, *Enforceability of the Right to Reply or Correction (arts. 14(1), 1(1) and 2 American Convention on Human Rights)*, *Advisory Opinion OC-7/86 of August 29, 1986, Series A, No. 7*; sobre o texto, consulte o site do Tribunal: www.corteidh.or.cr/seriecing/A_7_ING.html

Americana Sobre os Direitos Humanos “não apenas têm o direito e a liberdade de expressar suas próprias opiniões, como também o direito e a liberdade de buscar, receber e transmitir informações e idéias de qualquer natureza. Conseqüentemente, a liberdade de expressão possui uma dimensão **individual** e uma **social**”, o que requer que

“por um lado, ninguém seja arbitrariamente prejudicado ou impedido de expressar seu próprio pensamento e, portanto, isso representa um direito de toda a pessoa; mas isso também implica, por outro lado, no direito coletivo de receber qualquer informação e de conhecer a expressão do pensamento dos outros.”¹⁶⁵

Com relação à primeira dimensão do direito incluso no artigo 13, a saber o **direito individual**, o Tribunal afirmou que

“a liberdade de expressão não se exaure no reconhecimento teórico do direito de falar ou de escrever, mas também inclui, inseparavelmente, o direito de usar qualquer método apropriado para divulgar idéias e permitir que elas cheguem ao maior número de pessoas. Nesse sentido, a expressão e a divulgação de idéias e informações são indivisíveis, de modo que a restrição às possibilidades de divulgação representa diretamente, e na mesma medida, um limite ao direito à livre expressão.”¹⁶⁶

Com relação ao segundo elemento do direito incorporado no artigo 13, a saber, o **elemento social**, o Tribunal afirmou que:

“a liberdade de expressão é um meio de troca de idéias e informações entre pessoas; ela inclui o direito de tentar e de comunicar os próprios pontos de vista para outras pessoas, mas ela implica também no direito de todos de conhecer opiniões, relatos e notícias. Para o cidadão comum, o direito de conhecer as opiniões dos outros e as informações que outros possuem é tão importante quanto o direito de comunicar as suas próprias.”¹⁶⁷

Na opinião do Tribunal, estas duas dimensões “são de igual importância e devem ser garantidas simultaneamente, a fim de permitir o efeito total do direito à liberdade de expressão nos termos do Artigo 13 da Convenção.” A importância deste direito será ainda mais destacada se for examinado

“o papel que a mídia desempenha em uma sociedade democrática, quando ela é um verdadeiro instrumento de liberdade de expressão, e não uma forma de restringi-la; conseqüentemente, é vital que ela possa coletar as mais diversas informações e opiniões.”¹⁶⁸

¹⁶⁵ *I-A Court HR, Ivcher Bronstein Case v. Peru, judgment of February 6, 2001, Series C, No. 47*; o texto utilizado encontra-se no site do Tribunal: www.corteidh.or.cr/seriecing/A_74_ING.html, par. 146; ênfase acrescentada. O caso *Compulsory Membership* será analisado em mais detalhes no item 3.4.5. a seguir.

¹⁶⁶ *Ibid.*, par. 147.

¹⁶⁷ *Ibid.*, par. 148.

¹⁶⁸ *Ibid.*, par. 149.

Além disso, “é essencial que os jornalistas que trabalham na mídia desfrutem da proteção e independência necessárias para exercer suas funções de forma abrangente, porque são eles que mantêm a sociedade informada, e esta é uma necessidade indispensável para possibilitar que a sociedade desfrute da plena liberdade”.¹⁶⁹

Na sua opinião consultiva sobre o caso da *Associação Compulsória*, o Tribunal afirmou ainda que o fato das dimensões individual e coletiva da liberdade de expressão precisar ser garantido simultaneamente significa, por um lado, que “não se pode confiar legitimamente no direito de uma sociedade ser informada com honestidade a fim de se estabelecer um regime de censura prévia com o suposto objetivo de eliminar informações consideradas inverídicas aos olhos do censor” e, por outro lado, “que o direito de transmitir informações e idéias não pode ser invocado para justificar a formação de monopólios públicos ou privados de meios de comunicação destinados a moldar a opinião pública, permitindo a expressão de um único ponto de vista”.¹⁷⁰

Assim, como “são os meios de comunicação de massa que fazem do exercício da liberdade de expressão uma realidade ... as condições do seu uso precisam estar em conformidade com as exigências dessa liberdade, com o resultado de que precisa haver, **entre outras coisas**, uma pluralidade dos meios de comunicação, a obstrução de todos os monopólios, sob qualquer forma, e as garantias para a proteção da liberdade e independência dos jornalistas.”¹⁷¹

O direito à liberdade de expressão previsto no artigo 13 da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos inclui não apenas o direito de expressar as próprias idéias, como também o direito e a liberdade de buscar, receber e transmitir informações e idéias de qualquer natureza e por qualquer método considerado adequado.

*Isto também significa que a liberdade de expressão possui uma dimensão **individual** e uma **dimensão social** que precisam ser garantidas simultaneamente: por um lado, ninguém poderá ser arbitrariamente proibido de expressar seus pensamentos; por outro lado, existe o direito coletivo de receber informações dos outros, bem como os pensamentos e opiniões por eles expressos.*

A inter-relação entre as dimensões individual e social da liberdade de expressão implica, ainda, que as limitações da possibilidade de divulgar informações restringirão a liberdade de expressão na mesma dimensão.

Em uma sociedade democrática, os meios de comunicação são o verdadeiro instrumento da liberdade de expressão; para que uma sociedade seja livre, os

¹⁶⁹ Ibid., par. 150.

¹⁷⁰ *I-A Court HR, Compulsory Membership in an Association Prescribed in Law for the Practice of Journalism (arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985, Series A, p. 101-102, par. 33.*

¹⁷¹ Ibid., p. 102, par. 34.

jornalistas têm que poder exercer suas responsabilidades profissionais com independência e em condições de segurança.

O direito de transmitir informações não pode ser invocado para justificar a censura prévia e a formação de monopólios no setor de mídia.

3.4.2. A liberdade de expressão e o conceito de ordem pública em uma sociedade democrática

De acordo com o entendimento do Tribunal Interamericano, que decorre logicamente do seu raciocínio exposto no subitem anterior,

“O conceito de ordem pública em uma sociedade democrática requer a garantia da circulação mais ampla possível de idéias e opiniões, bem como o maior acesso a informações da sociedade como um todo. A liberdade de expressão constitui um elemento essencial e básico da ordem pública de uma sociedade democrática, que não é concebível sem o debate livre e a possibilidade de as vozes discordantes serem ouvidas.”¹⁷²

Em apoio a esta opinião, o Tribunal fez referência à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, segundo a qual a liberdade de expressão é “um dos pilares essenciais” de uma sociedade democrática e “uma condição fundamental para o progresso e desenvolvimento pessoal de cada indivíduo”. Conforme observado pelo Tribunal Interamericano, o tribunal europeu equivalente também decidiu que “esta liberdade deveria não apenas ser garantida com relação à divulgação de informações e idéias que são recebidas de maneira favorável ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também com relação àquelas que ofendem, não são bem recebidas ou entrem em choque com o Estado ou com qualquer setor da população.” O Tribunal Europeu decidiu também que esses princípios são “de especial importância quando aplicados à imprensa”.¹⁷³

No caso da *Associação Compulsória*, o Tribunal expressou o papel da liberdade de expressão nos seguintes termos:

“É uma pedra fundamental sobre a qual repousa a própria essência da democracia. Ela é indispensável para a formação da opinião pública. Ela é também uma **condição “sine qua non”** para o desenvolvimento dos partidos políticos, sindicatos, associações culturais e científicas e, em geral, para aqueles que desejam influenciar a opinião pública. Em síntese, ela representa o meio que permite que a comunidade, ao exercer suas opções, esteja suficientemente informada. Assim, pode-se dizer que a sociedade que não é bem informada não é uma sociedade verdadeiramente livre”.¹⁷⁴

¹⁷² I-A Court HR, *Ivcher Bronstein Case v. Peru*, judgement of February 6, 2001, Series C, No. 74, par. 151.

¹⁷³ Ibid., par. 152-153

¹⁷⁴ I-A Court HR, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism* (arts. 13 and 29 American Convention of Human Rights), Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985, Series A, No. 5, p.123, par. 70.

A liberdade de expressão é um elemento básico da ordem pública de uma sociedade democrática; ela pressupõe tanto a circulação mais ampla possível de idéias e opiniões, como também o maior acesso possível às informações pela sociedade como um todo.

A “marca registrada” do conceito de ordem pública em uma sociedade democrática é o debate livre, o que significa o debate em que as vozes discordantes podem ser amplamente ouvidas, e as opiniões podem ser divulgadas mesmo que elas possam chocar, ofender ou incomodar.

A sociedade que não é bem informada não é verdadeiramente livre.

3.4.3. Restrições à liberdade de expressão: Significado da expressão “necessária para garantir”

Vale lembrar que, de acordo com o artigo 13(2) da Convenção Americana, uma das condições que os Estados precisam atender a fim de impor restrições válidas ao exercício da liberdade de expressão é que as restrições sejam “necessárias para garantir” um ou mais dos objetivos legítimos mencionados no artigo. Surge, portanto, a questão: O que significa a expressão “necessária para garantir” nesse contexto?

O Tribunal Interamericano de Direitos Humanos afirmou, no caso da *Associação Compulsória*, que o artigo 29 da Convenção Americana que se refere a restrições de interpretação, o artigo 32, que trata das relações entre deveres e direitos, e o Preâmbulo da Convenção definem o contexto em que as restrições permitidas sob o Artigo 13(2) precisam ser interpretadas:

“Decorre, da referência repetida às “instituições democráticas”, “democracia representativa” e “sociedade democrática” que a pergunta sobre se uma restrição à liberdade de expressão imposta por um estado é “necessária para garantir” um dos objetivos relacionados nos subitens (a) ou (b) precisa ser julgada em referência às necessidades legítimas das sociedades e instituições democráticas.”¹⁷⁵

Na sua opinião, as “demandas justas da democracia” precisam, em particular, orientar a interpretação destas disposições da Convenção “que guardam uma relação crítica com a preservação e o funcionamento das instituições democráticas”.¹⁷⁶

Assim, tendo estabelecido o papel interpretativo desempenhado pela noção de uma sociedade democrática na interpretação do artigo 13(2) da Convenção, o Tribunal continuou a

¹⁷⁵ *I-A Court HR, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (arts. 13 and 29 American Convention of Human Rights), Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985, Series A, No. 5, p.106, par. 42.* O Artigo 29(c) afirma que “Nenhuma disposição da convenção será interpretada de forma a: ... excluir outros direitos ou garantias que são inerentes à personalidade humana ou derivados da democracia representativa como forma de governo.” De acordo com o artigo 32(2), “Os direitos de cada pessoa estão limitados pelos direitos dos outros, pela segurança de todos e pelas demandas justas do bem-estar social, em uma sociedade democrática.”

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 108, par. 44.

analisar o termo “necessário”. Ao fazê-lo, ele mencionou a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, segundo a qual o termo “necessário” no artigo 10 da Convenção Européia, embora não seja sinônimo de “indispensável”, implica na existência de uma “necessidade social premente”, e para uma restrição ser “necessária”, não é suficiente demonstrar que ela é “útil”, “razoável” ou “desejável”. Na opinião do Tribunal Americano,

“Esta conclusão, que é igualmente aplicável à Convenção Americana, sugere que a “necessidade” e, conseqüentemente, a legalidade das restrições impostas nos termos do Artigo 13(2) à liberdade de expressão, dependem da demonstração de que as restrições são necessárias devido a um interesse governamental essencial. Assim, se houver várias opções para alcançar este objetivo, deve ser escolhido aquele que menos restringir os direitos protegidos. Em vista desta norma, não é suficiente demonstrar, por exemplo, que a lei serve a um objetivo útil ou desejável; para ser compatível com a Convenção, as restrições precisam ser justificadas por referência aos objetivos governamentais que, devido à sua importância, superem visivelmente a necessidade social do pleno gozo dos direitos garantidos pelo Artigo 13. Além disso, implícita nesta norma está a noção de que a restrição, mesmo se justificada por interesses essenciais, precisa ser ajustada de modo a não limitar o direito protegido pelo Artigo 13 mais do que o necessário. Isto é, a restrição precisa ser proporcional e moldada estritamente para o cumprimento do objetivo governamental legítimo que dela necessita.”¹⁷⁷

A expressão “necessária para garantir” significa que a restrição imposta ao exercício da liberdade de expressão precisa ser interpretada à luz das demandas justas ou legítimas de uma sociedade democrática. As restrições precisam ser justificadas por um interesse governamental fundamental, que supere visivelmente o interesse da sociedade pelo pleno gozo da liberdade de expressão. As restrições não são “necessárias” se for demonstrado apenas que elas são úteis ou desejáveis.

O termo “necessária”, portanto, significa também que restrição precisa ser proporcional ao objetivo legítimo e essencial que dela necessita, e que os Estados precisam selecionar a restrição menos invasiva necessária para alcançar este objetivo.

3.4.4. Controle indireto dos meios de comunicação de massa: O caso *Ivcher Bronstein versus Peru*

Questões referentes à liberdade de expressão foram encaminhadas poucas vezes ao Tribunal Interamericano. Entretanto, o artigo 13(1) e 13(3) foram considerados como tendo sido violados no Peru no caso *Ivcher Bronstein*.

¹⁷⁷ Ibid., p. 109, par. 46.

O Sr. Ivcher era o acionista majoritário da empresa que operava o Canal 2 de televisão no Peru; como diretor e presidente do Conselho da empresa, ele também estava autorizado a tomar decisões editoriais sobre a programação. Em abril de 1997, no seu programa chamado *Contrapunto*, o Canal 2 apresentou relatos investigativos de interesse nacional, como relatórios sobre a possível tortura cometida por membros do Serviço de Inteligência do Exército, o suposto assassinato de um possível agente e a renda extremamente alta supostamente obtida por um assessor do Serviço de Inteligência Peruano.¹⁷⁸ As evidências demonstraram que o Canal 2 possuía grande audiência em todo o país em 1997, e que, como consequência da linha editorial, O Sr. Ivcher passou a sofrer vários tipos de ameaças. Como cidadão peruano de origem israelense, ele acabou sendo privado de sua cidadania peruana, após o que um juiz ordenou a suspensão do exercício de seus direitos como acionista majoritário e presidente da empresa. Sua nomeação como conselheiro também foi revogada e foi instituído um novo Conselho.¹⁷⁹ O Tribunal também determinou que, após os acionistas minoritários terem assumido a administração da empresa, “os jornalistas que haviam trabalhado para o *Contrapunto* estavam proibidos de entrar no Canal e que a linha editorial do jornal havia sido modificada.”¹⁸⁰

O Comitê Interamericano concluiu que a anulação da nacionalidade do Sr. Ivcher “constituía um meio **indireto** de restringir a sua liberdade de expressão, assim como a dos jornalistas que trabalharam e realizaram investigações para a *Contrapunto*. ... Ao afastar o Sr. Ivcher do controle do Canal 2 e excluir os jornalistas do *Contrapunto*, o Estado não apenas restringia o direito de divulgar notícias, idéias e opiniões, como também afetava o direito de todos os peruanos receberem informações, limitando assim a sua liberdade de exercer opções políticas e de se desenvolverem plenamente em uma sociedade democrática.” O Peru havia, portanto, violado o artigo 13(1) e (3) da Convenção.¹⁸¹

Medidas indiretas para controlar os meios de comunicação de massa com o objetivo de impedir a comunicação e a circulação de idéias e opiniões de interesse público são contrárias ao artigo 13(1) e (3) da Convenção Americana. As medidas proibidas podem, assim, incluir controles governamentais ou privados indiretos dos meios de comunicação de massa e uma variedade de outras ações, inclusive o constrangimento de jornalistas e proprietários de jornais, estações de rádio e de televisão.

3.4.5. Artigo 13(2) e o caso do Credenciamento Compulsório de Jornalistas

Na sua opinião consultiva no caso *Compulsory Licensing of Journalists (Credenciamento Compulsório de Jornalistas)*, o Tribunal examinou a compatibilidade com o artigo 13(2) da Convenção Americana, de um esquema de credenciamento compulsório de jornalistas na Costa Rica. Estava claro que o resultado deste esquema seria que aqueles que não fossem membros do “Colegio de Periodistas” incorreriam em responsabilidade, inclusive em responsabilidade penal, se participassem do exercício do jornalismo profissional. A exigência constituía, portanto, uma

¹⁷⁸ *I-A Court RH, Ivcher Bronstein Case v. Peru, judgement of February 6, 2001, Series C, No. 74, par. 156.*

¹⁷⁹ *Ibid.*, par. 158-160.

¹⁸⁰ *Ibid.*, par. 161.

¹⁸¹ *Ibid.*, par. 162-164, ênfase acrescentada.

restrição à liberdade de expressão para aqueles que não eram membros do Colegio.¹⁸² O Tribunal tinha que examinar se esta restrição poderia ser justificada por quaisquer dos fundamentos enumerados no artigo 13(2) da Convenção.

Ele observou “que a organização das profissões em geral, por meio de “colegios” profissionais, não é, **por si**, contrária à Convenção, mas que se trata um método de regulamentação e controle para garantir que eles estejam agindo em boa fé e de acordo com os requisitos éticos da profissão”. Se a noção de ordem pública contida no artigo 13(2)(b) “é considerada ... como uma das condições que garantem o funcionamento normal e harmonioso das instituições com base em um sistema de valores e princípios coerentes, é possível concluir que a organização da prática de profissões está incluída naquela ordem”.¹⁸³

Entretanto, o Tribunal também observou, em especial, que o mesmo conceito de ordem pública em uma sociedade democrática requer “a garantia da circulação mais ampla possível de notícias, idéias e opiniões, bem como o mais amplo acesso à informação pela sociedade como um todo”, e que a “liberdade de expressão é a pedra fundamental sobre a qual repousa a própria essência da democracia.”¹⁸⁴ Na opinião do Tribunal, “o jornalismo é a principal e mais importante manifestação da liberdade de expressão do pensamento. Por essa razão, e como ele está vinculado à liberdade de expressão, que é um direito inerente de toda pessoa, o jornalismo não pode ser igualado a uma profissão que é meramente uma prestação de serviços ao público, por meio da aplicação de algum conhecimento ou treinamento adquirido em uma universidade ou por meio daqueles que estão inscritos em um certo “colegio” profissional, como aqueles criados para advogados e médicos.¹⁸⁵ O Tribunal concluiu, portanto,

“que as razões de ordem pública que podem ser válidas para justificar o credenciamento compulsório de outras profissões não podem ser invocadas no caso do jornalismo porque elas teriam o efeito de privar permanentemente aqueles que não são membros do direito de fazer pleno uso dos direitos que o Artigo 13 da Convenção concede a cada pessoa. Assim, ele violaria os princípios básicos da ordem pública democrática em que se baseia a própria Convenção.”¹⁸⁶

Todavia, o Tribunal reconheceu a necessidade “do estabelecimento de um código que garantiria a responsabilidade profissional e a ética dos jornalistas e que imporá penalidades para as violações a esse código” e ele também foi de opinião “que pode ser inteiramente adequado para o Estado delegar, por lei, a autoridade para impor sanções para violações do código de responsabilidade profissional e ética”. Entretanto, ao lidar com jornalistas, as restrições

¹⁸² *I-A Court HR, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985, Series A, No. 5*, pp. 114-115, par. 58.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 122, par. 68.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 122-123, par. 69-70.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 123-124, par. 71-73.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 125-126, par. 76.

constantes do artigo 13(2) “precisam ser levadas em consideração.”¹⁸⁷ O resultado foi “que uma lei cadastrando jornalistas, que não permita que aqueles que não são membros do “*colegio*” pratiquem o jornalismo e limite o acesso ao “*colegio*” aos formados em cursos universitários que tenham especialização em certas áreas, não é compatível com a Convenção.” Essa lei conteria restrições à liberdade de expressão que não são autorizadas pelo artigo 13(2) e, deste modo, violaria “não apenas o direito de cada pessoa de buscar e transmitir informações e idéias, por qualquer outro meio de sua escolha, mas também o direito de o público em geral receber informações sem qualquer interferência”.¹⁸⁸ Conseqüentemente, o Tribunal decidiu por unanimidade que “o credenciamento compulsório de jornalistas é incompatível com o Artigo 13 da Convenção Americana.... se ele negar a qualquer pessoa o acesso ao pleno uso dos meios jornalísticos como meios de expressão de opiniões ou de transmissão de informações” e que a Lei Orgânica da Associação de Jornalistas da Costa Rica era “incompatível” com o artigo 13 “por impedir certas pessoas de fazerem parte da Associação de Jornalistas, e em decorrência, negava-lhes o pleno uso dos meios de comunicação de massa como forma de eles se expressarem ou transmitirem informações.”¹⁸⁹

A organização de profissões, como as de advogado e médico, não é por si contrária ao artigo 19 da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, considerando que essas associações representam uma forma de garantir que os seus membros ajam em boa-fé e de acordo com os requisitos éticos da profissão.

Por outro lado, como o jornalismo é a principal e mais importante manifestação da liberdade de expressão em uma sociedade democrática, constituiria violação dos princípios da ordem pública democrática em que se baseia a Convenção Americana exigir que eles pertençam a uma organização específica, se essa associação compulsória negar-lhes o pleno acesso aos meios de comunicação de massa, para que possam expressar as suas opiniões e transmitir informações.

3.5 Artigo 10 da Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos

O artigo 10 da Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos tem sido interpretado em muitos casos. Apenas alguns deles serão examinados neste item, para fins de ilustração dos principais aspectos do conteúdo essencial da liberdade de expressão no âmbito europeu.

De acordo com o artigo 10, “qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Esse direito inclui a liberdade de ter opiniões e de receber ou de transmitir informações ou idéias sem ingerência de quaisquer autoridades públicas e independentemente de fronteiras”. Entretanto, o artigo não impede que os Estados “exijam o licenciamento de empresas de radiodifusão, de televisão ou cinema.”

¹⁸⁷ Ibid., p. 127-128, par. 80.

¹⁸⁸ Ibid., p. 128, par. 81.

¹⁸⁹ Ibid., p. 131-132, par. 85.

Como o exercício dessas liberdades “implica deveres e responsabilidades”, o artigo 10(2) apresenta uma lista de fundamentos legítimos para a imposição de “certas formalidades, condições, restrições ou sanções previstas pela lei e que sejam necessárias em uma sociedade democrática”. Esses fundamentos são:

- “os interesses de segurança nacional, integridade territorial ou segurança pública”;
- “a defesa da ordem e prevenção do crime”;
- “a proteção da saúde ou da moral”;
- “a proteção da reputação ou dos direitos das outras pessoas”;
- “impedir a divulgação de informações recebidas em confidencialidade” e
- “garantir a autoridade e a imparcialidade do judiciário”.

Para ser válidas nos termos do artigo 10(2), as “formalidades, condições, restrições ou sanções” precisam, **cumulativamente**, atender ao **princípio da legalidade, à condição de objetivo legítimo e ao princípio da necessidade em uma sociedade democrática**.

Vale notar que, ao contrário do artigo 13 da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, o artigo 10 da Convenção Européia “não proíbe, em termos claros, a imposição de restrições prévias sobre publicações”. Conforme observado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, isto fica evidente “não apenas nas palavras: “condições”, “restrições”, “impedir” e “prevenção”, que constam daquela disposição”, mas também na própria jurisprudência. Entretanto,

“os perigos inerentes a restrições prévias são tamanhos que eles requerem o mais cuidadoso exame por parte do Tribunal. Isto se aplica especialmente à imprensa, pois as notícias são um bem perecível e postergar a sua publicação, mesmo por um período curto, pode privá-las de todo o seu valor e interesse.”¹⁹⁰

Contrariamente ao artigo 13 da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, o artigo 10 da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos não proíbe expressamente as restrições prévias às publicações. Entretanto, em vista do risco inerente dessas restrições, elas precisam estar sujeitas ao mais cuidadoso escrutínio pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Para serem legais, quaisquer formalidades, condições, restrições ou sanções impostas pelos Estados Contratantes à liberdade de expressão, nos termos do artigo 10 da Convenção Européia precisam, cumulativamente, atender ao princípio da legalidade, à condição de objetivo legítimo e ao princípio da necessidade em uma sociedade democrática.

¹⁹⁰ Eur. Court HR, *Case of the Observer and Guardian v. the United Kingdom*, judgement of 26 November 1991, Series A, No. 216, p.30, par. 60.

3.5.1 Abordagem interpretativa básica da liberdade de expressão

Antes de analisar a jurisprudência relativa ao artigo 10 da Convenção, pode ser útil destacar a abordagem interpretativa básica adotada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao considerar questões referentes à liberdade de expressão. Sua abordagem está condicionada ao papel da liberdade de expressão em uma sociedade democrática, à margem de apreciação dos Estados Contratantes e ao próprio papel de supervisão do Tribunal. A abordagem interpretativa básica tem sido aplicada uniformemente pelo Tribunal em sua volumosa jurisprudência.¹⁹¹

O papel da liberdade de expressão em uma sociedade democrática: O Tribunal Europeu enfatizou, desde o princípio, o importante papel desempenhado pela liberdade de expressão em uma sociedade democrática. Assim, no início do caso *Handyside*, ele sentenciou:

“As funções de supervisão do Tribunal obrigam-no a prestar a maior atenção aos princípios que caracterizam uma “sociedade democrática”. A liberdade de expressão constitui um dos alicerces essenciais dessa sociedade, uma das condições básicas para o seu progresso e o desenvolvimento de todos os homens. Nos termos do parágrafo 2 do Artigo 10, ela se aplica não apenas às “informações” ou “idéias” que são recebidas favoravelmente, consideradas inofensivas ou como um assunto indiferente, mas também àquelas que ofendem, chocam ou incomodam o Estado ou qualquer setor da população. Essas são as exigências do pluralismo, da tolerância e da liberalidade, sem as quais não existe a “sociedade democrática”. Isto significa, entre outras coisas, que cada “formalidade”, “condição”, “restrição” ou “sanção” imposta nesta esfera precisa ser proporcional ao objetivo legítimo almejado”.¹⁹²

No caso *Sunday Times*, o Tribunal afirmou que:

“Estes princípios são de especial importância no que tange à imprensa. Eles são igualmente aplicáveis ao campo da administração da justiça, que serve aos interesses da comunidade em geral e requer a cooperação de um público esclarecido. Existe amplo reconhecimento do fato de os tribunais não poderem funcionar em um vácuo. Embora eles sejam o fórum para a resolução de controvérsias, isto não significa que não possa haver discussão prévia das controvérsias em outro lugar, seja em publicações especializadas, na grande imprensa ou entre o público em geral. Além disso, embora os meios de comunicação de massa não devam ultrapassar os limites impostos no interesse da devida administração da justiça, cabe a eles transmitir informações e idéias

¹⁹¹ Outros exemplos de casos envolvendo o artigo 10 da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos podem ser encontrados utilizando-se a ferramenta de busca do site do Tribunal (<http://hudoc.coe.int>).

¹⁹² *Eur. Court HR, Handyside Case v. the United Kingdom, judgment of 7 December 1976, Series A, No. 24*, p.23, par. 49. Este caso refere-se à condenação penal da requerente e à apreensão, confisco e conseqüente destruição da matriz e de centenas de cópias do Little Red Schoolbook com o objetivo de proteger a moral em sua sociedade democrática. Este livro destinava-se, inicialmente, a crianças da faixa etária de 12 a 18 anos, e incluía um capítulo sobre sexo. O Tribunal concluiu que o artigo 10 não havia sido violado pelas medidas adotadas neste caso. Vide p.28, par. 59.

referentes a questões que sejam levadas aos tribunais, assim como em outras áreas de interesse público. Não só a mídia tem a tarefa de transmitir essas informações e idéias: o público também tem o direito de recebê-las.”¹⁹³

No caso posterior, *Observer and Guardian*, o Tribunal acrescentou que “se fosse de outra forma, a imprensa seria incapaz de desempenhar o seu papel essencial de “guardião do público”.”¹⁹⁴

Margem de apreciação do Estado versus supervisão européia: Com relação à interpretação da disposição sobre limitação no artigo 10(2) da Convenção, o Tribunal afirmou que as exceções nele contidas:

“precisam ser interpretadas em sentido estrito e a necessidade de quaisquer restrições precisa ser estabelecida de forma convincente.”¹⁹⁵

Embora “o adjetivo “necessária”, com o significado estabelecido no Artigo 10 parágrafo 2, implique na existência de uma “necessidade social premente”,¹⁹⁶

“ele não é sinônimo de “indispensável” (cf. Artigos 2 parágrafo 2 e 6 parágrafo 1, as palavras “absolutamente necessária” e “estritamente necessária” e, no Artigo 15 parágrafo 1, a frase “na medida estritamente requerida pelas exigências da situação”), nem tem a flexibilidade de expressões como “admissível”, “normal” (cf. Artigo 4 parágrafo 3), “útil” (cf. texto em Francês do primeiro parágrafo do Artigo 1 do Protocolo nº 1), “razoável” (cf. Artigos 5 parágrafo 3 e 6 parágrafo 1) ou “desejável”. No entanto, cabe às autoridades nacionais fazer a avaliação inicial da realidade da necessidade social premente envolvida na noção de “necessidade” nesse contexto.

Conseqüentemente, o Artigo 10 parágrafo 2 deixa aos Estados Contratantes uma margem de apreciação. Essa margem é concedida tanto ao legislador do país (“prevista em lei”) e aos órgãos como o judiciário, entre outros, que são chamados a interpretar e aplicar as leis em vigor”.¹⁹⁷

Contudo, o artigo 10(2) “não concede aos Estados Contratantes um poder ilimitado de apreciação. O Tribunal ... tem o poder de proferir a sentença final sobre se uma “restrição” ou “sanção” é conciliável com a liberdade de expressão e protegida pelo Artigo 10. A margem nacional de apreciação, portanto, caminha lado a lado com a supervisão européia. Essa supervisão refere-se tanto ao objetivo da medida questionada como à sua “necessidade”; ela

¹⁹³ Eur. Court HR, *the Sunday Times Case v. the United Kingdom*, judgment of 26 April 1979, Series A, No. 30, p.40, par. 65.

¹⁹⁴ Eur. Court HR, *Case of the Observer and Guardian v. the United Kingdom*, judgment of 26 November 1991, Series A, No. 216, p.30, par. 59(b).

¹⁹⁵ Ibid., p. 30, par. 59 (a).

¹⁹⁶ Ibid., p. 30, par. 59 (c).

¹⁹⁷ Eur. Court HR, *Handyside Case v. the United Kingdom*, judgment of 7 December 1976, Series A, No. 24, p.22, par. 48.

abrange não apenas a legislação básica, mas também a decisão de aplicá-la, mesmo se proferida por um tribunal independente.”¹⁹⁸

Além disso, a supervisão do Tribunal não está limitada a “averiguar se o Estado participante exerceu a sua liberdade de ação de forma razoável, cuidadosa e em boa-fé. Mesmo o Estado Contratante que age desta forma permanece sujeito ao controle do Tribunal com relação à compatibilidade de sua conduta com os compromissos assumidos segundo a Convenção”.¹⁹⁹

Em resumo, para a limitação do exercício da liberdade de expressão ser “estabelecida de forma convincente”, o Tribunal Europeu precisa estar convencido que as medidas impugnadas eram “proporcionais ao objetivo legítimo almejado” e que as razões aduzidas pelas autoridades nacionais para justificá-las eram “relevantes e suficientes”.²⁰⁰

Finalmente, deve ser observado, neste contexto, que a margem de apreciação dos Estados Contratantes não é idêntica para cada um dos objetivos relacionados no artigo 10(2). Como será visto no próximo item, quanto mais claro e legítimo o objetivo, menos poder de apreciação é concedido aos Estados.²⁰¹

A liberdade de expressão, tal como garantida pelo artigo 10 da Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos constitui um dos alicerces essenciais de uma sociedade democrática.

A liberdade de expressão é também uma das condições básicas para o progresso de uma sociedade democrática e para o desenvolvimento de todas as pessoas.

As marcas registradas de uma sociedade democrática incluem o pluralismo, a tolerância e a liberalidade, o que significa que, sujeito às restrições definidas no artigo 10(2) da Convenção Européia, o direito à liberdade de expressão inclui não apenas as informações e idéias que são consideradas aceitáveis ou inofensivas, mas também as informações e idéias que ofendem, chocam ou incomodam o Estado ou qualquer parte de sua população.

Estes princípios são de especial importância para a imprensa, que desempenha o papel de guardião do público ao transmitir informações e idéias. Eles também são importantes para o público em geral, que tem o direito de receber essas informações e idéias.

A expressão “necessária em uma sociedade democrática” no artigo 10(2) da Convenção Européia significa que precisa haver uma “necessidade social premente” para serem impostas limitações ao exercício da liberdade de expressão. Em outras palavras, é preciso que seja “estabelecido de forma convincente” que as medidas em

¹⁹⁸ Ibid., p. 23, par. 49.

¹⁹⁹ Eur. Court HR, *the Sunday Times Case v. the United Kingdom*, judgment of 26 April 1979, Series A, No. 30, p.36, par. 59.

²⁰⁰ Eur. Court HR, *Case of the Observer and Guardian v. the United Kingdom*, judgment of 26 November 1991, Series A, No. 216, p.30, par. 59(a) e (b).

²⁰¹ Eur. Court HR, *the Sunday Times Case v. the United Kingdom*, judgment of 26 April 1979, Series A, No. 30, p.36-37, par. 59.

questão são proporcionais ao objetivo legítimo almejado. Para esse fim, os Estados Contratantes precisam demonstrar que as razões aduzidas em apoio às medidas são “relevantes” e “suficientes”. Para atender a este requisito, não é suficiente que o Estados Contratantes demonstrem que agiram cuidadosamente ou em boa-fé.

Embora as autoridades nacionais tenham uma certa margem de apreciação ao decidir a necessidade da medida, este poder está vinculado à supervisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

O poder de apreciação do Estado não é idêntico em todas as situações, mas varia conforme o objetivo legítimo almejado. Quanto mais claro for o objetivo legítimo, menor poder de apreciação será concedido aos Estados na decisão sobre a necessidade de medidas restritivas.

3.5.2 Liberdade de imprensa

A liberdade de imprensa tem sido o assunto de muitos casos referentes ao artigo 10, casos esses que comprovam não apenas a fragilidade, mas também a importância fundamental de uma imprensa livre e crítica na Europa. Nesse subitem, serão apresentados exemplos de casos envolvendo restrições à liberdade de imprensa, a fim de manter a autoridade do judiciário e proteger a reputação e os direitos das outras pessoas.

Manutenção da autoridade do judiciário: O caso *Sunday Time* referia-se a uma liminar proibindo o jornal de publicar um artigo sobre a tragédia da talidomida, com o fundamento de que constituiria contumácia. O artigo referia-se a crianças [vítimas] da talidomida e ao acordo em suas reivindicações de indenização no Reino Unido. A talidomida era um remédio prescrito em especial para gestantes, algumas das quais deram à luz crianças que sofriam de várias deformidades. A Distillers Company (Biochemicals) Limited, que fabricava e comercializava o remédio no Reino Unido, acabou fazendo acordos com a grande maioria das vítimas do medicamento. Os requerentes alegaram, entre outras coisas, que a liminar expedida pela Suprema Corte e mantida pela Câmara dos Lordes constituía uma violação ao artigo 10 da Convenção.²⁰²

O Tribunal Europeu não teve dificuldade em decidir que, nesse caso, tinha havido “interferência de autoridade pública” no exercício da liberdade de expressão do requerente, conforme garantida pelo artigo 10(1) da Convenção. Para ser justificada, essa interferência tinha que atender às condições estabelecidas no artigo 10(2).²⁰³

Com relação à condição de que a interferência precisava ser “**prevista em lei**”, o Tribunal primeiramente observou que o termo “lei” no artigo 10(2) “abrange não apenas a legislação escrita, mas também a lei não escrita”.²⁰⁴ Além disso, a expressão “prevista em lei” requer que a “lei esteja adequadamente acessível” e “formulada com precisão suficiente para permitir que o

²⁰² Eur. Court HR, *the Sunday Times Case v. the United Kingdom*, judgment of 26 April 1979, Series A, No., 30, p. 27, par. 38.

²⁰³ Ibid., p. 29, par. 45.

²⁰⁴ Ibid., p. 30, par. 47.

cidadão regule sua conduta”.²⁰⁵ Após examinar cuidadosamente se a legislação sobre contumácia em Inglês atendia àqueles critérios de “**acessibilidade**” e “**previsibilidade**”, o Tribunal Europeu concluiu que sim, e que a interferência objeto da reclamação estava “prevista em lei”, como requerido pelo artigo 10(2).²⁰⁶

O **critério de previsibilidade** significa que a pessoa “precisa ser capaz – se necessário, com a devida assessoria – de prever, em um grau razoável em vista das circunstâncias, as conseqüências que um ato pode acarretar. Estas conseqüências não precisam ser previsíveis com certeza absoluta; a experiência demonstra que ela seria inatingível”²⁰⁷. Tal como aplicado no caso *Sunday Times*, o princípio da previsibilidade significa que a pessoa precisa ser capaz de prever, em um grau “razoável em vista das circunstâncias”, o risco que determinada conduta pode acarretar.²⁰⁸

A próxima questão a ser decidida era se a interferência possuía **um objetivo legítimo** segundo o artigo 10(2). Tanto os requerentes quanto o Governo concordaram que a legislação sobre contumácia atendia ao objetivo de “salvaguardar não apenas a imparcialidade e a autoridade do judiciário, mas também os direitos e interesses dos litigantes.”²⁰⁹ Explicando o termo “judiciário” (em Francês, “*pouvoir judiciaire*”), o Tribunal afirmou que ele compreende

“o aparato da justiça ou do poder judiciário do governo, bem como os juízes em sua posição oficial. A expressão “autoridade do judiciário” inclui, em particular, a noção de que os tribunais são, e são aceitos pelo público em geral, como sendo o fórum adequado de verificação dos direitos e obrigações legais e de resolução de controvérsias a eles referentes; além de o público em geral ter respeito e confiança na capacidade do tribunal de preencher aquela função.”²¹⁰

Tendo examinado a legislação nacional em questão, o Tribunal foi de opinião que “a maioria das categorias de conduta abrangidas pela legislação sobre contumácia relacionam-se à posição dos juízes ou ao funcionamento dos tribunais e ao aparato da justiça: “a manutenção da autoridade e imparcialidade do judiciário” são, portanto, um objetivo daquela legislação ... como a legislação sobre contumácia pode servir para proteger os direitos dos litigantes, seu objetivo já está incluído na frase “manter a autoridade e a imparcialidade do judiciário”. Portanto, não era necessário considerar como uma questão separada se a legislação sobre contumácia tinha também o objetivo de salvaguardar os direitos das outras pessoas.”²¹¹ Como a questão da “imparcialidade” não tinha sido alegada perante o Tribunal Europeu, o Tribunal teve apenas que considerar se as razões invocadas pela Câmara dos Lordes, ao concluir se a minuta do artigo questionável “enquadrava-se no objetivo de manutenção da “autoridade ... do judiciário”,

²⁰⁵ Ibid., p. 31, par. 49.

²⁰⁶ Ibid., p. 31-33, par. 50-53.

²⁰⁷ Ibid., p. 31, par. 49.

²⁰⁸ Ibid., p. 33, par. 52.

²⁰⁹ Ibid., p. 33, par. 54.

²¹⁰ Ibid., p. 34, par. 55.

²¹¹ Ibid., p. 34, par. 55-56.

conforme interpretado pelo Tribunal”. O Tribunal concluiu que sim e aceitou, entre outras, as seguintes razões apresentadas pela Câmara dos Lordes:

- “ao “prejulgar” a questão da negligência, o artigo levaria ao desrespeito aos procedimentos legais ou interferiria na administração da justiça;”
- “o pré-julgamento pela imprensa levaria inevitavelmente, neste caso, a réplicas das partes, gerando o perigo de “julgamento pela imprensa”, incompatível com a devida administração da justiça;” e
- “os tribunais devem às partes a proteção contra os preconceitos do pré-julgamento, que envolvem a participação destas no alvoroço da publicidade do pré-julgamento”.²¹²

Como a interferência neste caso abrangia tanto o **princípio da legalidade** como a **condição de objetivo legítimo**, a questão crucial que aguardava resposta era se ela poderia ser considerada **“necessária em uma sociedade democrática”**. Em outras palavras,

- A interferência correspondia a uma “necessidade social premente”?
- Ela era “proporcional ao objetivo legítimo almejado”?
- As razões apresentadas pelas autoridades locais justificavam-nas como “relevante” e “suficientes”?²¹³

O Tribunal observou, a este respeito, que o “poder de apreciação do Estado Contratante não é idêntico para cada um dos itens relacionados no Artigo 10(2)”. Em comparação com a “proteção da moral”, por exemplo, a “autoridade” do judiciário é uma “noção muito mais objetiva” com relação à qual “a legislação nacional e a prática dos Estados Contratantes revelam uma medida razoavelmente significativa de concordância. Conseqüentemente, aqui uma supervisão mais ampla corresponde a menos poder discricionário de apreciação” em nível nacional”.²¹⁴

No seu arrazoado detalhado, o Tribunal invocou, entre outros, os princípios relacionados à importância da liberdade de expressão em uma sociedade democrática, que são “igualmente aplicáveis ao campo da administração da justiça”. As exceções a esta liberdade contidas no artigo 10(2) “precisam ser interpretadas em sentido estrito”.²¹⁵ O Tribunal indicou, então, que o artigo 10 “garante não apenas a liberdade de a imprensa para informar o público, mas também o direito de o público ser devidamente informado ... No presente caso, as famílias de inúmeras vítimas da tragédia, que não estavam cientes das dificuldades envolvidas, tinham um interesse vital em conhecer todos os fatos subjacentes e as várias soluções possíveis. Elas poderiam ser privadas dessas informações, que eram extremamente importantes, somente se parecesse absolutamente certo que sua difusão representaria uma ameaça à “autoridade do judiciário”.²¹⁶ O Tribunal tinha, portanto, que “avaliar o peso dos interesses envolvidos e suas respectivas forças”. Ao fazê-lo, ele observou, entre outras coisas, que os fatos do caso “não deixaram de ser

²¹² Ibid., p. 34-35, par. 56-57.

²¹³ Ibid., p. 38, par. 62.

²¹⁴ Ibid., p. 36-37, par. 59.

²¹⁵ Ibid., p. 40-41, par. 65.

²¹⁶ Ibid., p. 41-42, par. 66.

uma questão de interesse público meramente porque formavam o histórico de um litígio em andamento. Ao trazer à luz certos fatos, o artigo poderia ter servido como uma pausa na discussão especulativa e pouco esclarecida.²¹⁷ Ele concluiu que “a interferência questionada não correspondia a uma necessidade social suficientemente premente para superar o interesse público na liberdade de expressão, de acordo com o significado da Convenção”. Portanto, o Tribunal considerou as razões para a restrição imposta aos requerentes como insuficientes nos termos do Artigo 10(2). Aquela restrição provou-se desproporcional ao objetivo legítimo almejado; ela não era necessária em uma sociedade democrática para a manutenção da autoridade do judiciário.²¹⁸ Conseqüentemente, tinha havido uma violação do artigo 10.

Proteção da reputação ou dos direitos de outras pessoas: O caso *Lingens versus Áustria* referiu-se à condenação do requerente por ter difamado o Sr. Kreisky, o então Chanceler da Áustria. Em alguns artigos, o requerente havia, entre outras coisas, criticado a atitude comodista do Sr. Kreisky em relação aos ex-nazistas que participavam da política austríaca, utilizando expressões como “o mais vil oportunismo”, “imoral” e “indigno”; com esses fundamentos, ele foi condenado ao pagamento de multa e seus artigos sofreram ordem de confisco.²¹⁹

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos aceitou que tinha havido “interferência da autoridade pública” no exercício da liberdade de expressão do Sr. Lingens, que precisava ser justificada nos termos do artigo 10(2) a fim de não constituir uma violação da Convenção, que a condenação estava “prevista em lei”, já que ela se baseava no artigo 111 da Legislação Penal da Áustria, que a medida almejava a um objetivo legítimo devido ao fato de ter sido tomada para proteger “a reputação e os direitos das outras pessoas”²²⁰ A questão que ficou para ser decidida era, portanto, se a condenação poderia ser justificada como sendo “**necessária em uma sociedade democrática**”, em busca de um objetivo legítimo.

Recordando as sentenças dos casos *Handyside* e *Sunday Times*, o Tribunal enfatizou que ele não poderia aceitar a opinião, expressa em um julgamento no Tribunal de Recursos de Viena, “segundo a qual a tarefa da imprensa era divulgar informações cuja interpretação ficaria principalmente a cargo do leitor.”²²¹ Ele acrescentou que:

“A liberdade de imprensa, além disso, proporciona ao público um dos melhores meios de descobrir e formar uma opinião sobre as idéias e atitudes dos líderes políticos. Em sentido mais geral, a liberdade para o debate político encontra-se no âmago do conceito de sociedade democrática, que prevalece em toda a Convenção.

Os limites da crítica aceitável são, conseqüentemente, mais amplos em relação a um político do que em relação a uma pessoa que não participa da vida pública.

²¹⁷ Ibid., p. 42, par. 66.

²¹⁸ Ibid., p. 42, par. 67.

²¹⁹ Eur. Court HR, *Case of Lingens v. Austria, judgment of 8 July 1986, Series A, No. 103*, pp.21-23, par. 26-30.

²²⁰ Ibid., p. 24, par. 35-36.

²²¹ Ibid., p. 26, par. 41.

Diferentemente deste último, o primeiro está, inevitável e sabidamente, exposto ao exame minucioso de cada palavra e ato por jornalistas e pelo público em geral, e precisa, portanto, demonstrar um grau maior de tolerância. Sem dúvida, o Artigo 10 parágrafo 2 permite que a reputação das outras pessoas – isto é, de todos os indivíduos – seja protegida, e esta proteção estende-se também aos políticos, mesmo quando não estão agindo particularmente; mas nesses casos, a necessidade dessa proteção precisa ser considerada em relação aos interesses do livre debate de questões políticas.”²²²

Com relação aos fatos específicos do caso do Sr. Lingens, o Tribunal Europeu observou que os seus artigos “tratavam de questões políticas de interesse público na Áustria, que haviam originado muitas discussões acaloradas sobre a atitude dos austríacos em geral -- e do Chanceler em particular – em relação ao Nacional Socialismo e à participação de ex-nazistas no governo do país. O teor e o tom dos artigos eram, no conjunto, razoavelmente equilibrados, mas principalmente o uso das expressões supracitadas provavelmente afetaria a reputação do Sr. Kreisky. Entretanto, como o caso referia-se ao Sr. Kreisky na sua condição de político, era preciso levar em conta o cenário em que esses artigos tinham sido escritos.” Eles tinham surgido após a eleição, em 1975, quando o Sr. Kreisky havia acusado o Sr. Wiesenthal, Presidente do Centro de Documentação Judaica, de utilizar “métodos da máfia”, após ele ter feito várias revelações sobre o passado do Presidente do Partido Liberal da Áustria, o provável parceiro de coalizão do Sr. Kreisky. “As expressões impugnadas deveriam, portanto, ser vistas em relação ao cenário da controvérsia política pós-eleitoral; ... nessa luta, cada um usou as armas disponíveis.” Além disso, essas eram circunstâncias que “não podiam ser ignoradas” ao se avaliar, segundo o artigo 10(2) da Convenção Européia, “a sanção imposta ao requerente e as razões pelas quais os tribunais nacionais a impuseram.”²²³

O Tribunal Europeu observou, a esse respeito, que embora os artigos questionados tivessem sido “amplamente divulgados”, de modo que a ordem de confisco imposta ao requerente “não o impedia, em sentido estrito, de se expressar, ela representava um tipo de censura, que provavelmente o desencorajaria de fazer novas críticas do mesmo tipo no futuro.” Ele acrescentou que:

“No contexto do debate político, esse tipo de sentença provavelmente dissuadiria os jornalistas de contribuir para a discussão pública de questões que afetam a vida da comunidade. Justamente por isso, uma sanção como essa é responsável por impedir a imprensa de cumprir a sua tarefa de fornecedora de informações e de guardiã do público.”²²⁴

O Tribunal observou, então, “que os fatos sobre os quais o Sr. Lingens baseou os seus julgamentos de valor eram inquestionáveis, assim como a sua boa-fé. Era impossível, na opinião do Tribunal, provar a veracidade dos julgamentos de valor, conforme exigido pelo artigo 111 do Código Penal da Áustria, a fim de escapar da condenação. Além do mais, essa exigência “infringe a liberdade de expressão em si, que é uma parte fundamental do direito garantido pelo

²²² Ibid., p. 26, par. 42.

²²³ Ibid., p. 26-27, par. 43.

²²⁴ Ibid, p. 27, par. 44.

Artigo 10 da Convenção”.²²⁵ O Tribunal concluiu, portanto, que a interferência na liberdade de expressão do Sr. Lingens não era “necessária em uma sociedade democrática”, pois ela era “desproporcional ao objetivo legítimo almejado”.²²⁶

No caso *Jersild versus Dinamarca*, o requerente foi condenado por auxiliar e incentivar três jovens – membros do grupo denominado “Greenjackets” (Jaquetas Verdes) – que, por sua vez, haviam sido condenados por insultar e fazer observações humilhantes sobre pessoas de origem estrangeira. As observações haviam sido feitas em um programa de televisão produzido pelo requerente, com o alegado objetivo de oferecer “um quadro realista de um problema social”. Ele foi condenado a pagar multas diárias de 1.000 coroas dinamarquesas ou, alternativamente, a cinco dias de prisão.”²²⁷

Um fundamento comum, neste caso, era que a condenação constituía uma interferência na liberdade de expressão do Sr. Jersild, que era estava “prevista em lei”, a saber, os artigos 266(b) e 23(1) do Código Penal Dinamarquês, e que ela almejava ao objetivo legítimo de proteger “a reputação e os direitos das outras pessoas”.²²⁸

O único ponto de controvérsia era se as medidas objeto da reclamação eram “**necessárias em uma sociedade democrática**”. O Tribunal enfatizou, no princípio, que ele estava “particularmente consciente da importância vital de combater a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações” e que, conseqüentemente, “o objetivo e a finalidade” da Convenção Internacional das Nações Unidas Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial eram

“de grande importância para determinar se a condenação do requerente, que – como o governo enfatizou – baseava-se em uma disposição promulgada para garantir o cumprimento, pela Dinamarca, da Convenção das Nações Unidas, era “necessária” com o significado do Artigo 10 parágrafo 2”.²²⁹

As obrigações da Dinamarca, nos termos do artigo 10 da Convenção Européia precisam, portanto, “ser interpretadas na maior amplitude possível, para que sejam conciliáveis com suas obrigações nos termos da Convenção das Nações Unidas.”²³⁰

Reiterando a importância da liberdade de expressão e o papel da imprensa em uma sociedade democrática, o Tribunal enfatizou que estes princípios “sem dúvida, aplicam-se aos meios audiovisuais”. Ele acrescentou que:

²²⁵ Ibid., p. 28, par. 46.

²²⁶ Ibid., p. 28, par. 47.

²²⁷ *Eur. Court HR, Case of Jersild v. Denmark, judgment of 23 September 1994, Series A, No. 298, p. 14-15, par. 13-14.*

²²⁸ Ibid., p. 20, par. 27.

²²⁹ Ibid., p. 22, par. 30.

²³⁰ Ibid., p. 22-23, par. 30.

“Em consideração aos “deveres e responsabilidades” de um jornalista, o impacto potencial do meio em questão é um fator importante, sendo normalmente reconhecido que o meios de comunicação audiovisuais têm, muitas vezes, um efeito muito mais imediato e poderoso do que a mídia impressa ... Os meios audiovisuais têm recursos para transmitir, através de imagens, significados que a mídia impressão não consegue transmitir.

Ao mesmo tempo, os métodos para a produção de reportagens objetivas e equilibradas podem variar consideravelmente, dependendo, entre outras coisas, do meio em questão. O Tribunal, e os tribunais nacionais competentes, não devem substituir as opiniões da imprensa pelas suas próprias a respeito da técnica de reportagem a ser adotada pelos jornalistas. **Neste contexto, o Tribunal relembra que o Artigo 10 protege não apenas a essência das idéias e das informações, mas também a forma pela qual elas são transmitidas**”.²³¹

Desta forma, o Tribunal tinha que decidir se as razões aduzidas pelas autoridades dinamarquesas para justificar a condenação do Sr. Jersild eram “relevantes e suficientes e se os meios empregados eram proporcionais ao objetivo legítimo almejado”. Ao fazê-lo, “o Tribunal tinha que se convencer de que as autoridades nacionais aplicaram de fato as normas em conformidade com os princípios incorporados no Artigo 10, e também que elas se basearam em uma avaliação aceitável dos fatos relevantes.”²³²

A avaliação do Tribunal referia-se à “maneira em que a filmagem dos “Greenjackets” fora preparada, o seu conteúdo, o contexto em que foi transmitida e o objetivo do programa”. Ele também considerou “as obrigações dos Estados segundo a Convenção das Nações Unidas e outros instrumentos internacionais de tomar medidas eficazes para eliminar todas as formas de discriminação racial e de prevenir e lutar contra as doutrinas e práticas racistas.”²³³

Ao fazê-lo, o Tribunal descobriu, em primeiro lugar, que as razões apresentadas pelas autoridades nacionais eram “relevantes”. Na sua opinião, “os tribunais nacionais deram ênfase considerável ao fato de o próprio requerente ter tomado a iniciativa de preparar a filmagem dos “Greenjackets” e que, não apenas ele sabia antecipadamente que provavelmente seriam feitas afirmações racistas durante a entrevista, mas também havia incentivado essas declarações. Ele havia editado o programa de modo a incluir as afirmações ofensivas. Sem o seu envolvimento, as observações não teriam sido divulgadas a um grande círculo de pessoas e não seria passível de punição.”²³⁴

Por outro lado, considerando o programa em seu contexto, inclusive a introdução do apresentador, “não havia razões para duvidar” que as entrevistas cumpriam o objetivo alegado de tratar de certos aspectos do problema do racismo na Dinamarca. “Considerada em conjunto, a

²³¹ Ibid., p. 23, par. 31, ênfase acrescentada.

²³² Ibid., p. 23-24 par. 31.

²³³ Ibid., p. 24, par. 31.

²³⁴ Ibid., p. 24, par. 32.

gravação não poderia, objetivamente, sugerir que tinha como objetivo a divulgação de idéias racistas” porque

“ela buscava claramente – por meio de uma entrevista – expor, analisar e explicar este grupo particular de jovens, limitados e frustrados pela sua situação social, com passagens pela polícia e atitudes violentas, lidando, assim, com aspectos específicos de assuntos que já eram uma grande preocupação do público”.²³⁵

Além disso, o Tribunal Europeu “não foi convencido pelo argumento, enfatizado também pelos tribunais nacionais ... de que a matéria sobre os “Greenjackets” tivesse sido apresentada sem qualquer tentativa de contrabalançar as opiniões extremistas então manifestadas. Tanto a introdução do apresentador como o comportamento do requerente durante as entrevistas dissociavam-no, com clareza, das pessoas entrevistadas”²³⁶ O Tribunal acrescentou que:

“Reportagens baseadas em entrevistas, editadas ou não, constituem um dos meios mais importantes para a imprensa poder desempenhar o seu papel vital de “guardião do público” ... A punição de um jornalista por auxiliar na divulgação de declarações feitas por outra pessoa em uma entrevista restringiria muito a contribuição da imprensa para a discussão de assuntos de interesse do público e não deveria nem ser considerada, a menos que houvesse fortes motivos para fazê-lo. **Nesse sentido, o Tribunal não aceita o argumento do governo de que a natureza limitada da multa é relevante, o que importa é que o jornalista foi condenado.**”²³⁷

Não poderia haver dúvida de “que os comentários pelos quais os “Greenjackets” foram condenados ... eram mais ofensivos aos membros dos grupos alvos e não contavam com a proteção do Artigo 10”. Entretanto, “não havia sido demonstrado que, considerada em conjunto, a gravação justificaria também a condenação do requerente e a punição por um crime previsto no Código Penal”²³⁸. Conseqüentemente, “as razões aduzidas em apoio à condenação e sentença do requerente não foram suficientes para estabelecer, de forma convincente, que a interferência por ele ocasionada em virtude do uso do seu direito à liberdade de expressão era “necessária em uma sociedade democrática”; em especial, os meios empregados foram desproporcionais ao objetivo de proteger “a reputação ou os direitos dos outros”. Portanto, as medidas violaram o artigo 10 da Convenção.²³⁹

A proteção da reputação ou dos direitos de outras pessoas também estava em questão no caso *Bergens Tidende e Outros versus Noruega*, que envolveu um jornal norueguês, seu editor-chefe e um dos jornalistas. A reclamação teve origem em um artigo publicado no jornal sobre mulheres que estavam insatisfeitas com o trabalho de um cirurgião plástico. O artigo era

²³⁵ Ibid., p. 24, par. 33.

²³⁶ Ibid., p. 25, par. 34.

²³⁷ Ibid., p. 25, par. 35, ênfase acrescentada.

²³⁸ Ibid., p. 25-26, par. 35.

²³⁹ Ibid., p. 26, par. 37.

seqüência de um artigo anterior, no qual o jornal havia descrito o trabalho do cirurgião e as vantagens da cirurgia plástica; após a publicação, várias pessoas entraram em contato com o jornal fazendo diversas queixas.²⁴⁰ O segundo artigo, que era uma crítica às cirurgias realizadas, foi publicado na primeira página com o título “Embelezamento resultou em deformação”. Nele, as mulheres afirmavam, entre outras coisas, que haviam sido “desfiguradas e arruinadas para o resto da vida”.²⁴¹ Como consequência da publicidade negativa, o cirurgião perdeu pacientes e teve que fechar o consultório. Após as denúncias contra ele apresentadas às autoridades do setor de saúde, estas concluíram que ele não havia realizado nenhuma cirurgia indevida e, portanto, não tomaram providências.²⁴² O cirurgião abriu um processo por difamação contra os requerentes e, embora o tribunal de segunda instância tenha decidido a seu favor, a Suprema Corte decidiu, no final, a favor do cirurgião, concedendo-lhe indenização e custas no total de 4.709.861 coroas norueguesas.²⁴³

As partes concordaram, perante o Tribunal Europeu, que esta medida constituía uma interferência no direito à liberdade de expressão que precisava ser justificada, segundo o artigo 10(2), que ela estava “prevista em lei”, a saber o Parágrafo 3(6) da Lei de Compensação por Danos de 1969, e que ela almejava o objetivo legítimo de proteger “a reputação e os direitos dos outros”. Assim como em muitos outros casos baseados no artigo 10 da Convenção Européia, a única questão a ser decidida era se a interferência poderia ser considerada “**necessária em uma sociedade democrática**”.²⁴⁴

Evocando a jurisprudência já bem estabelecida sobre a liberdade de expressão e o papel essencial desempenhado pela imprensa em uma sociedade democrática, inclusive as obrigações e responsabilidades, o Tribunal afirmou estar

“atento ao fato de a liberdade jornalística também cobrir o possível apelo a um certo exagero, ou mesmo à provocação ... Nesses casos, como no presente, a margem nacional de apreciação é limitada pelos interesses de uma sociedade democrática em permitir que a imprensa exerça o seu papel vital de “guardião do público”, ao transmitir informações a respeito de sérias preocupações públicas.”²⁴⁵

Na opinião do tribunal, “os artigos impugnados ... referiam-se a um aspecto importante da saúde humana e, por isso, levantaram várias questões que afetam o interesse público.” Quando, como neste caso, “as medidas tomadas pelas autoridades nacionais são capazes de desencorajar a imprensa de divulgar informações sobre assuntos de legítimo interesse público, é necessária uma verificação minuciosa da proporcionalidade das medidas por parte do Tribunal.”²⁴⁶

²⁴⁰ *Eur. Court HR, Case of Bergens Tidende and Others v. Norway, judgment of May 2000*; o texto utilizado neste contexto é a versão não editada do julgamento encontrado no site do Tribunal: <http://hudoc.echr.coe.int/>, par. 9-11.

²⁴¹ *Ibid.*, par. 12.

²⁴² *Ibid.*, par. 17-19.

²⁴³ *Ibid.* par. 20-24

²⁴⁴ *Ibid.* par. 33.

²⁴⁵ *Ibid.*, par. 49.

²⁴⁶ *Ibid.*, par. 51-52.

Entretanto, o exercício da liberdade de expressão “implica “deveres e responsabilidades” que também se aplicam à imprensa ... Estes “deveres e responsabilidades” assumem importância quando, como no presente caso, há a questão do ataque à reputação de pessoas e do enfraquecimento dos “direitos das outras pessoas”.” Conseqüentemente,

“em virtude dos “deveres e responsabilidades” inerentes ao exercício da liberdade de expressão, a salvaguarda prevista pelo Artigo 10 para os jornalistas em relação à divulgação de questões de interesse geral está sujeita à condição de que eles estejam agindo em boa-fé para de oferecer informações precisas e confiáveis, de acordo com a ética do jornalismo”.²⁴⁷

O Tribunal atribuiu peso considerável ao fato de “no presente caso, os relatos das mulheres sobre o tratamento oferecido pelo Dr. R. terem sido considerados não apenas essencialmente corretos, como também registrados com exatidão pelo jornal”. Lendo os artigos como um todo, o Tribunal não pôde concluir que as afirmações fossem exageradas ou enganosas.²⁴⁸ “O Tribunal também não pôde aceitar que a divulgação dos relatos de mulheres apresentava qualquer falta de equilíbrio adequado”. Ele destacou que a “divulgação de matérias baseadas em entrevistas constitui um dos meios para importantes de a imprensa poder desempenhar o seu papel vital de “guardião do público”.”²⁴⁹ Ao invocar o julgamento no caso *Jersild*, o Tribunal afirmou que “os métodos de uma divulgação objetiva e equilibrada podem variar consideravelmente, dependendo, entre outras coisas, do meio em questão”; o Tribunal, tanto quanto os tribunais nacionais, não deveriam “substituir as opiniões da imprensa pelas suas próprias a respeito da técnica de reportagem a ser adotada pelos jornalistas”. Finalmente, o Tribunal observou que na mesma página do artigo impugnado, havia uma entrevista com outro cirurgião plástico mencionado “as pequenas margens entre o sucesso e o fracasso” nesta área, bem como uma entrevista com o cirurgião plástico acusado que chamava a atenção para o fato de ocorrerem complicação em 15 a 20 por cento de todas as operações. Além disso, outros dois artigos defendendo o Dr. R. haviam sido publicados pelo jornal.²⁵⁰

Embora aceitasse que a publicação dos artigos em questão “tenha causado sérias conseqüências à prática profissional do Dr. R.”, na opinião do Tribunal Europeu, “dadas as críticas justificadas referentes aos cuidados pós-operatórios e ao tratamento posterior, era inevitável que fossem causados prejuízos significativos à sua reputação profissional”.²⁵¹ À luz de todas essas considerações, o Tribunal não pôde achar “que o indubitável interesse do Dr. R. em proteger sua reputação profissional era suficiente para superar o importante interesse público na liberdade de imprensa para transmitir informações sobre preocupações públicas legítimas. Em resumo, as razões em que o Estado participante se baseara, embora relevantes, não era suficientes para demonstrar que a interferência questionada era “necessária em uma sociedade democrática.” Conseqüentemente, “não havia uma relação de proporcionalidade razoável entre as restrições impostas pelas medidas aplicadas pela Suprema Corte aos direitos dos requerentes à

²⁴⁷ Ibid., par. 53.

²⁴⁸ Ibid., par. 56.

²⁴⁹ Ibid., par. 57.

²⁵⁰ Ibid., par. 57.

²⁵¹ Ibid., par. 59.

liberdade de expressão e o objetivo legítimo almejado”.²⁵² O Artigo 10 da Convenção Européia havia, portanto, sido violado.

Sujeita às restrições especificadas no artigo 10(2) da Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos, a liberdade de expressão precisa ser garantida para permitir que a imprensa realize a sua tarefa de fornecedora de informações e de guardião do público.

A liberdade para o debate político encontra-se no âmago do conceito de sociedade democrática, que prevalece na Convenção Européia.

A liberdade de expressão garante ao público um dos melhores meios de descoberta e formação de uma opinião sobre as idéias e atitudes de líderes políticos.

*A liberdade de imprensa protege não apenas a essência das idéias e informações, mas também a **forma** pela qual elas são transmitidas, e os jornalistas têm, portanto, o direito de decidir qual técnica de reportagem adotar.*

O exercício da liberdade de expressão implica em “direitos e responsabilidades”. Para beneficiar-se da proteção do artigo 10 da Convenção Européia ao transmitir questões de interesse geral, os jornalistas precisam agir em boa fé para oferecer informações confiáveis e precisas, de acordo com a ética da profissão.

As matérias baseadas em entrevistas, editadas ou não, constituem um dos meios mais importantes para a imprensa poder desempenhar o papel vital de guardião do público. A punição de jornalistas por auxiliar na divulgação de declarações de outras pessoas não deve, portanto, ser considerada, a menos que haja razões particularmente fortes para fazê-lo.

Condenações ou outras sanções relacionadas a notícias provavelmente prejudicam a imprensa na realização da sua tarefa de guardião do público.

Pode ser necessário, em uma sociedade democrática, restringir o exercício da liberdade de expressão para, por exemplo manter “a autoridade e a imparcialidade do judiciário” e proteger “a reputação ou o direito dos outros”.

Entretanto, um assunto não deixa de ser de interesse público só por ser parte de um processo em andamento. A interferência na liberdade de expressão nessa questão é, portanto, justificada somente se corresponder a uma necessidade social que seja suficientemente premente para superar o interesse público no fluxo livre de informações. Os Estados Contratantes precisam apresentar razões relevantes e suficientes para estabelecer, de forma convincente, que existe uma necessidade que justifique a interferência.

Embora os líderes políticos também desfrutem de proteção de sua “reputação ou direitos” nos termos do artigo 10(2) da Convenção, os limites da crítica aceitável são mais amplos no caso deles do que no caso de pessoas que não participem da vida pública. Quando os políticos agem na sua posição oficial, a necessidade de eles serem protegidos nos termos do artigo 10(2) precisa ser considerada em relação ao interesse de uma discussão aberta de questões políticas.

²⁵² Ibid., par. 60

3.5.3 Liberdade de expressão de membros eleitos de organizações profissionais

O caso *Nilsen e Johnsen versus Noruega* levantou a questão da liberdade de expressão de membros de organizações profissionais, especificamente de policiais. O primeiro requerente era inspetor de polícia e Presidente da Associação Norueguesa de Policiais, e o segundo, policial e Presidente da Associação de Policiais de Bergen. A reclamação deles, fundamentada no artigo 10, teve origem na sua condenação, pelo Tribunal da Cidade de Oslo, por difamação, de acordo com o Código Penal Norueguês. As declarações difamatórias foram publicadas em três jornais e referiam-se a observações críticas a respeito dos relatos de um professor sobre a brutalidade da polícia. Um dos requerentes foi condenado a pagar uma indenização não pecuniária ao professor e os dois requerentes foram condenados a pagar-lhe importâncias significativas a título de custas.²⁵³

Ficou acordado entre as partes que as medidas impugnadas interferiam na liberdade de expressão do requerente, que a interferência estava “prevista em lei” e almejava um objetivo legítimo, a saber, “a proteção da reputação ou dos direitos dos outros”. Assim, só restou ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidir se a medida era “**necessária em uma sociedade democrática**”.²⁵⁴ Esta questão era de especial importância no caso, considerando que os requerentes tinham tentado contestar sérias alegações de má conduta da política na cidade norueguesa de Bergen. A esse respeito, a Tribunal decidiu que:

“Uma característica particular do presente caso é que os requerentes foram penalizados devido às declarações que haviam feito como representantes de associações de policiais, em resposta a certos relatórios sobre alegações de má conduta policial. Embora não possa haver dúvidas de que quaisquer restrições sobre o direito de transmitir e receber informações sobre alegações controversas de má conduta policial requeiram um exame minucioso por parte do Tribunal ... o mesmo terá que ser aplicado ao discurso contestatório a essas alegações, já que ele faz parte do debate. Isto se aplica especialmente neste caso em que as declarações em questão haviam sido feitas por representantes eleitos de associações profissionais, em resposta a alegações que punham em dúvida as práticas e a integridade da profissão. Na verdade, é preciso lembrar que o direito à liberdade de expressão previsto no Artigo 10 é um dos principais meios de garantir o gozo efetivo do direito à liberdade de reunião e associação estabelecido no Artigo 11”.²⁵⁵

O Tribunal Europeu considerou que as razões em que os tribunais noruegueses se basearam eram “**visivelmente relevantes**”, pois se destinavam a proteger a reputação do professor. Na opinião da Suprema Corte da Noruega, por exemplo, as declarações difamatórias eram “calúnias”, “mentiras deliberadas”, “motivos torpes e mal-intencionados” e “motivos

²⁵³ *Eur. Court HR, Case of Nilsen and Johnsen v. Norway, judgment of 25 November 1999, Reports 1999-VIII, pp. 72-75, par. 25, e p. 76, par. 27*

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 82, par. 39.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 85-86, par. 44.

desonestos”.²⁵⁶ Mas essas razões eram “**suficientes**” para os objetivos do artigo 10(2)? O tribunal observou, a este respeito, que o histórico do caso compreendia “um debate longo e acalorado na Noruega a respeito das investigações de alegações de violência policial, principalmente na cidade de Bergen”, e que as “declarações impugnadas envolviam, sem dúvida, uma questão de séria preocupação pública.” A esse respeito, ele observou enfaticamente

“que, de acordo com a jurisprudência de Estrasburgo, há um escopo limitado, nos termos do Artigo 10 parágrafo 2 da Convenção, sobre restrições a discursos políticos ou debate de questões de interesse público”.²⁵⁷

Entretanto, “mesmo no debate de assuntos de séria preocupação pública, precisa haver limites ao direito à liberdade de expressão”. A questão era, portanto, “se os requerentes haviam ultrapassado os limites da crítica permissível”.²⁵⁸

O Tribunal Europeu aceitou que havia justificativa para os tribunais noruegueses considerarem nula e inválida a declaração que acusava o professor de mentiras deliberadas, já que a declaração “ultrapassava os limites da crítica permissível”. Entretanto, o mesmo não era verdade em relação às demais declarações, que “se pareciam mais com julgamentos de valor”.²⁵⁹

Na avaliação da necessidade interferência, o Tribunal também levou em conta “o papel desempenhado pela parte prejudicada no presente caso”. Ele observou que “ele havia usado várias expressões ofensivas, como “informações falsas”, “despotismo” e alegou a exigência de “uma subcultura criminosa” na política de Bergen.²⁶⁰ Entretanto,

“considerando que os autores estavam, na qualidade de representantes eleitos de associações profissionais, respondendo a críticas sobre os métodos de trabalho e a ética na profissão, o Tribunal considera que, ao avaliar os interesses do discurso livre em relação à proteção da reputação segundo o teste de necessidade previsto no Artigo 10 parágrafo 2 da Convenção, deveria ser atribuído maior peso ao envolvimento ativo do próprio requerente em uma discussão pública, ao vivo, do que havia sido feito pelos tribunais nacionais ao aplicar a lei do país... As declarações em questão referiam-se diretamente à contribuição do autor sobre aquela discussão. Na opinião do Tribunal, um certo grau de exagero poderia ser tolerado no contexto de um debate público acalorado e contínuo sobre assuntos de preocupação geral, no qual as reputações dos dois lados estavam em jogo.”²⁶¹

À luz do precedente, o Tribunal “não estava convencido” de que as declarações restantes “ultrapassavam os limites da crítica permissível para os objetivos” do artigo 10 da Convenção. A questão que estava no centro da discussão longa e acalorada era a veracidade das alegações de

²⁵⁶ Ibid., p. 86, par. 45, ênfase acrescentada.

²⁵⁷ Ibid., p. 86-87, par. 46.

²⁵⁸ Ibid., p. 87, par. 47.

²⁵⁹ Ibid., p. 87, par. 49-50.

²⁶⁰ Ibid., p. 88-89, par. 52.

²⁶¹ Ibid., p. 89, par. 52.

violência policial, e havia suporte factual para a premissa de que falsas alegações tinham sido feitas pelos informantes. As declarações em questão tratavam essencialmente deste assunto e a linguagem reconhecidamente áspera em que foram expressas não era incompatível com a utilizada pela parte prejudicada que, desde o estágio inicial, havia participado como uma figura líder no debate. O Tribunal concluiu que tinha havido uma violação do artigo 10, já que não havia “razões suficientes” para apoiar a interferência na liberdade de expressão do requerente, e que portanto não ela era necessária em uma sociedade democrática.”²⁶²

Há um escopo limitado, nos termos do artigo 10(2) da Convenção Européia, sobre restrições ao discurso político ou ao debate de questões de interesse público. Entretanto, quando as pessoas criticam as outras, há um limite que não pode ser ultrapassado.

As restrições feitas ao direito de transmitir e receber informações sobre alegações questionáveis a respeito de má conduta policial, por exemplo, requer estrita supervisão européia. O mesmo se aplica a restrições ao discurso destinado a contestar essas alegações, já que elas fazem do mesmo debate.

Esta abordagem é especialmente válida quando as declarações impugnadas tiverem sido feitas por representantes eleitos de organizações profissionais, em resposta a supostas violações de sua integridade e ética profissional. Além disso, a liberdade de expressão, conforme garantida pelo artigo 10 da Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos é um dos principais meios de garantir o gozo efetivo da liberdade de reunião e associação garantida pelo artigo 11.

3.5.4 Liberdade de expressão de políticos eleitos

O Tribunal Europeu afirmou que:

“embora a liberdade de expressão seja importante para todos, ela é ainda mais para um representante eleito pelo povo. Ele representa o eleitorado, chama atenção para as preocupações deste e defende os seus interesses. Conseqüentemente, as interferências na liberdade de expressão de um membro da oposição no Parlamento ... requer o exame mais minucioso possível por parte do Tribunal”.²⁶³

No caso em questão, *Jerusalém versus Áustria*, a requerente, que era membro da Prefeitura Municipal de Viena e também atuava como Parlamento Regional, tinha sido proibida pelos tribunais da Áustria, com base no artigo 1330 do Código Civil Australiano, de repetir as declarações de que duas associações mencionadas, a IPM e sua equivalente suíça, a VPM “eram seitas de caráter totalitário”.²⁶⁴ Durante um debate na Prefeitura Municipal de Viena sobre a concessão de subsídios a uma associação que auxilia pais de crianças envolvidas com seitas, a

²⁶² Ibid., p. 89, par. 53.

²⁶³ Eur. Court HR, *Case of Jerusalem v. Austria*, judgment of 27 February 2001; o texto utilizado é a versão não editada encontrada no site do Tribunal: <http://hudoc.echr.coe.int/> par. 36.

²⁶⁴ Ibid., par. 18.

requerente havia afirmado que elas eram “psico-seitas” que existiam em Viena e tinham características como “natureza totalitária” e “tendências fascistas”. A requerente também tinha afirmado que a IPM tinha “exercido influência na política sobre drogas do Partido Popular da Áustria.”²⁶⁵ A associação austríaca, assim como sua equivalente suíça, a VPM, solicitou ao Tribunal Regional de Viena a emissão de uma liminar contra a requerente, proibindo-a de repetir que a IPM era uma seita. A solicitação foi atendida.

Neste caso, o Tribunal endossou a avaliação do partido, segundo a qual a liminar constituía uma interferência na liberdade de expressão da requerente garantida pelo artigo 10(1) da Convenção, e que a interferência estava tanto “prevista em lei”, como tinha um objetivo legítimo, a saber, “a proteção da reputação ou dos direitos dos outros”, com o significado do artigo 10(2). Assim, restava determinar se a liminar era também “necessária em uma sociedade democrática” para aquele objetivo em particular.²⁶⁶

Após enfatizar a importância da liberdade de expressão também para os representantes eleitos pelo povo, o Tribunal Europeu recordou

“que os limites da crítica aceitável eram mais amplos em relação a políticos atuando em suas funções públicas do que em relação a pessoas sem participação na vida pública, pois os primeiros estão, inevitável e sabidamente, expostos ao exame minucioso de cada palavra e ato por jornalistas e pelo público em geral. Os políticos precisam demonstrar um grau maior de tolerância, especialmente quando eles próprios fazem declarações públicas que são passíveis de críticas.”²⁶⁷

Com referência ao supracitado julgamento no caso *Nilsen e Johnsen*, o Tribunal observou, entretanto, “que as pessoas que não atuam na vida pública ou associações estão expostas a investigações quando entram na arena do debate público.” No caso apresentado ao Tribunal, as duas associações eram “atuantes em uma área de preocupação pública, isto é, a política contra drogas. Elas participaram de discussões públicas sobre esse assunto e, como o Governo admitiu, cooperaram com um partido político. Como as associações eram atuavam no domínio público, elas deveriam ter demonstrado um grau maior de tolerância a críticas quando os oponentes analisaram os seus objetivos e meios empregados naquele debate”.²⁶⁸

O Tribunal então observou que as declarações em questão, que haviam sido feitas durante um debate político na Prefeitura Municipal de Viena, “havia também sido “feitas em um fórum que era no mínimo comparável ao Parlamento com relação ao interesse público em proteger a liberdade de expressão pública dos participantes”. Ele acrescentou que:

²⁶⁵ Ibid., par. 10

²⁶⁶ Ibid., par. 30.

²⁶⁷ Ibid., par. 38.

²⁶⁸ Ibid., par. 38-39.

“Em uma democracia, o Parlamento ou os órgãos a ele comparáveis são os fóruns essenciais do debate político. Razões muito fortes precisam ser apresentadas para justificar a interferência na liberdade de expressão ali exercida.”²⁶⁹

Contrariamente aos tribunais austríacos, o Tribunal Europeu aceitou que as alegações do requerente, que refletiam “comentários justos sobre assuntos de interesse público, feitos por um membro da Prefeitura Municipal deveriam ser considerados julgamentos de valor, e não declarações de fato”. A questão a ser decidida era, portanto, “se existia uma base factual suficiente para esses julgamentos de valor”.²⁷⁰

O Tribunal observara, a fim de comprovar os julgamentos de valor, que a requerente havia apresentado provas documentais sobre a estrutura interna e as atividades dos autores, inclusive um julgamento legado por um tribunal alemão sobre a matéria. Embora o Tribunal Regional Austríaco tenha aceitado as provas, ele havia rejeitado as testemunhas propostas, bem como os pareceres dos peritos.²⁷¹ O Tribunal Europeu afirmou estar “perplexo com a abordagem incoerente dos tribunais nacionais”, os quais, por um lado, exigiam prova da declaração e, por outro, recusavam-se a considerar todas as evidências disponíveis. Ele concluiu que

“ao exigir que a requerente provasse a veracidade de suas afirmações, ao mesmo tempo em que lhe negava uma oportunidade de aduzir evidências para comprovar essas afirmações, e assim, demonstrar que elas constituíam um comentário justo, os Tribunais austríacos ultrapassaram a sua margem de apreciação, e a liminar concedida contra a requerente representava uma interferência desproporcional na sua liberdade de expressão.”²⁷²

Conseqüentemente, houve uma violação do artigo 10.

A liberdade de expressão, tal como garantida pelo artigo 10 da Convenção Européia, é de especial importância para os representantes eleitos pelo povo, tais como os membros dos parlamentos locais, regionais e nacionais, que representam e defendem os interesses do seu eleitorado.

Ao entrar na arena do debate público, os políticos ficam mais expostos à investigação daquilo que dizem e fazem. Eles precisam, portanto, aceitar limites mais amplos para críticas, assim como demonstrar um grau maior de tolerância. O mesmo aplica-se a pessoas que não atuam na vida pública e a associações que participam de debates políticos sobre assuntos de interesse público.

Em uma sociedade democrática, na qual o parlamento e outros órgãos eleitos são os principais fóruns de debate político precisam ser apresentadas razões muito fortes para justificar restrições ao exercício da liberdade de expressão desses fóruns.

²⁶⁹ Ibid., par. 40.

²⁷⁰ Ibid., par. 44-45.

²⁷¹ Ibid., par. 45.

²⁷² Ibid., par. 46.

3.5.5. Liberdade de expressão artística

O Artigo 10 da Convenção Européia

“inclui a liberdade de expressão artística – notadamente no contexto da liberdade de receber e transmitir informações e idéias – que oferece a oportunidade de participação no intercâmbio público de informações e idéias culturais, políticas e sociais de todos os tipos ... Aqueles que criam, elaboram, distribuem ou exibem obras de arte contribuem para o intercâmbio de idéias e opiniões que é essencial em uma sociedade democrática. Por isso, a obrigação do Estado é de não prejudicar indevidamente a liberdade de expressão.”²⁷³

No caso *Karatas versus Turquia*, o requerente havia sido condenado pelo Tribunal de Segurança Nacional de Istambul pela violação do Parágrafo 8 da Lei de Prevenção do Terrorismo (Lei nº 3713) ao publicar uma antologia de poemas intitulada “The song of a rebellion – Dersim” (A canção de uma rebelião – Dersim). Após uma alteração a essa lei, a sentença foi reduzida para um ano, um mês e dez dias, mas a multa imposta foi aumentada para 111.111.110 liras turcas.²⁷⁴ O Artigo 8 da Lei de Prevenção do Terrorismo declarava ilegal a propaganda escrita e falada, as reuniões, assembléias e passeatas que tinham como objetivo minar a integridade territorial da República da Turquia ou a unidade indivisível da nação.

O Tribunal aceitou que a condenação constituía uma “interferência” no exercício da liberdade de expressão do requerente; que a condenação estava “prevista em lei”, a saber, o artigo 8 da Lei de Prevenção do Terrorismo; e que a medida almejava um objetivo legítimo. Com relação ao último ponto, o Tribunal considerou que:

“tendo em vista a delicada situação de segurança no sudeste da Turquia ... e a necessidade das autoridades estarem alertas a atos capazes de estimular a violência, as medidas tomadas contra o requerente podem ser consideradas uma ampliação de certos objetivos mencionados pelo governo, a saber a proteção da segurança nacional e da integridade territorial e a prevenção da desordem e do crime. Isto certamente é verdade quando, como na situação da Turquia na época das circunstâncias deste caso, o movimento separatista havia recorrido a métodos que adotavam o uso da violência.”²⁷⁵

Assim, coube ao Tribunal Europeu decidir se a condenação do requerente era proporcional a esse objetivo legítimo e necessária em uma sociedade democrática. Ele observou que o requerente era “uma pessoa que não participava da vida pública e que expressou suas opiniões por meio da poesia – a qual, por definição, destina-se a um público muito pequeno – e não por um meio de comunicação de massa, uma fato que limitava significativamente o seu possível impacto na “segurança nacional”, “ordem pública” e “integridade territorial”. Embora

²⁷³ Eur. Court HR, *Case of Karatas v. Turkey*, judgment of 8 July 1999; Reports 1999-IV, p.108, par. 49.

²⁷⁴ Ibid., p. 90-95, par. 9-15.

²⁷⁵ Ibid., p. 105-106, par. 36, 40 e 44.

algumas passagens parecessem “muito agressivas no tom e incentivadoras do uso da violência, o Tribunal considerou o fato de elas serem de natureza artística e o impacto limitado, que as tornava menos uma convocação para uma rebelião do que a expressão de uma profunda angústia em face de uma situação política difícil.”²⁷⁶ Além disso, o Tribunal observou que o requerente havia sido condenado “não tanto por ter incitado a violência, mas por ter feito propaganda separatista ao referir-se a uma região específica da Turquia como “Curdistão” e por ter glorificado os movimentos de insurreição naquela região.”²⁷⁷ O Tribunal estava, “acima de tudo... perplexo com a severidade da pena imposta ao requerente”²⁷⁸ Por todas essas razões, ele concluiu que a condenação do requerente “era desproporcional aos objetivos almejados, e conseqüentemente, desnecessária em uma sociedade democrática”. Portanto, houve uma violação do artigo 10 da Convenção.”²⁷⁹

A liberdade de expressão artística também estava em jogo no caso *Müller e Outros versus Suíça*, no qual que os requerentes haviam sido condenados nos termos do artigo 204(1) do Código Penal da Suíça por terem apresentado itens “obscenos” em uma exibição. O Tribunal aceitou que essa condenação, assim como a ordem de confisco – embora suspensa posteriormente – das pinturas, constituía uma interferência “no direito à liberdade de expressão do requerente, que precisava ser justificada nos termos do artigo 10(1), a fim de ser legal”.²⁸⁰

O Tribunal aceitou que a medida estava prevista em lei e que a condenação almejava a um objetivo legítimo, pois ela havia sido proferida para proteger a moral pública.²⁸¹ Evocando o papel fundamental desempenhado pela liberdade de expressão em uma sociedade democrática, o Tribunal admitiu que “os artistas e aqueles que promovem o seu trabalho certamente não estão imunes à possibilidade de limitações, conforme estabelecido no artigo 10(2) da Convenção. Quem exerce a liberdade de expressão assume, de acordo com os termos constantes daquele parágrafo, “deveres e responsabilidades”, cujo escopo depende da situação e dos meios que utilizar”.²⁸² Quanto ao termo “moral”

“não é possível, nas ordens jurídicas e sociais dos Estados Contratantes, uma concepção européia uniforme de moral. A opinião sobre os requisitos da moral varia conforme a época e o lugar, especialmente em nossa era, caracterizada pela grande evolução de opiniões sobre o assunto. Devido ao seu contato direto e contínuo com as forças vitais de seus países, as autoridades do Estado estão, em princípio, em posição melhor do que um juiz internacional para emitir uma opinião sobre o conteúdo exato desses requisitos, bem como sobre a “necessidade” de uma “restrição” ou “sanção” destinada a atendê-los.”²⁸³

²⁷⁶ Ibid., p. 109, par. 52.

²⁷⁷ Ibid., p. 109-110, par. 52.

²⁷⁸ Ibid., p. 110, par. 53.

²⁷⁹ Ibid., p. 110, par. 54.

²⁸⁰ *Eur. Court HR, Case of Müller and Others v. Swtzerland, judgment of May 24, 1988, Series A, No. 133, p. 19, par. 28.*

²⁸¹ Ibid., p. 20-21, par. 29-30.

²⁸² Ibid., p. 22, par. 34

²⁸³ Ibid., p. 22, par. 35

O Tribunal reconheceu, “assim como os Tribunais suíços, que as concepções de moralidade sexual haviam mudado nos últimos anos. Entretanto, tendo inspecionado as pinturas originais, o Tribunal não achou fora de propósito a opinião dos tribunais suíços, de que essas pinturas, com ênfase na sexualidade em algumas das suas formas mais cruas, eram “totalmente propensas a ofender o sentido de propriedade sexual de pessoas com sensibilidade normal”. Tendo em vista a margem de apreciação concedida aos tribunais suíços sobre a matéria, o Tribunal Europeu concluiu que as medidas questionadas não infringiam o artigo 10 da Convenção.²⁸⁴

A liberdade de expressão artística é protegida pelo artigo 10 da Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos e é um componente essencial da sociedade democrática. A liberdade de expressão artística inclui, em especial, a liberdade de receber e transmitir informações e idéias que permitam às pessoas tomarem parte no intercâmbio público de informações e idéias culturais, políticas e sociais de todos os tipos.

O exercício da liberdade de expressão artística não pode sofrer interferência legal sob quaisquer fundamentos que não os especificados no artigo 10(2) da Convenção Européia.

Para determinar o que é necessário, em uma sociedade democrática, para proteger a moral pública, os Estados Contratantes possuem uma margem mais ampla de apreciação do que quando impõe restrições ao exercício da liberdade de expressão para objetivos legítimos que possuem uma natureza mais objetiva.

4. Os Direitos à Liberdade de Associação e Reunião

Os direitos à liberdade de associação e reunião estão intimamente relacionados e por isso serão analisados em conjunto neste capítulo. Como essas duas liberdades não são tratadas na mesma ordem nos tratados analisados, para fins de coerência a liberdade de associação será tratada, em geral, antes da liberdade de reunião.

4.1 Disposições Legais Relevantes

O Artigo 20 da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que:

“1. Todo homem tem direito à liberdade de reunião e associação pacífica.

²⁸⁴ Ibid. p. 22-23, par. 36-37. Sobre a noção de “moral”, vide também *Eur. Court HR, Handyside Case, judgment of 7 December 1976, Series A, No. 24*, p. 23-28, par. 49-59. Para obter mais informações sobre a liberdade de expressão, vide também o site da organização “Article 19” (www.article19.org) em que é possível consultar *The Virtual Freedom of Expression Handbook*.

2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.”

O Artigo 22 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos referentes à liberdade de associação tem a seguinte redação:

“1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de constituir sindicatos e de a eles filiar-se, para proteção de seus interesses.

2. Não serão impostas restrições ao exercício desse direito, além daquelas previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das outras pessoas. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos por membros das forças armadas e da polícia.

3. Nenhuma das disposições deste artigo permitirá que os Estados-partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam – ou a aplicar a lei de maneira a restringir – as garantias previstas na referida Convenção.”

O Artigo 21 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos garante o direito à reunião pacífica nos seguintes termos:

“O direito à reunião pacífica será reconhecido. Não podem ser impostas restrições ao exercício de tal direito, além daquelas previstas pela lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança ou ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das outras pessoas.”

O Artigo 10 da Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos garante o direito à livre associação:

“1. Toda a pessoa tem o direito de constituir, livremente, com outras pessoas, associações, contanto que respeite a lei.

2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação devido à obrigação de solidariedade prevista no artigo 29.”

O direito à liberdade de reunião está contido no Artigo 11 da Carta Africana:

“Toda a pessoa tem direito de se reunir livremente com outras pessoas. O exercício deste direito estará sujeito apenas às restrições necessárias estabelecidas pelas leis, em especial aquelas promulgadas no interesse da segurança nacional, da segurança, da saúde, da moral ou dos direitos e liberdades das outras pessoas.”

O Artigo 16 da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos garante a liberdade de associação:

“1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, profissionais, sociais, culturais, esportivos ou de qualquer outra natureza.

2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das outras pessoas.

3. As disposições deste artigo não impedem a imposição de restrições legais, inclusive a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.”

O Artigo 15 da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos salvaguarda o direito de reunião pacífica:

“É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. Não podem ser impostas restrições ao exercício de tal direito, além daquelas previstas pela lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das outras pessoas.”

As duas liberdades estão incluídas no artigo 11 da Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos, que tem a seguinte redação:

“1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, inclusive o direito de fundar e filiar-se a sindicatos para a defesa dos seus interesses.

2. O exercício deste direito só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. Este Artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado.”

O direito à liberdade de reunião e associação pacíficas é também garantido pelo artigo 5(d)(ix) da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, pelo artigo 15 da Convenção Sobre os Direitos da Criança e pelo artigo 8 da Carta Africana Sobre Direitos e Bem-Estar da Criança, enquanto a liberdade de associação está expressamente garantida também pelo artigo 4 da Convenção Interamericana Sobre a Prevenção,

Punição e Erradicação da Violência Contra Mulheres. O direito de fundar e filiar-se a sindicatos é reconhecido pelo artigo 8 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos, pelo Artigo 8 do Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos na Área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pelo artigo 5 da Carta Social Européia, 1961 e pelo Artigo 5 da Carta Social Européia, 1966 (revisada).

A liberdade de associação também é protegida pela Convenção Sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, OIT, 1948 (nº 87) e Convenção Sobre o Direito de Organização e Negociação Coletiva, OIT, 1949 (nº 98). A OIT está trabalhando intensamente na área da liberdade de associação, em especial na estrutura da Comissão de Liberdade de Associação do seu Conselho Deliberativo. Entretanto, no presente contexto, a liberdade de associação e reunião será considerada somente na medida em que tiver sido tratada pelos órgãos de monitoramento de acordo com os principais tratados internacionais sobre os direitos humanos.

4.2 Artigos 21 e 22 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos

4.2.1 Origem e significado do conceito “em uma sociedade democrática”

A redação do artigo 21 e do artigo 22 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos permite que eles sejam complementares entre si, e contrariamente ao artigo 19(3) referente à liberdade de expressão, as disposições sobre limitação de ambos os artigos contêm referência a uma “sociedade democrática”. Esses termos foram inseridos no artigo 21 na oitava sessão da Comissão das Nações Unidas sobre Direitos Humanos em 1952, por sugestão da França,²⁸⁵ que já havia tentado em vão, na quinta sessão da Comissão em 1949, inserir o conceito no texto. Naquela época, a França alegou que a inserção do contexto era “essencial”, já que ele estava contido na disposição sobre limitação geral do artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.²⁸⁶ A proposta foi renovada na sexta sessão da Comissão em 1950, quando a Austrália se opôs a ela, já que a noção de “democracia” abarcava, naquele tempo, dois conceitos diametralmente opostos. Entretanto, o Chile era a favor, já que “era possível classificar os Estados como democráticos ou antidemocráticos levando em consideração como cada Estado cumpria com os princípios estabelecidos na Carta, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto.”²⁸⁷ O representante francês afirmou que

“63. ... ele definiu uma sociedade democrática como uma sociedade baseada no respeito aos direitos humanos. Nessa sociedade, a ordem pública baseava-nos no reconhecimento, pelas autoridades, da dignidade da pessoa e da proteção dos seus direitos. As sociedades não democráticas caracterizavam-se pelo desdém aos direitos humanos.

64. ... Era importante aderir ao espírito da Declaração Universal dos Direitos Humanos e declarar objetivamente que mesmo a ordem pública estava

²⁸⁵ Sobre a alteração, vide UN doc. E/CN/L.201. Sobre a votação, vide UN doc.E/CN.4/SR.325, p.20.

²⁸⁶ UN doc. E/CN.4/SR. 120p. 9. Sobre a votação que rejeitou a proposta, vide UN doc. E/CN.4/SR. 121, p.5.

²⁸⁷ UN doc. E/CN.4/SR. 169 p. 10, par. 41 (Austrália) e p. 13, par. 54 (Chile).

subordinada aos direitos humanos. A referência a uma sociedade democrática deveria, portanto, ser incluída.²⁸⁸

Entretanto, o representante libanês considerou que a definição francesa “estava sujeita a abusos, já que muitas vezes os maiores tiranos alegavam respeitar os direitos humanos da forma que concebiam aqueles direitos”. Por outro lado, se a alteração francesa significava a doutrina total dos direitos humanos, conforme promulgada na Declaração Universal, ele a aceitaria, embora sentisse “que a declaração deveria ser explicitada”.²⁸⁹

Em 1952, a expressão “em uma sociedade democrática” estava também inserida no texto do artigo sobre o direito à liberdade de associação, sujeita à objeção dos Estados Unidos devido à sua “ambigüidade”.²⁹⁰ Nas discussões subsequentes durante a Terceira Comissão da Assembléia Geral, a Suécia indicou que “o direito de fundar e filiar-se a sindicatos da própria escolha era importante em uma sociedade democrática.”²⁹¹ A Itália observou que “a liberdade de associação política completava as liberdades de opinião, expressão e reunião, cujo respeito era uma característica essencial de um Estado verdadeiramente democrático.”²⁹² Como demonstrado neste capítulo, o relacionamento intrínseco entre as liberdades de expressão, associação e reunião pacíficas vem sendo desde então enfatizado constantemente pelos órgãos de monitoramento internacional.

Os redatores do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos consideraram que a liberdade de associação e a liberdade de reunião pacífica são elementos fundamentais de uma sociedade democrática, que eles descreveram como uma sociedade que respeita dos direitos humanos.

4.2.2 Liberdade de associação

A Comissão de Direitos Humanos manifestou preocupação “com a ausência de legislação específica sobre partidos políticos” na República Árabe da Síria “e com o fato de apenas os partidos políticos que desejam participar das atividades da Frente Progressiva Nacional, liderada pelo Partido Baath, obterem permissão. A Comissão também se preocupou com as restrições que podem ser colocadas à organização de associações e instituições privadas ... inclusive organizações não governamentais independentes e organizações de direitos humanos. Portanto, “o Estado-parte deve garantir que a legislação proposta sobre partidos políticos seja compatível com as disposições do Pacto. Ele deve também garantir que a implementação da Lei Nº. 93 Sobre Associações e Instituições Privadas, de 1958, esteja em plena conformidade com os artigos 22 e 25 do Pacto.”²⁹³

²⁸⁸ Ibid., p. 14, par. 63-64.

²⁸⁹ Ibid., p. 14, par. 65.

²⁹⁰ UN doc.E/CN.4/SR.325, par. 15 (Estados Unidos). Sobre o texto da alteração, vide UN doc.E/CN.4/L.202. Sobre a votação, vide UN doc.E/CN.4/SR.326, p.5.

²⁹¹ UN doc./GAOR, 16th Session, 1961-1962, v. 1. Third Committee, doc. A/C.3/SR. 1087, p. 134, par. 16.

²⁹² Ibid., UN A/C.3/SR. 1088, p. 139, par. 8.

²⁹³ UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 75-76, par. 26.

A Comissão observou que as restrições à liberdade de expressão em vigor no Iraque não apenas violaram o artigo 19 do Pacto, mas também impediram a implementação dos artigos 21 e 22 que protegem os direitos à liberdade de reunião e associação pacíficas. “Portanto, as leis e os decretos penais que impõe restrições aos direitos à liberdade de expressão, reunião e associação pacíficas deveriam ser alterados para ficar de acordo com os artigos 19, 21 e 22 do Pacto.”²⁹⁴

A Comissão de Direitos Humanos expressou preocupação sobre as dificuldades em Belarus provenientes do “registro de procedimentos aos quais estão sujeitos as organizações não governamentais e os sindicatos. A Comissão também expressou preocupação sobre os relatos de casos de intimidação e constrangimento de ativistas de direitos humanos por parte das autoridades, inclusive com prisões e fechamento de escritórios de algumas organizações não governamentais. A esse respeito, a Comissão, reiterando que o livre funcionamento de organizações não governamentais é essencial para a proteção dos direitos humanos e a divulgação de informações sobre os direitos humanos entre as pessoas, recomendou que as leis, regulamentos e práticas administrativas referentes ao seu registro e suas atividades fossem revistas sem demora, para que a constituição e livre operação fossem puderem ser facilitadas, de acordo com o artigo 22 do Pacto”.²⁹⁵

A Comissão também estava “muito preocupada com a interferência das autoridades venezuelanas nas atividades dos sindicatos, inclusive a eleição livre de líderes sindicais, e recomendou que o Estado-parte, nos termos do artigo 22 do Pacto, garantisse que os sindicatos tivessem liberdade de realizar suas operações e escolhê-las sem interferência oficial.”²⁹⁶ A Comissão também manifestou preocupação com o fato de haver, na Alemanha, “proibição absoluta de greves dos funcionários públicos que não estejam exercendo autoridade em nome do Estado e que não participem de serviços essenciais, o que pode violar o artigo 22 do Pacto.”²⁹⁷ A Comissão também lamentou que os funcionários públicos do Líbano “continuassem a não ter direito de fundar sindicatos e de [pleitear] dissídios coletivos”, em violação ao artigo 22 da Convenção.²⁹⁸

4.2.3 Liberdade de reunião

Embora observe as declarações do Estado-parte afirmando que a liberdade de reunião é “totalmente respeitada” na República Árabe da Síria, a Comissão de Direitos Humanos continua preocupada com as restrições do Código Penal à realização de reuniões públicas e passeatas, já que elas ultrapassam aquelas autorizadas pelo artigo 21.²⁹⁹ A Comissão também manifestou preocupação com as normas legais nas Antilhas Holandesas referentes ao direito de reunião pacífica, pois elas “contêm uma exigência geral de permissão prévia do chefe de polícia local.

²⁹⁴ UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 21, par. 105.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 29, par. 155.

²⁹⁶ UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), p. 53, par. 27.

²⁹⁷ UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. I), p. 34, par. 188.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 57, par. 357.

²⁹⁹ UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. I), p. 75, par. 25.

Ela recomendou que o Estado Parte garanta que o direito à reunião pacífica possa ser exercido por todos, em estrita conformidade com as garantias do artigo 21 do Pacto.”³⁰⁰

A Comissão também manifestou preocupação no caso da República Democrática Popular da Coreia “com as restrições a reuniões públicas e passeatas, inclusive possíveis abusos de exigências das leis que regem as reuniões. A Comissão solicitou que o Estado-parte apresente informações adicionais sobre as condições de reuniões públicas e, em especial, que indicasse se e em que condições a realização de uma reunião pública poderia ser proibida, e se caberia recurso contra essa medida.”³⁰¹ A Comissão também estava preocupada com a lei cipriota de 1958, que “regula as reuniões legais e exige permissões para reuniões públicas, e não estava em conformidade com o artigo 21 do Pacto. A esse respeito, a Comissão enfatizou que as restrições à liberdade de reunião precisam ser limitadas àquelas consideradas necessárias de acordo com o Pacto.”³⁰² Alguns anos depois, a Comissão observou a promulgação de uma nova lei em Chipre regulamentando as reuniões públicas e as marchas, e manifestou preocupação sobre as condições que as autoridades competentes poderiam impor “para a realização de reuniões e marchas mediante o recebimento de uma notificação prévia. A Comissão também observou que a notificação prévia precisa ser apresentada com antecedência excessiva e poderia restringir a liberdade de reunião. A Comissão reiterou que as restrições à liberdade de reunião precisavam limitar-se somente àquelas que estivessem em conformidade com o artigo 21 do Pacto.”³⁰³

Com relação à Mongólia, a Comissão observou que as limitações permitidas pela lei mongol sobre o exercício de certos direitos garantidos pelo Pacto eram “tão amplas e numerosas que restringiam severamente o exercício efetivo desses direitos.” Este era, por exemplo, o caso da “exigência de autorização prévia para a realização de reuniões públicas e os critérios para recusá-las.” Além disso, a ausência de mecanismos adequados para recorrer contra as decisões administrativas criava incerteza sobre se direitos fundamentais, como as liberdades de associação, reunião e movimentação, estavam sendo desfrutadas plenamente na prática.”³⁰⁴

A Comissão expressou preocupação “sobre as severas restrições impostas ao direito à liberdade de associação” em Belarus, que não estava de acordo com o Pacto. Ela observou em especial que “as solicitações de permissões para realizar demonstrações precisam ser efetuadas 15 dias antes das demonstrações, sendo freqüentemente negadas pelas autoridades, e que o Decreto nº 5 de 5 de março de 1997 impunha severos limites à organização e preparação de demonstrações, estabelecia regras a serem observadas pelos manifestantes e proibia o uso de pôsteres, faixas ou bandeiras que “insultassem a honra e a dignidade dos funcionários de órgãos do Estado” ou “que tivessem como objetivo prejudicar o Estado e a ordem pública e os direitos e interesses legais dos cidadãos”. Essas restrições não podem ser consideradas necessárias em uma sociedade democrática para proteger os valores mencionados no artigo 21 do Pacto. Portanto, a Comissão recomendou que o direito de reunião pacífica fosse plenamente protegido e garantido em Belarus, na lei e na prática, que as limitações sobre ela estivessem em conformidade com o

³⁰⁰ Ibid., p. 82, par. 20.

³⁰¹ Ibid., p. 103, par. 24.

³⁰² UN doc. GAOR, A/49/40 (vol. I), p. 54, par. 323.

³⁰³ UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. I), p. 34, par. 194.

³⁰⁴ UN doc. GAOR, A/47/40 (vol. I), p. 151, par. 601.

artigo 21 do Pacto, e que o Decreto n° 5 de 5 de março de 1997 fosse revogado ou modificado para ficar de acordo com aquele artigo.”³⁰⁵

Finalmente, a Comissão decidiu que a “proibição maciça das demonstrações” com base na “segurança pública e na segurança nacional” no Líbano não era compatível com o direito à liberdade de reunião previsto no artigo 21 da Comissão, e que ela deveria ser revogada o mais rápido possível.³⁰⁶

As restrições ao exercício da liberdade de expressão previstas no artigo 19(3) do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos não podem impedir o gozo pleno e efetivo da liberdade de associação e da liberdade de reunião pacífica garantidas pelos artigos 22 e 21 do Pacto.

O direito à liberdade de associação do artigo 22 do Pacto Internacional protege, entre outros, o direito de organizar partidos políticos, sindicatos e associações particulares como organizações não governamentais, inclusive organizações de direitos humanos.

O Artigo 22 do Pacto não autoriza os Estados-partes a proibir os funcionários públicos de formarem associações e de participarem de dissídios coletivos. As restrições ao direito à liberdade de associação precisam respeitar estritamente as condições previstas no artigo 22(2) do Pacto.

Os Estados-partes também precisam garantir que o direito à reunião pacífica seja garantido estritamente nas condições estipuladas no artigo 21 do Pacto e que as limitações ao seu exercício não excedam aquelas por ele permitidas.

Isto significa, em especial, que as normas que exigem autorização prévia para a realização de assembléias ou demonstrações, ou quaisquer outras normas ou exigências que rejam a realização de assembléias públicas, precisam estar limitadas àquelas necessárias em uma sociedade democrática para os objetivos legítimos enumerados no artigo 21.

A proibição maciça de demonstrações por razões como a segurança pública e a segurança nacional não é compatível com a liberdade de reunião pacífica, conforme garantida pelo artigo 21 do Pacto Internacional.

Os Estados-partes têm em dever legal de oferecer remédios jurídicos eficazes às pessoas que considerem que a sua liberdade de associação ou liberdade de reunião pacíficas tenha sido violada.

4.3 Artigos 10 e 11 da Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos

O Artigo 10(1) da Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos garante, a toda pessoa, “O direito de constituir, livremente, associações, contanto que respeite a lei.” Além disso, o artigo 10(2) estipula que “ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação devido à obrigação de solidariedade prevista no artigo 29.” As palavras “contanto que respeite a lei” são reconhecidamente vagas, e, contrariamente às disposições sobre limitações dos artigos correspondentes do Pacto Internacional e das Convenções Americana e Européia, a referência à “lei” não está condicionada por uma referência aos termos “necessária”, “em uma sociedade democrática” ou quaisquer objetivos específicos que possam, isoladamente, justificar restrições ao exercício do direito de livre associação.

³⁰⁵ UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. I), p. 29, par. 154.

³⁰⁶ UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. I), p. 56-57, par. 356.

Não está claro em que circunstâncias os deveres do indivíduo para com a sua família, a comunidade e o Estado, conforme especificados no artigo 29, poderiam justificar uma obrigação de fazer parte de uma associação.

O exercício do direito de “se reunir livremente com outras pessoas” no artigo 11 da Carta pode, entretanto, “estar sujeito somente às restrições necessárias previstas em lei, em especial aquelas promulgadas no interesse da segurança nacional, da segurança, da saúde ou da moral ou dos direitos e liberdades das outras pessoas.” Assim, a Carta acrescenta ao princípio da legalidade (“previsto em lei”), o princípio da proporcionalidade (“necessário”), que estabelece algumas salvaguardas contra limitações excessivas. Vale notar, por outro lado, que, conforme indicado pelas palavras “em particular”, os objetivos legítimos enumerados no artigo 11 não são exaustivos e a disposição dá margem a uma área de incerteza jurídica.

Deve-se ressaltar, entretanto, que de acordo com artigo 60 da Carta Africana, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos “trará inspiração”, a partir de outras normas jurídicas internacionais do campo de direitos humanos, para a interpretação dos termos da Carta. Conforme indicado em alguns dos capítulos anteriores, a Comissão tem agido desta maneira com frequência, e também até certo ponto, como será visto a seguir, em relação às restrições ao exercício da liberdade de associação.

4.3.1 Liberdade de associação

A liberdade de associação, protegida pelo Artigo 10 da Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos, tem sido violada em várias ocasiões. A Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos decidiu, por exemplo, que o artigo 10(1) foi violado no caso *World Organization against Torture et Al (Organização Mundial Contra a Tortura e Outros) versus Zaire*. O governo do Zaire havia imposto restrições a vários partidos políticos, permitindo o funcionamento apenas dos partidos de apoio ao governo. “Esses partidos de oposição não tinham permissão para reunir-se em público ou em particular e havia provas de que o governo tentava desestabilizar esses grupos por meio do constrangimento. Além disso, grupos de direitos humanos tinham sido proibidos de formar e constituir órgãos em certas áreas e não puderam realizar cursos educativos sobre questões de direitos humanos.” Na opinião da Comissão, essas ações do Governo constituíram “claras violações” do artigo 10(1) da Carta Africana.³⁰⁷ Da mesma forma, a Comissão observou uma violação do artigo 10 no caso *John D. Ouko versus Quênia*. O Sr. Ouko era um estudante e líder estudantil no Quênia, país que ele teve de deixar devido às suas opiniões políticas, após ser preso e ficar detido durante 10 meses sem julgamento. Os fatos relativos ao caso não foram contestados pelo Governo e a Comissão concluiu, portanto, que a perseguição ao Sr. Ouko e a sua viagem para o exterior “colocavam em grande risco as

³⁰⁷ ACHPR, *World Organization against Torture et Al. v. Zaire*, Communications Nos. 25/89, 47/90, 56/91, 100/93, decision adopted during the 19th Session, March 1996, par. 75 do texto publicado em www.up.ac.za/chr/ahrdb/acomm_decisions.html. Sobre violação ao artigo 10 da Carta Africana como Consequência da perseguição de funcionários de organizações de direitos humanos, vide também ACHPR, *Huri-Laws (on behalf of Civil Liberties Organization) v. Nigeria*, Communication No. 225/98, decision adopted during the 28th Ordinary Session, 23 October – 6 November 2000, par. 48-49 do texto da decisão publicado em: <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/225.98.html>

suas chances de desfrutar o direito à liberdade de associação”, conforme garantido pelo artigo 10 da Carta.³⁰⁸

O artigo 10 foi também violado no caso referente à Ordem dos Advogados da Nigéria. Este comunicado referia-se a um dos membros do Conselho de Advogados, o então novo órgão diretor da Ordem dos Advogados da Nigéria, que era dominado por representantes do governo. O Conselho de Advogados tinha “amplos poderes discricionários”, inclusive o de “disciplinar advogados”.³⁰⁹ A Comissão Africana decidiu que a Ordem dos Advogados, que era “juridicamente independente do governo ... deveria poder escolher o seu próprio órgão diretor. A interferência na autogestão da Ordem dos Advogados poderia limitar ou negar as razões pelas quais os advogados desejavam, em primeiro lugar, formar uma associação.”³¹⁰ Ela evocou, então, o princípio já bem estabelecido, segundo o qual:

“quando a regulamentação do direito à liberdade de expressão é necessária, as autoridades competentes não devem promulgar disposições que limitem o exercício dessa liberdade ou que sejam contra as obrigações previstas na Carta. As autoridades competentes não deveriam anular disposições constitucionais ou enfraquecer os direitos fundamentais garantidos pela constituição e pelas normas de direitos humanos internacionais.”³¹¹

A Comissão concluiu que a intervenção do governo na direção da Ordem dos Advogados da Nigéria era “incoerente com o preâmbulo da Carta Africana, em que os estados reafirmam a adesão aos princípios dos direitos humanos e dos povos contidos nas declarações como os Princípios Básicos das Nações Unidas Sobre a Independência do Judiciário”. Ela constituía, portanto, uma violação ao artigo 10 da Carta.³¹²

Finalmente, a Comissão Africana considerou como violação ao artigo 10 um caso em que o Tribunal Nigeriano havia concluído que as pessoas acusadas eram culpadas de assassinato pela simples razão de serem membros do Movimento para a Sobrevivência do Povo Ogoni (Movement for the Survival of the Ogoni Peoples - MOSOP). Segundo a Comissão, “pareceria, além do mais, que os funcionários do governo, em diversas ocasiões durante o julgamento, declararam o MOSOP e os acusados culpados das acusações, sem esperar pela sentença oficial”. Isto demonstrou um claro preconceito contra a organização MOSOP, que o governo não fez nada para defender ou justificar.³¹³ Houve, portanto, uma violação ao artigo 10(1).³¹⁴

³⁰⁸ ACHPR, *John D. Ouko v. Kenya*, Communication No. 232/99, decision adopted during the 28th Ordinary session, 23 October- 6 November 2000, par. 30 do texto da decisão, conforme publicado em

<http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/232.99.html>

³⁰⁹ ACHPR, *Civil Liberties Organisation (on behalf of the Nigerian Bar Association) v. Nigeria*, Communication No. 101/93, decision adopted during the 17th Ordinary session, March 1995, par. 24 do texto da decisão publicado em:

www.up.ac.za/ahrd/acomm_decisions.html

³¹⁰ Ibid., loc. cit.

³¹¹ Ibid., par. 25.

³¹² Ibid., par. 26.

³¹³ *International Pen and Others (on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr. and Civil Liberties Organization) v. Nigeria*, Communications Nos. 137/94, 139/94, 154/96 and 161/97, decision adopted on October 31, 1998) par. 108 do texto da decisão, conforme publicado no seguinte site: http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/137-94_139/94_154-96_161-97.html.

Nos termos do artigo 10 da Carta Africana Sobre Direitos Humanos e dos Povos, a liberdade de associação implica que é preciso ser concedida uma permissão para a criação e o funcionamento dos partidos políticos mesmo quando eles não apóiam o partido no poder. O constrangimento de partidos políticos constitui uma violação da liberdade de associação.

A liberdade de associação, segundo o artigo 10 da Carta Africana, também significa que as organizações precisam ser capazes de funcionar efetivamente, com o objetivo, entre outros, de ensinar os direitos humanos.

A liberdade de associação, segundo o artigo 10, implica ainda que as Ordens dos Advogados precisam ser capazes de funcionar com liberdade, e que não deveria haver interferência governamental na sua autogestão.

As limitações ao exercício do direito à liberdade de associação, reconhecidas no artigo 10 da Carta Africana, não podem enfraquecer os direitos humanos e as liberdades fundamentais garantidas pelas constituições nacionais ou pelas normas jurídicas internacionais.

Constitui violação do direito à liberdade de associação, reconhecido no artigo 10 da Carta Africana, considerar uma pessoa culpada de um crime, como assassinato, somente pelo fato de a pessoa ser membro de uma associação.

4.4 Artigos 15 e 16 da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos

O artigo 15 da convenção americana garante “o direito de reunião pacífica e sem armas”. As palavras “sem armas” parece redundante, já que o termo “pacífica” implica, necessariamente, que é preciso haver ausência de violência e de ameaças de violência, inclusive o porte de armas, que podem, por si só, ser consideradas como uma ameaça de violência.

O “direito de associar-se livremente”, conforme garantido pelo artigo 16, abrange todas as dimensões da sociedade, como a liberdade de associação “com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, profissionais, sociais, culturais, esportivos ou de qualquer outra natureza”. Conforme esclarecido pelas palavras “ou de qualquer outra natureza”, essa enumeração é meramente indicativa dos objetivos para os quais a pessoa precisa ter o direito de associar-se livremente com as outras.

O exercício tanto do direito de reunião pacífica, como do direito de associar-se livremente, pode estar sujeito a restrições, contanto que elas “sejam impostas em conformidade com a lei” (direito de reunião) ou “previstas pela lei” (liberdade de associação) e sejam “necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das outras pessoas.”³¹⁵ O artigo 16(3) também permite “restrições legais, inclusive a **privação** do

³¹⁴ Ibid., loc. cit.

³¹⁵ A lista de objetivos legítimos é citada no artigo 16; o artigo 15 refere-se a “direitos **ou** liberdades das outras pessoas” e não a “direitos e liberdades das outras pessoas”; ênfase acrescentada.

exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.” (ênfase acrescentada).

Os artigos 15 e 16 da Convenção Americana estavam no centro do caso *Baena Ricardo e Outros versus Panamá*, referente à Lei Panamenha Nº. 25, de 14 de dezembro de 1990, com o fundamento de que 270 trabalhadores foram demitidos do trabalho após participar de uma paralisação nacional de trabalho em 5 de dezembro de 1990. A lei questionada concedia ao Executivo e aos diretores de instituições autônomas e semi-autônomas e a empresas municipais e do Estado, entre outras, amplos poderes de demitir funcionários públicos que participaram da organização de atos contra a democracia e a ordem constitucional. A demissão ocorreria, independentemente de as pessoas em questão serem membros, por exemplo, do conselho de administração de sindicatos e de associações de funcionários públicos. O Executivo deveria decidir quais atos eram contrários à democracia e à ordem constitucional, para fins de sanção administrativa da demissão. Os trabalhadores também haviam participado de uma demonstração pró-reivindicações trabalhistas em 4 de dezembro de 1990.³¹⁶ As vítimas alegaram violações de vários artigos da Convenção Americana, inclusive os artigos 15 e 16.

Com relação ao **direito de associação pacífica**, o Tribunal Interamericano aceitou que o Panamá não havia violado o artigo 15 no caso dos 270 trabalhadores que apresentaram a reclamação. As medidas a respeito das quais houve questionamento deveram-se ao fato de a paralisação do trabalho em 5 de dezembro de 1990 ter sido considerada como uma violação à democracia e à ordem constitucional, enquanto a marcha de 4 de dezembro havia ocorrido “sem qualquer interrupção ou restrição”. De acordo com o Tribunal, as cartas de demissão dos trabalhadores em questão não mencionavam a marcha de 4 de dezembro de 1990, mas a maioria deles declarava as nomeações inválidas porque os trabalhadores haviam participado da organização ou execução da paralisação do trabalho em 5 de dezembro.³¹⁷

Com relação à **liberdade de associação** garantida pelo artigo 16 da Convenção Americana, o Tribunal Interamericano observou, entre outras coisas, que a Lei Nº. 25 não apenas permitia a demissão de líderes sindicais, mas também abolia os direitos a eles concedidos nos termos do Código do Trabalho referente ao procedimento a ser seguido em caso de demissão de trabalhadores que desfrutassem de privilégios sindicais. A Lei nº 25 também havia entrado em vigor retroativamente, permitindo assim que as autoridades ignorassem procedimentos que deveriam ter sido adotados de acordo com a legislação vigente quando da ocorrência dos eventos. A conseqüente demissão de um número considerável de líderes sindicais “afetava seriamente” a organização e as atividades dos sindicatos em questão e interferia, portanto, na liberdade de associação para fins profissionais.³¹⁸ O Tribunal tinha, então, que examinar se a interferência poderia ser justificada com base no artigo 16(2) da Convenção.

³¹⁶ I-A Court HR, *Caso Caena Ricardo y Otros (270 trabajadores v. Panamá, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C. No. 72*; o texto em Espanhol utilizado aqui pode ser encontrado no site:

www.corteidh.or.cr/serie_c/C72_ESP.html, par. 1 e 104.

³¹⁷ *Ibid.*, par. 148-150.

³¹⁸ *Ibid.*, par. 166.

O Tribunal primeiro lembrou sua opinião sobre a noção de “leis”, em virtude da qual a existência de leis não é suficiente, nos termos da Convenção Americana, para causar restrições ao gozo e ao exercício dos direitos e liberdades legais; as leis precisam também estar baseadas em razões de interesse geral.³¹⁹ O Tribunal considerou, em especial, os fatos contidos no relatório e nas recomendações adotadas pela Comissão de Liberdade de Associação da OIT, no caso 1569 (que não havia sido contradito pelo governo panamenho), segundo o qual: (1) a Lei nº 25 havia sido aprovada 15 dias após a ocorrência dos fatos que originaram este caso; (2) as autoridades não aplicaram as normas existentes relativas à demissão de trabalhadores; (3) as instalações e as contas bancárias dos sindicatos sofreram intervenções; (4) muitos dos trabalhadores demitidos eram líderes sindicais.³²⁰ O Tribunal concluiu, a partir do precedente, que não havia sido demonstrado que as medidas tomadas pelo Estado eram necessárias para proteger a “ordem pública” no contexto dos eventos em questão ou que o princípio da proporcionalidade havia sido respeitado. As medidas tomadas não foram, portanto, “necessárias em uma sociedade democrática”, conforme requerido pelo artigo 16(2) da Convenção, de modo que o artigo 16 havia sido violado no caso dos 270 trabalhadores mencionados.³²¹

3.6 Artigo 11 da Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos

O direito de toda pessoa “à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação” está contido no artigo 11 da Convenção Européia, assim como o “direito de fundar e filiar-se a sindicatos para a defesa dos seus interesses”. As restrições permitidas ao exercício desses direitos estão exaustivamente enumeradas no artigo 11(2), e precisam estar “previstas em lei” e serem “necessárias em uma sociedade democrática” para um ou mais dos objetivos ali especificados. Além disso, o artigo “não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado”. Em contraste com o artigo 16(2) da Convenção Americana, o artigo 11(2) da Convenção Européia utiliza a palavra “restrições” e não “privação”, o que indica que a essência do direito não pode ser comprometida. Por outro lado, o artigo 11(2) da Convenção Européia vai além, já que ele também se refere à “administração do Estado” nesse aspecto. Alguns exemplos da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos ilustrarão o significado dos termos do artigo 11 da Convenção Européia.

4.5.1 Liberdade de associação, sindicatos e o sistema “closed shop”

O caso *Young James and Webster versus Reino Unido* referente a três ex-funcionários da British Railways Board (“British Rail”) que foram demitidos de seus cargos por não serem membros de nenhum dos três sindicatos com os quais a British Rail havia celebrado um contrato de “closed shop”, sistema segundo o qual as empresas só podem contratar funcionários sindicalizados, o que significou que, a partir da conclusão daquele acordo, a associação a

³¹⁹ Ibid., par. 170.

³²⁰ Ibid., par. 171.

³²¹ Ibid. par. 172-173. O Tribunal também concluiu que o Panamá havia violado os princípios da legalidade e proibição das leis *ex post facto* prevista no artigo 9, bem como nos artigos 8(1), 8(2), 25 e 1(1) e 2 da Convenção Americana, par. 214.

qualquer um dos três sindicatos tornou-se uma condição para a manutenção do emprego. Os requerentes alegaram que esse sistema violava o artigo 11 da Convenção. A questão era se o artigo 11 “garantia não apenas a liberdade de associação, inclusive o direito de fundar e de associar-se a sindicatos, no sentido positivo, mas também, em decorrência, um “direito negativo” de não ser obrigado a filiar-se a uma associação ou a um sindicato.”³²²

No entanto, o Tribunal não considerou necessário responder a essa pergunta no caso apresentado, observando que “o direito de fundar e de associar-se a sindicatos é um aspecto especial de liberdade de associação e que a noção de liberdade implica alguma medida de liberdade de escolha com relação ao seu exercício.”³²³ Assim, evitando qualquer revisão do sistema “closed shop” em si, o Tribunal limitou os exames “aos efeitos daquele sistema sobre os requerentes.”³²⁴ Ele observou que após a celebração do acordo entre a British Rail e os três sindicatos, os requerentes tinham a escolha de perder o emprego ou ingressar em um dos sindicatos, o que eles se recusaram a fazer. “Como resultado da recusa em ceder diante do que eles consideravam uma pressão injustificada, eles receberam notificações sobre demissão. Nos termos da legislação em vigor ... a demissão era “justa” e, por essa razão, não justificava pedidos de indenização, e muito menos de reintegração.”³²⁵

O Tribunal observou que, na hipótese de o artigo 11 não garantir o aspecto negativo da liberdade de associação na mesma base que o aspecto positivo, a coação para filiar-se a um determinado sindicato pode nem sempre ser contrária à Convenção.

“Entretanto, uma ameaça de demissão envolvendo perda do sustento é a forma mais séria de coação e, no presente caso, ela era feita contra pessoas contratadas pela British Rail antes da introdução desta obrigação de filiar-se a um determinado sindicato.

Na opinião do Tribunal, tal forma de coação, nas circunstâncias deste caso, colide com a própria essência da liberdade garantida pelo artigo 11. Somente por essa razão, já indica que houve interferência naquela liberdade em relação a cada um dos três requerentes.”³²⁶

Outra faceta do caso relacionava-se à “a restrição de escolha dos requerentes com relação aos sindicatos a que eles poderiam filiar-se por espontânea vontade”, porque, conforme observado pelo Tribunal, uma pessoa não goza do direito à liberdade de associação se, na realidade, a liberdade de ação ou escolha que lhe é disponibilizada for inexistente ou for tão reduzida que não terá nenhum valor na prática³²⁷. Esta questão foi relacionada ao fato de o Sr. Young e o Sr. Webster contestarem as políticas e atividades sindicais e de que o Sr. Young também contestou as filiações políticas de dois dos sindicatos. Isto significava que, apesar do seu

³²² *Eur. Court HR, Case of Young, James and Webster, judgment of 13 August 1981, Series A, No. 44, p. 21, par. 51.*

³²³ *Ibid.*, p. 21, par. 52.

³²⁴ *Ibid.*, p. 22, par. 53.

³²⁵ *Ibid.*, p. 22, par. 54.

³²⁶ *Ibid.*, p. 22-23, par. 55.

³²⁷ *Ibid.*, p. 23, par. 56.

papel autônomo, o artigo 11 tinha que ser interpretado, no presente caso, à luz dos Artigos 9 e 10 da Convenção:

“A proteção à opinião pessoal amparada pelos artigos 9 e 10 na forma da liberdade de pensamento, consciência e religião e da liberdade de expressão é também um dos objetivos da liberdade de associação, conforme garantida pelo Artigo 11. Conseqüentemente, ele colide com a própria essência deste artigo ao exercer pressão, do tipo aplicada aos requerentes, para compelir alguém a ingressar em uma associação contrariamente às suas convicções.”³²⁸

Portanto, o Tribunal teve que examinar se a interferência no direito dos requerentes à liberdade de associação poderia ser justificada como sendo “*necessária em uma sociedade democrática*” por qualquer uma das razões estabelecidas no artigo 11(2) da Convenção. Neste sentido, ele observou:

“**Em primeiro lugar**, a palavra “necessária” neste contexto não tem a flexibilidade de expressões como “útil” ou “desejável” ... O fato de o contrato do sistema “closed shop” da British Rail poder ter produzido certas vantagens de forma geral, não é por si só conclusivo sobre a necessidade da interferência questionada.

Em segundo lugar, pluralismo, tolerância e liberalidade são marcas registradas de uma “sociedade democrática”... Apesar de os interesses individuais estarem, às vezes, subordinados aos interesses de um grupo, a democracia não significa simplesmente que as opiniões de uma maioria devam prevalecer sempre: deve ser encontrado um equilíbrio que assegure justiça e tratamento adequado para as minorias e que evite quaisquer abusos por parte de uma posição dominante. Conseqüentemente, o simples fato de o ponto de vista dos requerentes ter sido adotado por apenas alguns dos colegas não é novamente conclusivo para a questão... levada ao Tribunal.

Em terceiro lugar, qualquer restrição imposta a um direito da Convenção precisa ser proporcional ao objetivo legítimo almejado.”³²⁹

O Tribunal concluiu que “mesmo levando em consideração uma “margem de apreciação” do Estado... as restrições questionadas não eram “necessárias em uma sociedade democrática”, como requerido pelo parágrafo 2 do Artigo 11.” Ele se referiu, em particular, ao fato de não ter sido informado sobre quaisquer razões especiais que justificassem a imposição de um sistema de “closed shop”. Muitos sistemas similares não exigiam que funcionários que não fossem sindicalizados ingressassem em determinado sindicato e “uma maioria significativa dos próprios membros do sindicato discordava da premissa segundo a qual as pessoas que se recusassem a ingressar em um sindicato por fortes razões deveriam ser demitidas do emprego.”³³⁰

³²⁸ Ibid., p. 23-24, par. 57.

³²⁹ Ibid., p. 25, par. 63, ênfase acrescentada.

³³⁰ Ibid., p. 25-26, par. 64-65.

Uma questão semelhante foi levantada no caso *Sigurjónsson versus Islândia* em que o requerente, um motorista de táxi, foi obrigado por lei a ingressar em uma organização chamada “Frami”, e se não o fizesse perderia sua licença de motorista de táxi. O Tribunal observou que “tal forma de coação, nas circunstâncias do caso, colidia com a própria essência do direito garantido pelo Artigo 11 e representaria uma interferência naquele direito.” Além disso, o caso teve que ser considerado à luz dos artigos 9 e 10 da Convenção, já que o requerente “opôs-se a tornar-se membro da associação em questão parcialmente porque discordava da sua política favorável à limitação do número de táxis e, com isto, o acesso à profissão”.³³¹

Como no caso *Young, James e Webster*, o Tribunal concluiu que houve violação do artigo 11. Ele aceitou que a obrigação de se associar está “prevista em Lei” (uma lei aprovada em 1989) e que essa Lei almejava um objetivo legítimo, a saber, a proteção dos “direitos e da liberdade das outras pessoas”.³³² **Entretanto, ela era “necessária em uma sociedade democrática”?** O governo considerou que sim, alegando que “associação constituía um elo crucial entre eles e a Frami, já que esta última não conseguiria assegurar o tipo de funções de supervisão que aquela desempenhava, a menos que todos os detentores de licenças na sua área fossem associados.”³³³

Em primeiro lugar, o Tribunal lembrou “que a obrigação de associação impugnada foi imposta por lei, cuja violação provavelmente acarretaria a revogação da licença do requerente. Ele estava, desta forma, sujeito a uma forma de coação que... é rara na comunidade dos Estados Contratantes e que, aparentemente, precisa ser considerada incompatível com o Artigo 11.” Embora aceitasse que Frami atendia tanto aos interesses profissionais de seus associados quanto ao interesse público, o Tribunal não se convenceu de “que a associação compulsória a Frami tenha sido requerida apenas para o desempenho daquelas funções”. Corroborando esse ponto de vista, ele observou em especial que “associação não era, em hipótese alguma, a única forma de obrigar os detentores de licença a cumprir os deveres e as responsabilidades como seria necessário” e que não ficara estabelecido “que havia qualquer outra razão que impedisse a Frami de proteger os interesses profissionais de seus associados na ausência da associação obrigatória imposta ao requerente, apesar de suas opiniões”.³³⁴

Conseqüentemente, as razões aduzidas pelo Governo, **embora consideradas relevantes**, não eram **suficientes** para demonstrar que era “necessário” compelir o requerente a associar-se a Frami, sob pena de perder sua licença, contrariamente às suas próprias opiniões. As medidas questionadas eram, conseqüentemente, desproporcionais ao objetivo legítimo almejado”, e violavam o Artigo 11.³³⁵

O direito de fundar e de filiar-se a sindicatos reconhecido pelo artigo 11 da Convenção

³³¹ Eur.Court HR, Case of Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland, judgement of 30 June 1993, Series A, vol. 264, pp.16-17, par. 36-37.

³³² Ibid., p. 17, par. 39.

³³³ Ibid., p. 18, par. 40.

³³⁴ Ibid., p. 18, par. 41.

³³⁵ Ibid., p. 18-19, par. 41.

Européia Sobre os Direitos Humanos é um aspecto especial da liberdade de associação.

O termo “liberdade” implica uma certa medida de escolha quanto ao seu exercício, mas não significa necessariamente que a obrigação de se filiar a um sindicato específico seja sempre contrária à Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos. A obrigação de associar-se a um sindicato específico sob pena de demissão envolvendo

a perda do sustento é uma forma de compulsão que foi considerada conflitante com a própria essência da liberdade de associação garantida pelo Artigo 11 da Convenção Européia. Para ser legal, tal interferência no exercício da liberdade de associação de uma pessoa precisa estar em conformidade com as restrições estabelecidas no Artigo 11 (2) da Convenção.

Apesar de ser independente, o Artigo 11 deve ser considerado à luz dos artigos 9 e 10 da Convenção, garantindo liberdade de pensamento, consciência, religião e expressão. Isto significa que, ao assegurar o respeito ao exercício da liberdade de associação e reunião é também importante assegurar o respeito a outras liberdades fundamentais da pessoa.

4.5.2 Sindicatos e acordos coletivos

No caso *Swedish Engine Driver’s Union (Sindicato dos Motoristas da Suécia) versus Suécia*, o sindicato requerente reclamou da recusa por parte do Gabinete de Dissídios Coletivos da Suécia de associar-se a acordos coletivos, não obstante o fato de fazê-lo com grandes sindicatos federais e, ocasionalmente, com sindicatos independentes; de acordo com o sindicato requerente, essa recusa acarretou uma série de desvantagens e era também uma violação do artigo 11 da Convenção Européia.³³⁶

Vale notar que a Convenção “em nenhum lugar faz uma distinção expressa entre as funções do Estado Contratante como detentor do poder público e suas responsabilidades como empregador.” O Artigo 11 é conseqüentemente “vinculante para o “Estado como empregador”, se as relações desse último com seus empregados forem regidas por legislação pública ou privada”.³³⁷ O caso do Sindicato dos Motoristas da Suécia não tratou do direito dos sindicatos de participarem de dissídios coletivos e nem da capacidade legal de esses sindicatos realizarem

³³⁶ *Eur. Court HR, Swedish Engine Driver’s Union Case v. Sweden, judgment of 6 February 1976, Series A, No. 20, par.32.*

³³⁷ *Ibid.*, p 14, par. 37.

acordos coletivos no interesse de seus membros, já que esses direitos eram concedidos pela lei sueca; o caso limitou-se a verificar se o artigo 11 (1) “requer que o “Estado como empregador” celebre algum acordo coletivo com um sindicato que represente parte de seus empregados sempre que as partes estiverem de acordo sobre as questões relevantes negociadas”.³³⁸

O Tribunal então salientou que o artigo 11(1) “apresenta a liberdade sindical como uma forma ou um aspecto especial da liberdade de associação”, mas “não assegura qualquer tratamento especial a sindicatos, ou aos seus membros, pelo Estado, tal como o direito de o Estado celebrar qualquer acordo coletivo com eles”. Além disso, as liberdades sindicais são tratadas no artigo 6 parágrafo 2 da Carta Social Européia, que “afirma a natureza voluntária do dissídio coletivo e dos acordos coletivos. A prudência da redação do Artigo 6 parágrafo 2 demonstra que a Carta não prevê o direito real de ter qualquer acordo celebrado, mesmo presumindo que as negociações não revelem nenhuma discordância na questão a ser solucionada”.³³⁹

Com relação à frase “para a defesa de seus interesses” contida no artigo 11(1) da Convenção Européia, o Tribunal estabeleceu que:

“Estas palavras, que denotam com clareza um propósito, mostram que a Convenção salvaguarda a liberdade de proteger os interesses profissionais de membros de sindicatos por ação do sindicato, cuja conduta e desenvolvimento os Estados Contratantes precisam permitir e tornar possível. Na opinião do Tribunal, decorre que os membros de um sindicato têm o direito, a fim de proteger os seus interesses, de que o sindicato seja ouvido. O Artigo 11 parágrafo 1 certamente deixa a cada Estado a livre escolha dos meios a serem usados para este fim. Embora a celebração de acordos coletivos seja um destes meios, existem outros. O que a Convenção requer é que, de acordo com a lei nacional, os sindicatos estejam preparados, em condições compatíveis com as do Artigo 11, para lutar pela proteção dos interesses dos seus associados”.³⁴⁰

Ninguém contestou o fato de que o Sindicato dos Motoristas da Suécia poderia “atuar em vários tipos de atividades *vis-a-vis* com o governo”. O Tribunal concluiu que o fato isolado de o Gabinete de Dissídios Coletivos ter, em princípio se recusado, nos últimos anos, a celebrar acordos coletivos com o sindicato requerente, por si só não constituía uma violação ao artigo 11(1). Finalmente, a política do Gabinete de restringir o número de organizações com as quais seriam celebrados acordos coletivos, não era, em si, incompatível com a liberdade sindical.”³⁴¹

³³⁸ Ibid., p. 14-15, par. 38-39.

³³⁹ Ibid., p. 15, par. 39.

³⁴⁰ Ibid., p. 15-16, par. 40.

³⁴¹ Ibid., p. 16, par. 41-42. Sobre um caso similar, vide *Eur. Court HR, National Union of Belgian Police Case, judgment of 27 October 1975, Series A, No. 19.*

Os Estados Contratantes da Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos devem também respeitar a liberdade de associação conforme estabelecida no artigo 11 (1) quando estes atuam como empregador, independentemente de suas relações com empregados serem regidas por leis públicas ou privadas.

A Convenção requer, segundo a lei nacional, que os sindicatos sejam capazes, em condições compatíveis com os termos do artigo 11, de lutar pela proteção dos interesses dos seus membros. Isto significa que os sindicatos devem ser ouvidos, mesmo que os Estados Contratantes estejam livres para escolher os meios para obtenção deste fim.

A celebração de acordos coletivos é um dos muitos meios de permitir que os sindicatos sejam ouvidos. Não é incompatível com as liberdades sindicais garantidas pelo artigo 11 da Convenção Européia que um Estado, na posição de empregador, limite a conclusão de acordos coletivos para certo número de sindicatos, já que todos os sindicatos têm condições de lutar pela proteção dos interesses de seus membros, de acordo com o artigo 11.

4.5.3 Liberdade de associação e partidos políticos

Em anos recentes, vários casos importantes envolvendo a dissolução de partidos políticos foram analisados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com base no artigo 11 da Convenção Européia. Alguns exemplos selecionados irão ilustrar as dimensões e os limites ao direito de formar partidos políticos no âmbito da Europa.

O caso mais importante com relação a essa questão é o do *United Communist Party of Turkey and Others versus Turkey (Partido Comunista Unido da Turquia e Outros versus Turquia)*, referente à dissolução do Partido Comunista Unido (TBKP) pelo Tribunal Constitucional da Turquia, acarretando, pelo próprio direito, a liquidação do partido e a transferência de seus bens para o Tesouro.

O Tribunal Constitucional da Turquia julgou, entre outras questões, que “o mero fato de um partido político incluir em seu nome uma palavra proibida pelo parágrafo 96(3) da Lei N.º. 2820” sobre a regulamentação dos partidos políticos, isto é, o termo “comunista”, foi suficiente para justificar a dissolução. Além disso, a constituição e o programa do partido aplicavam-se a duas nações, a curda e a turca. “No entanto, não seria possível aceitar duas nações na República da Turquia, cujos cidadãos, qualquer que seja a sua origem étnica, têm a nacionalidade turca. Na realidade, as propostas constantes da constituição do partido, incluindo o apoio a outras culturas e a outros idiomas que não o turco, tinham a intenção de criar minorias em detrimento da unidade da nação turca.” Esses objetivos, “que incentivavam o separatismo e a divisão da Turquia eram inaceitáveis e justificavam a dissolução do partido em questão”.³⁴²

Em resposta à sugestão do governo turco de que a referência aos sindicatos constante do artigo 11 não se aplica a partidos políticos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos enfatizou que se aplicava sim, e que “a conjunção ‘inclusive’ indica claramente que os sindicatos

³⁴² Eur. Court HR, *Case of the United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, judgment of 30 January 1998, Reports 1998-I, pp. 9-10, par. 10.

trabalhistas são apenas um exemplo, entre outros, da forma como a liberdade de associação pode ser exercida.” Ainda mais convincente, sob o ponto de vista do Tribunal, do que a redação do artigo 11, foi

“o fato de que partidos políticos são uma forma de associação essencial para o funcionamento adequado da democracia. Em vista da importância da democracia no sistema de Convenção... não poder haver dúvida de que partidos políticos estão incluídos no escopo do Artigo 11.”³⁴³

Em resposta a outros argumentos do governo, o Tribunal declarou, em especial, que “uma associação, inclusive um partido político, não fica excluído da proteção fornecida pela Convenção simplesmente porque as autoridades nacionais julgam que suas atividades enfraquecem as estruturas constitucionais do Estado e requerem a imposição de restrições.”³⁴⁴ Entretanto, isso não significa, conforme o artigo 11, que as autoridades do Estado em que uma associação, através de suas atividades, coloque em perigo as instituições estatais, sejam privadas do direito de proteger essas instituições.” De acordo com o Tribunal, “um certo compromisso entre a necessidade de defender a sociedade democrática e os direitos individuais é inerente ao sistema da Convenção”. No entanto, para que haja um compromisso dessa natureza, qualquer intervenção das autoridades precisa estar de acordo com o parágrafo 2 do Artigo 11.³⁴⁵

O Tribunal aceitou, então, que a dissolução do TBKP constituiu uma *interferência no direito de liberdade de associação*, de acordo com o artigo 11(1) da Convenção Europeia em relação a todos os três requerentes, isto é, o próprio partido e dois de seus fundadores e líderes, que foram proibidos de exercer responsabilidades semelhantes em qualquer outro grupo político.³⁴⁶ Ao examinar se tal interferência poderia ser justificada segundo os termos do artigo 11(2) da Convenção, o Tribunal reconheceu que *a interferência foi “determinada por lei”*, isto é por várias disposições da Constituição turca e da supramencionada Lei Nº. 2820. Ele também considerou que a dissolução do TBKP *“almejava, no mínimo, uma das ‘intenções legítimas’ estabelecidas no Artigo 11: a proteção da “segurança nacional”*.³⁴⁷ Ao considerar a pergunta final, se a interferência era também *“necessária em uma sociedade democrática*, o Tribunal combinou e em seguida expandiu seus princípios gerais relativos ao conceito de uma “sociedade democrática”. Em vista de sua importância na Europa, esses princípios serão citados na íntegra.

“42. O Tribunal reitera que, não obstante o seu papel autônomo e a esfera especial de aplicação, o Artigo 11 deve também ser considerado à luz do Artigo 10. A proteção de opiniões e a liberdade de expressá-las é um dos objetivos das liberdades de reunião e de associação inclusas no Artigo 11...

43. Isto se aplica ainda mais com relação a partidos políticos em vista de seu papel essencial para assegurar o pluralismo e o funcionamento adequado da democracia...

Conforme o Tribunal tem reiterado inúmeras vezes, não se pode ter democracia sem pluralismo. É por este motivo que a liberdade de expressão, conforme

³⁴³ Ibid., p. 16-17, par. 24-25.

³⁴⁴ Ibid., p. 16-17, par. 24-25.

³⁴⁵ Ibid., p. 18, par. 32.

³⁴⁶ Ibid., p. 19, par. 36.

³⁴⁷ Ibid., p. 19-20, par. 38-41, ênfase acrescentada.

disposto no Artigo 10, se aplica, sujeita ao parágrafo 2, não só a “informações” ou “idéias” recebidas favoravelmente ou consideradas inofensivas ou indiferentes, como também àquelas que ofendem, chocam ou incomodam... O fato de que suas atividades fazem parte de um exercício coletivo de liberdade de expressão em si mesmo dá aos partidos políticos o direito de procurar a proteção dos Artigos 10 e 11 da Convenção.

44. No julgamento *Informationsverein Lentia e Outros versus Áustria*, o Tribunal definiu o Estado como sendo o garantidor definitivo do princípio do pluralismo... Na esfera política, esta responsabilidade significa que o Estado tem a obrigação, entre outras, de organizar, de acordo com o Artigo 3 do Protocolo N.º 1, eleições livres em intervalos razoáveis, com voto secreto, em condições que assegurem a livre expressão da opinião do povo na escolha da legislatura. Tal expressão torna-se inconcebível sem a participação de uma pluralidade de partidos políticos que representem os diferentes matizes de opinião encontrados na população de um país. Ao transmitir essa gama de opiniões, não só no âmbito das instituições políticas, mas também – com a ajuda dos meios de comunicação – em todos os níveis da vida social, os partidos políticos dão uma contribuição insubstituível ao debate político, que é o próprio cerne do conceito de uma sociedade democrática...

45. A democracia é, sem dúvida, uma característica fundamental da ordem pública europeia...

Isto se torna aparente, primeiro pelo preâmbulo da Convenção, que estabelece uma relação muito clara entre a Convenção e a democracia ao afirmar que a manutenção e maior percepção dos direitos humanos e liberdades fundamentais são mais bem protegidas de um lado por uma democracia política eficaz e do outro pela compreensão e observância gerais dos direitos humanos... O preâmbulo prossegue afirmando que os países europeus possuem uma herança comum de tradição política, ideais, liberdade e o estado de direito. O Tribunal observou que nessa herança comum encontram-se os valores subjacentes da Convenção...; e expôs várias vezes que a Convenção foi projetada para manter e promover os ideais e valores de uma sociedade democrática...

Além disso, os Artigos 8, 9, 10 e 11 da Convenção requerem que a interferência no exercício dos direitos que abarcam deve ser avaliada pelo padrão do que é ‘necessário em uma sociedade democrática’. O único tipo de necessidade capaz de justificar uma interferência em quaisquer desses direitos é, portanto, a que se possa alegar que se origina de uma ‘sociedade democrática’. Portanto, a democracia é o único modelo político considerado pela Convenção sendo, portanto, o único com ela compatível.

O Tribunal identificou certas disposições da Convenção como sendo características de uma sociedade democrática. Portanto, logo no seu primeiro julgamento, afirmou que em ‘uma sociedade democrática, segundo a intenção do

Preâmbulo e das outras cláusulas da Convenção’, os processos levados ao judiciário devem ser conduzidos na presença dos partidos e em público, e que esse princípio fundamental foi sustentado no Artigo 6 da Convenção... Em um campo mais próximo do que diz respeito ao caso em pauta, o Tribunal afirmou em inúmeras ocasiões, por exemplo, que a liberdade de expressão constitui um dos alicerces essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições básicas para o seu progresso e a realização pessoal de cada indivíduo... enquanto que no julgamento Mathieu-Mohin e Clerfayt... o Tribunal observou a importância primordial do Artigo 3 do Protocolo N°. 1, que consagra um princípio característico de uma democracia política eficaz...

46. Conseqüentemente, as exceções estabelecidas no Artigo 11 devem, no que tange a partidos políticos, ser interpretadas em sentido estrito; somente motivos convincentes e poderosos podem justificar restrições à liberdade de associação desses partidos. Ao determinar se existe uma necessidade nos termos do Artigo 11 parágrafo 2, os Estados Contratantes possuem apenas uma margem estreita de avaliação, que anda de mãos dadas com a rigorosa supervisão europeia envolvendo tanto a lei quanto as decisões de aplicá-la, inclusive as decisões de tribunais independentes. O Tribunal já afirmou que tal exame minucioso seria necessário em casos referentes a um Membro do parlamento que havia sido condenado por proferir insultos; ... tal exame minucioso é ainda mais necessário quando todo um partido político é dissolvido e seus líderes são proibidos de exercer atividades similares no futuro.

47. Quando o Tribunal realiza esses exames minuciosos, sua tarefa não é substituir o ponto de vista das autoridades nacionais competentes pelo seu próprio, mas sim, examinar as decisões que tomaram no exercício de seus critérios à luz do Artigo 11. Isto não significa que o Tribunal precise se limitar a assegurar que o Estado réu exerceu seu critério de modo razoável, com cuidado e em boa-fé; ele precisa considerar a interferência objeto da reclamação à luz do caso como um todo, e determinar se foi ‘proporcional ao objetivo legítimo almejado’ e se as razões apresentadas pelas autoridades nacionais para justificá-la são ‘relevantes e suficientes’. Ao fazê-lo, o Tribunal precisa convencer-se de que as autoridades nacionais aplicaram as normas em conformidade com os princípios abrangidos pelo Artigo 11 e, além disso, de que essas autoridades basearam suas decisões em avaliações aceitáveis dos fatos relevantes.”³⁴⁸

O Tribunal, então, aplicou esses princípios ao caso *Partido Comunista Unido da Turquia e Outros*. O Tribunal observou que, já que a dissolução do partido havia sido determinada antes mesmo que ele tivesse iniciado suas atividades, **a decisão foi tomada exclusivamente com base em sua constituição e programa**, que não continha “nada que sugerisse que eles não refletissem os verdadeiros objetivos do partido e a verdadeiras intenções de seus líderes”. Da mesma forma

³⁴⁸ Ibid., p. 20-22, par. 42-47.

que o Tribunal Constitucional, o Tribunal Europeu tomou esses documentos “como base para avaliar se a interferência em questão fora necessária”.³⁴⁹

Com relação ao *primeiro motivo alegado pelo Tribunal Constitucional a favor da dissolução*, ou seja, o fato de o TBKP ter incluído a palavra “comunista” em seu nome, o Tribunal Europeu considerou “que a escolha de um nome por um partido político não pode, em princípio, justificar uma medida tão drástica quanto a dissolução, na ausência de outras circunstâncias relevantes e suficientes. A este respeito é necessário notar, primeiro, que... as disposições do Código Penal, tornando a prática de atividades políticas inspiradas, em especial, pela ideologia comunista, um crime, foram revogadas pela Lei Nº. 3713 sobre prevenção do terrorismo. O Tribunal também atribuiu muito peso às descobertas da Corte Constitucional de que o TBKP não estava procurando, apesar do seu nome, estabelecer o domínio de uma classe sobre as outras e que, pelo contrário, ele atendia aos requisitos da democracia, inclusive o pluralismo político, sufrágio universal e liberdade de participar da política.” Assim sendo, “na ausência de qualquer evidência concreta para demonstrar que ao se denominar “comunista” o TBKP tivesse optado por uma política que representasse uma ameaça real para a sociedade turca ou para a Turquia, o Tribunal não pôde aceitar que a submissão baseada no nome do partido por si só, acarretasse a dissolução do partido.”³⁵⁰

Quanto à *segunda causa aceita pelo Tribunal Constitucional em apoio à dissolução do TBKP*, ou seja, que o partido “procurava promover o separatismo e a divisão da nação turca”, o Tribunal Europeu observou que, embora o partido se referisse em seu programa “ao ‘povo’ e ‘nação’ curda e a ‘cidadãos’ curdos”, ele não os descrevia como “minorias” nem fazia qualquer outra reivindicação “além do reconhecimento de sua existência – para que desfrutassem de direitos ou tratamentos especiais, e menos ainda o direito de separar-se do resto da população turca. Pelo contrário, o seu programa [declarava]: ‘O TBKP esforçar-se-á para alcançar uma solução pacífica, democrática e justa para o problema curdo, de forma que o povo curdo e o turco possam viver juntos de livre e espontânea vontade, dentro das fronteiras da República da Turquia, com direitos iguais e objetivando a reestruturação democrática fundada em seus interesses comuns.’” “O TBKP também mencionou em seu programa: ‘A solução para o problema curdo somente será encontrada se os partidos interessados forem capazes de externar suas opiniões livremente, se concordarem em não recorrer à violência de qualquer forma para resolver o problema e se puderem tomar parte na política com sua própria identidade nacional’.”³⁵¹

O Tribunal Europeu prosseguiu mencionando que considerava uma das principais características da democracia como sendo

“a possibilidade que oferece de resolver problemas de um país através do diálogo, sem que se recorra à violência, mesmo quando eles são exasperantes. A democracia floresce com a liberdade de expressão. Por esse ponto de vista, não pode haver justificativa para proibir um partido político somente porque ele

³⁴⁹ Ibid., p. 25, par. 51.

³⁵⁰ Ibid., p. 26, par. 54.

³⁵¹ Ibid, p. 26-27, par. 55-56.

deseja debater em público a situação de parte da população do Estado, e tomar parte na vida política da nação, a fim de encontrar, segundo regras democráticas, soluções capazes de satisfazer a todos os interessados. A julgar pelo seu programa, era esse o objetivo do TBKP nessa área.”³⁵²

Embora não possa ser descartada a hipótese de que “o programa político de um partido pode esconder objetivos e intenções diferentes das declaradas”, essa questão não pode ser verificada no caso apresentado ao Tribunal, já que o partido não chegara a se tornar ativo, mas fora dissolvido imediatamente após a sua criação. “Destá forma, ele foi penalizado apenas por conduta referente ao exercício da liberdade de expressão.”³⁵³

Embora o Tribunal estivesse também finalmente “preparado para levar em consideração o histórico de casos a ele apresentados, em particular as dificuldades associadas à luta contra o terrorismo... o tribunal não encontrou evidências que lhe permitisse chegar a uma conclusão, na ausência de qualquer atividade por parte do TBKP, de que o partido tivesse qualquer responsabilidade pelos problemas que o terrorismo representa na Turquia.”³⁵⁴

Assim, “uma medida tão drástica quanto a dissolução imediata e permanente do TBKP, determinada antes mesmo que suas atividades tivessem tido início, associada à proibição de seus líderes assumirem quaisquer outras responsabilidades políticas, foi desproporcional ao objetivo almejado e, conseqüentemente, desnecessária em uma sociedade democrática.”³⁵⁵ O Tribunal, em Assembléia Geral, decidiu **por unanimidade** que houve violação ao artigo 11 da Convenção Européia.³⁵⁶

Os princípios gerais aplicados no caso *United Communist Party of Turkey (Partido Comunista Unido da Turquia)* foram posteriormente confirmados em outros casos similares, tais como o do *Socialist Party and Others versus Turkey (Partido Socialista e Outros versus Turquia)*. Esse partido, o PS, também havia sido dissolvido pelo Tribunal Constitucional e seus líderes foram proibidos de exercer cargos similares em qualquer outro partido político. Seus bens também foram liquidados e transferidos para o Tesouro.³⁵⁷ Diferentemente do caso acima mencionado, **a decisão do Tribunal Constitucional teve por base somente as atividades políticas do PS e não a sua constituição e programa**. O Tribunal Constitucional havia notado, entre outras coisas que, ao considerar duas nações, ou seja, as nações curda e turca, e ao defender uma federação em detrimento da unidade da nação turca e da integridade territorial do Estado, o

³⁵² Ibid., p. 27, par. 57.

³⁵³ Ibid., p. 27, par. 58.

³⁵⁴ Ibid., p. 27, par. 59.

³⁵⁵ Ibid., p. 27-28, par. 61.

³⁵⁶ Ibid., p. 31 lida em conjunto com a p. 5.

³⁵⁷ Eur. Court HR, *Case of the Socialist Party and Others v. Turkey*, judgment of 25 May 1998, Reports 1998-III, p.1250, par. 24 e p. 1258, par. 51.

objetivo do PS era “similar ao das organizações terroristas”. Como ele “promovia o separatismo e a revolta, a sua dissolução foi justificada”.³⁵⁸

Portanto, o Tribunal Europeu precisou examinar as declarações do PS para decidir se a sua dissolução fora justificada. Em outras palavras, precisou convencer-se de que “as autoridades nacionais haviam baseado suas decisões em uma avaliação aceitável dos fatos relevantes”.³⁵⁹

O Tribunal analisou as declarações relevantes e não encontrou nada que pudesse ser considerado como “um apelo ao uso da violência, rebelião ou qualquer outra forma de rejeição dos princípios democráticos” – pelo contrário. Quanto à diferenciação feita entre as nações curda e turca, o Tribunal notou que “as declarações apresentam um programa político com o propósito final de estabelecer, de acordo com regras democráticas, um sistema federal em que turcos e curdos seriam representados em condições iguais e de forma voluntária.” Com relação às referências de “autodeterminação” e o direito da nação curda de “separar-se”, o Tribunal observou particularmente que “lidas em seu contexto, as declarações que utilizavam essas palavras não promoviam a separação da Turquia mas, ao contrário, procuravam ressaltar que o sistema federal proposto não poderia ser instituído sem o consentimento dado livremente pelos curdos, que deveria ser expresso através de um plebiscito.”³⁶⁰ Além disso,

“o fato de que tal programa político seja considerado incompatível com os atuais princípios e estruturas do Estado Turco não o torna incompatível com as regras da democracia. Faz parte da essência da democracia permitir que programas políticos distintos sejam propostos e discutidos, mesmo aqueles que questionam a forma como o Estado está atualmente organizado, desde que não prejudiquem a própria democracia.”³⁶¹

Além disso, na ausência de ações concretas que desmintam a sinceridade das declarações, tal sinceridade não deve ser posta em dúvida. Na opinião do Tribunal Europeu, “o PS foi punido por conduta relacionado somente ao exercício da livre expressão.”³⁶²

Enfatizando “o papel essencial dos partidos políticos para o funcionamento adequado da democracia”, o Tribunal declarou que as exceções estabelecidas no artigo 11 devem ser “interpretadas estritamente” no que se refere aos partidos políticos. Aplicando da mesma forma “rigorosa supervisão européia”, o Tribunal afirmou que medidas radicais como as tomadas no caso apresentado “*só podem ser tomadas nos casos mais sérios*”.³⁶³ Mas as declarações contestadas pelo líder do partido “não pareciam, para o Tribunal, questionar a necessidade do cumprimento de regras e princípios democráticos”, nem havia sido determinado “como, apesar de ao fazê-las o seu autor ter declarado dedicação à democracia e expressado rejeição à

³⁵⁸ Ibid., p. 1256, par. 43.

³⁵⁹ Ibid., p. 1256, par. 44.

³⁶⁰ Ibid., p. 1256-1257, par. 46-47.

³⁶¹ Ibid., p. 1257, par. 47.

³⁶² Ibid., p. 1257-1258, par. 48.

³⁶³ Ibid., p. 1258, par. 50-51, ênfase acrescentada.

violência, as declarações em questão poderiam ser consideradas, de alguma forma, responsáveis pelos problemas apresentados pelo terrorismo na Turquia”.³⁶⁴ Na verdade, o artigo 11 da Convenção fora violado, uma vez que “a dissolução do PS havia sido desproporcional ao objetivo procurado e, conseqüentemente, desnecessária em uma sociedade democrática.”³⁶⁵ Este veredicto foi alcançado *por unanimidade* por juízes reunidos em *Grande Câmara*.³⁶⁶

Valor notar que nos dois casos acima, o Tribunal também considerou que não havia necessidade de trazer o artigo 17 da Convenção à baila, conforme sugerido pelo governo. Isto porque não havia evidências que justificassem que a Convenção deveria encarregar-se de atividades ou realizar atos destinados à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades estabelecidos.³⁶⁷

O resultado, porém, foi diferente no caso *Refah Partisi (Partido da Prosperidade) e Outros versus Turquia*, referente à dissolução do Refah e à proibição de seus líderes de exercerem cargos em qualquer outro partido político. ***Este caso é importante por tornar claro que um partido político que quer introduzir uma pluralidade de sistemas legais, que não toma providências imediatas contra membros do partido que incitam o uso da força como arma política e que demonstra falta de respeito para com adversários políticos, não pode contar com a proteção da Convenção.***

Ao examinar se essa medida seria justificável segundo o artigo 11(2) da Convenção, o Tribunal Europeu concordou que ela era “***prevista em lei***” (a Constituição e a Lei n° 2820 sobre a regulamentação dos partidos políticos). Em vista da “importância do princípio do secularismo para o sistema democrático na Turquia”, o Tribunal também considerou que “***a dissolução do Refah seguia uma série de objetivos relacionados no Artigo 11, a saber, a proteção da segurança pública e nacional, a prevenção da desordem ou de delitos, e a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.***”³⁶⁸

³⁶⁴ Ibid., p. 1258-1259, par. 52.

³⁶⁵ Ibid., p. 1259, par. 54.

³⁶⁶ Ibid., p. 1262, lida em conjunto com a p. 1236.

³⁶⁷ Ibid., p. 1259, par. 53 e *Eur. Court HR, Case of the United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, judgment of 30 January 1998, Reports 1998-I, p.27, par. 60*. Sobre outros casos que levantaram questões similares contra a Turquia, vide *Eur. Court HR, Case of Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey, judgment of 8 December 1999, Reports 1999-VIII, p. 293* e *Eur. Court HR, Case of Yazar, Karatas, Aksoy and the People’s Labour Party (HEP) v. Turkey, judgment of 9 April 2002*; o texto encontra-se no site do Tribunal: <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc>. O artigo 11 também foi violado nestes dois casos.

O Artigo 17 da Convenção afirma: “Nenhum item desta Convenção poderá ser interpretado como implicando que qualquer Estado, grupo ou pessoa, tenha direito de participar de qualquer atividade ou de realizar qualquer ato que objetive a destruição de qualquer um dos direitos ou das liberdades aqui estabelecidos ou sua limitação em uma amplitude maior do que a prevista na Convenção”.

Disposições semelhantes encontram-se no artigo 5(1) do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos e no artigo 29(a) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.

³⁶⁸ *Eur. Court. HR, Case of Refah Partisi (Prosperity Party) and Others v. Turkey, judgment of 31 July 2001*; o texto utilizado foi o texto não editado encontrado no site do Tribunal, <http://hudoc.echr.coe.int/>, par. 39 e 42, ênfase acrescentada.

Com relação ao conceito de ser “*necessária em uma sociedade democrática*”, o Tribunal chamou a atenção para os seguintes princípios gerais, a partir dos quais ele aprofundou os seus pontos de vista sobre o papel da democracia e do estado de direito em um sistema de proteção dos direitos humanos:

“43. A Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos deve ser entendida e interpretada como um todo. Os direitos humanos formam um sistema integrado de proteção da dignidade humana; neste contexto, a democracia e o estado de direito exercem um papel primordial.

A democracia requer que o povo exerça um papel. Apenas instituições criadas pelo povo e para o povo podem ser investidas dos poderes e da autoridade do Estado; a lei estatutária deve ser interpretada e aplicada por um judiciário independente. Não pode haver democracia onde o povo de um país, mesmo por decisão majoritária, abra mão de seus poderes legislativo e judiciário em favor de uma entidade que não seja responsável perante o povo que governa, seja ela secular ou religiosa.

O estado de direito significa que todos os seres humanos são iguais perante a lei quanto aos seus direitos e obrigações. Contudo, a legislação precisa levar em conta as diferenças desde que as distinções entre pessoas e situações tenham um objetivo e justificativa razoáveis, almejem um objetivo legítimo e sejam proporcionais e coerentes com os princípios geralmente adotados pelas sociedades democráticas. No entanto, não se pode dizer que o estado de direito governa uma sociedade secular quando grupos de pessoas são discriminados unicamente por serem de outro sexo ou por terem outras crenças religiosas. Tampouco que o estado de direito impera onde sistemas legais totalmente diferentes são criados para tais grupos.”³⁶⁹

Referindo-se ao seu julgamento no caso *Partido Comunista Unido da Turquia*, o Tribunal confirmou seu ponto de vista de que “a democracia é, sem dúvida, uma característica fundamental da ‘ordem pública européia’” e que “uma das características principais da democracia é a possibilidade que oferece de resolver os problemas de um país através do diálogo, sem que se recorra à violência, mesmo que esses problemas sejam irritantes.”³⁷⁰ Portanto, o Tribunal assumiu o ponto de vista de que

“o partido político pode fazer campanha para mudar uma lei ou a base legal e constitucional do Estado sob duas condições: (1) os meios utilizados para tal fim devem ser legais e democráticos em todos os seus aspectos; (2) a mudança proposta precisa ser compatível com os princípios democráticos fundamentais. Conseqüentemente, é necessário que um partido político cujos líderes incitam o uso da violência, ou propõem uma política que não atende a uma ou mais regras

³⁶⁹ Ibid., par. 43.

³⁷⁰ Ibid., par. 45-46.

da democracia, ou visa a destruição da democracia e a violação dos direitos e liberdades propiciados pela democracia, não pode reivindicar a proteção da Convenção contra as penalidades impostas por esses motivos.”³⁷¹

O Tribunal também reiterou que o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião do artigo 9 da Convenção é “um dos alicerces de uma “sociedade democrática” de acordo com o sentido da Convenção”. O Tribunal acrescentou que “em sociedades democráticas, nas quais várias religiões coexistem na mesma população, talvez seja necessário colocar restrições a essa liberdade a fim de conciliar os interesses dos diversos grupos e assegurar que o credo de cada um seja respeitado...O papel do Estado como organizador neutro e imparcial da prática das diversas religiões, designações e credos leva à harmonia e à tolerância religiosa em uma sociedade democrática.”³⁷² Para ilustrar esse ponto de vista, o Tribunal evocou sua jurisprudência, segundo a qual

“em uma sociedade democrática, a liberdade de manifestar uma religião pode ser restrita a fim de assegurar a neutralidade do serviço do ensino público, um objetivo que contribui para proteger os direitos das outras pessoas, a ordem e a segurança pública... Da mesma forma, medidas tomadas em universidades seculares para garantir que certos movimentos religiosos fundamentalistas não perturbem a ordem pública ou minem a crença de outros, não constituem violações do Artigo 9... Da mesma forma, o Tribunal sustentou que impedir um oponente muçulmano do governo argelino de distribuir propaganda no território suíço foi necessário em uma sociedade democrática para proteger a segurança pública e nacional.”³⁷³

Com relação à situação na Turquia, o Tribunal confirmou que “o princípio do secularismo... é, sem dúvida, um dos princípios fundamentais do Estado, em harmonia com o estado de direito e respeito aos direitos humanos. Quaisquer condutas que deixem de respeitar esse princípio não podem ser aceitas como parte da liberdade de manifestação de uma religião e não são protegidas pelo Artigo 9 da Convenção.”³⁷⁴

Com relação ao caso específico do *Refah*, o governo alegou que a dissolução do partido “fora uma medida preventiva para proteger a democracia” uma vez que o partido “assumia ‘uma atitude ativamente agressiva e beligerante contra a ordem estabelecida’ e fazia ‘um esforço concentrado para impedi-la de funcionar bem’ para que pudesse destruí-la”.³⁷⁵ Os requerentes, por sua vez, negaram ter duvidado da “importância vital do princípio do secularismo” para a Turquia. O partido “esteve no poder de forma perfeitamente legal... de junho de 1996 a julho de 1997. O segundo requerente ... havia sido Primeiro Ministro durante esse mesmo período.”³⁷⁶

³⁷¹ Ibid., par. 47.

³⁷² Ibid., par. 49-51.

³⁷³ Ibid., par. 51.

³⁷⁴ Ibid., par. 52.

³⁷⁵ Ibid., par. 63.

³⁷⁶ Ibid., par. 54-55.

Ao avaliar a **necessidade** da dissolução do Refah, o Tribunal Europeu notou que as partes do processo concordavam “que a preservação do secularismo é necessária para a proteção do sistema democrático na Turquia. No entanto, elas **não** concordavam sobre o conteúdo, interpretação e aplicação do princípio do secularismo.”³⁷⁷ Assim como no caso do *Partido Socialista e Outros*, o Tribunal fundamentou sua avaliação nas declarações e afirmações políticas do presidente e dos líderes do Refah e não na constituição e no programa do partido. Essas afirmações, que o Tribunal Constitucional considerou que violavam o princípio do secularismo, enquadravam-se nas seguintes categorias:

- “as que indicavam que o Refah pretendia estabelecer uma pluralidade de sistemas legais, introduzindo a discriminação por motivo de credo”;
- “as que indicavam que o Refah queria aplicar a sharia à comunidade muçulmana”; e
- “aquelas baseadas nas referências feitas por membros do Refah à jihad (guerra santa) como método político”.³⁷⁸

Com relação à **primeira** categoria, o Tribunal concordou com o governo que “a proposta do Refah segundo a qual deveria haver uma pluralidade de sistemas legais iria introduzir em todos os relacionamentos legais uma distinção entre indivíduos com base na religião, categorizaria a todos de acordo com seu credo religioso e asseguraria direitos às pessoas não como indivíduos, mas sim de acordo com sua fidelidade a um movimento religioso. O Tribunal assumiu o ponto de vista de que tal modelo social não pode ser considerado compatível com o sistema da Convenção por dois motivos.”

“Em primeiro lugar, ele aboliria o papel do Estado como garantidor dos direitos e liberdades individuais e como organizador imparcial da prática dos diversos credos e religiões em uma sociedade democrática, uma vez que obrigaria os indivíduos a obedecer, não as regras estabelecidas pelo Estado no exercício de suas funções acima mencionadas, mas os princípios estáticos impostos pela religião em questão. O Estado, porém, tem a obrigação positiva de garantir que todas as pessoas em sua jurisdição desfrutem por completo, **e sem poder abrir mão**, dos direitos e liberdades garantidas pela Convenção...

Em segundo lugar, tal sistema violaria irrefutavelmente o princípio da não discriminação entre indivíduos no que se refere ao seu direito de desfrutar de liberdades públicas, que é um dos princípios fundamentais da democracia. Nenhuma diferença de tratamento entre indivíduos em quaisquer dos campos das leis públicas e privadas, de acordo com sua religião e credo, pode ser justificada nos termos da Convenção, e em especial do seu Artigo 14, que proíbe a discriminação. Tal diferença de tratamento não pode manter um equilíbrio justo entre, por um lado, as reivindicações de certos grupos religiosos que querem ser governados segundo suas próprias regras e, por outro lado, o interesse da

³⁷⁷ Ibid., par. 65, ênfase acrescentada.

³⁷⁸ Ibid., par. 68.

sociedade como um todo, que deve ser fundamentada na paz e na tolerância entre as várias religiões e credos.”³⁷⁹

Com relação à *segunda* categoria de afirmações, ou seja, as que dizem respeito à introdução da sharia, a lei islâmica, como lei comum e aplicável à comunidade muçulmana, o Tribunal considerou que:

“a sharia, que reflete fielmente os dogmas e regras divinos estabelecidos pela religião, é estável e invariável. Princípios como o pluralismo na esfera política ou a evolução constante das liberdades pública não têm lugar na sharia. O Tribunal observa que, quando lidas em conjunto, as afirmações ofensivas, que contêm referências explícitas à introdução da sharia, são difíceis de conciliar com os princípios fundamentais da democracia, conforme concebida na Convenção e tomadas como um todo. É difícil para a pessoa declarar respeito pela democracia e pelos direitos humanos e, ao mesmo tempo, apoiar um regime baseado na sharia, que diverge claramente dos valores da Convenção, especialmente com relação à sua lei penal e procedimentos criminais, suas regras sobre a condição legal da mulher e a maneira de intervir em todas as esferas da vida pública e privada de acordo com preceitos religiosos. Além disso, as afirmações concernentes ao desejo de fundar uma ‘ordem justa’ ou a ‘ordem da justiça’ ou ‘a ordem de Deus’, quando lidas no seu contexto, e embora se prestem a várias interpretações, têm como denominador comum o fato de que se referem a regras religiosas ou divinas para definir o regime político defendido por aqueles que assim se expressam. Revelam ambigüidade sobre a ligação desses defensores com qualquer ordem que não seja baseada nos preceitos religiosos. Na visão do Tribunal, um partido político cujas ações parecem ter como objetivo a introdução da sharia em um Estado membro da Convenção não pode ser considerado como uma associação que cumpre o ideal democrático que forma a base de toda a Convenção.”³⁸⁰

O Tribunal considerou, ainda, que “tomadas separadamente, as afirmações políticas feitas pelos líderes do Refah, especialmente sobre a questão dos lenços de cabeça islâmicos ou a organização do horário de trabalho do setor público para acomodar as orações, assim como alguns de seus atos, como a visita do Sr. Kazan, então Ministro da Justiça, a um membro do seu partido acusado de incitar o ódio alegando discriminação religiosa, ou a recepção oferecida pelo Sr. Erdogan a líderes dos diversos movimentos islâmicos, não constituíam uma ameaça iminente ao regime secular da Turquia. No entanto, o Tribunal considerou convincente o argumento do governo de que esses atos e afirmações políticas seriam coerentes com o objetivo não declarado do Refah de estabelecer um regime político baseado na sharia.”³⁸¹

³⁷⁹ Ibid., par. 70, ênfase acrescentada.

³⁸⁰ Ibid., par. 72.

³⁸¹ Ibid., par. 73.

Com relação à *terceira* categoria de afirmações, ou seja, aquelas referentes ao conceito de jihad, o Tribunal declarou que, embora fosse verdade “que os líderes do Refah não incitassem, nos documentos governamentais, o uso da força e da violência como arma política, eles não tomaram nenhuma providência prática para se distanciarem dos membros do Refah que se manifestaram publicamente aprovação do possível do uso da força contra políticos adversários. Conseqüentemente, os líderes do Refah não afastaram a ambigüidade das declarações sobre a possibilidade de se ter que recorrer a métodos violentos para obter o poder e mantê-lo.”³⁸²

Com relação a comentários específicos feitos por um Membro do Parlamento da província de Ancara, que “revelaram ódio profundo por aqueles que considerava serem antagônicos ao regime islâmico”, o Tribunal alegou que:

“quando a conduta ofensiva alcança alto nível de insultos e chega perto da negação da liberdade de religião de outros, ela perde o direito à tolerância da sociedade.”³⁸³

Desta forma, o Tribunal concluiu que “os comentários ofensivos e afirmações políticas feitos pelos líderes do Refah formavam um todo, apresentando um quadro bastante claro de um modelo de Estado e sociedade organizado de acordo com regulamentos religiosos, concebido e proposto pelo Refah.” Além disso, “os objetivos políticos do Refah não eram nem teóricos e nem ilusórios, mas alcançáveis” à luz do grande número de Membros do Parlamento que eles tinham por ocasião da dissolução do partido (quase um terço dos assentos na Grande Assembléia Nacional Turca) e experiências passadas que demonstraram que movimentos políticos baseados no fundamentalismo religioso foram capazes de tomar o poder.³⁸⁴

Dadas todas essas considerações, o Tribunal concluiu que:

“a penalidade imposta aos requerentes pode razoavelmente ser considerada como tendo atendido ‘uma necessidade social premente’ na medida em que os líderes do Refah, sob o pretexto de que estavam redefinindo o princípio do secularismo, haviam declarado a sua intenção de estabelecer uma pluralidade de sistemas legais e introduzir a lei islâmica (sharia), tendo adotado uma postura ambígua com relação ao uso da força para chegar ao poder e retê-lo. Assume-se o ponto de vista de que, embora a margem de avaliação dos Estados tenha que ser limitada no que concerne à dissolução de partidos políticos, uma vez que o pluralismo de idéias é, em si, parte inerente da democracia, o Estado poderá, razoavelmente, evitar a execução de tal política, que é incompatível com as disposições da Convenção, antes que seja feita uma tentativa de implantá-la por meio de medidas concretas que possam prejudicar a paz civil e o regime democrático do país.”³⁸⁵

³⁸² Ibid., par. 74.

³⁸³ Ibid., par. 75.

³⁸⁴ Ibid., par. 76-77.

³⁸⁵ Ibid., par. 81.

Finalmente, ao decidir se a dissolução do Refah era proporcional ao objetivo legítimo pretendido, o Tribunal declarou

“que a dissolução de um partido político acompanhada da proibição de seus líderes de exercerem responsabilidades políticas era uma medida drástica e que medidas de tal severidade somente poderiam ser aplicadas nos casos mais graves... No presente caso, foi constatado que a interferência em questão atendia uma ‘necessidade social premente’. Deve-se, também, atentar para o fato de que após a dissolução do Refah, apenas cinco de seus Membros do Parlamento (inclusive os requerentes) perderam temporariamente o direito a seus cargos parlamentares e seus papéis como líderes de um partido político. Os 152 Membros do Parlamento restantes mantiveram seus assentos no Parlamento e continuaram normalmente as suas carreiras políticas. Além disso, os requerentes não alegaram que o Refah ou seus membros haviam sofrido danos pecuniários consideráveis por causa da transferência de seus bens para o Tesouro. O Tribunal considera, a esse respeito, que a natureza e a gravidade da interferência também devem ser considerados quando da avaliação de sua proporcionalidade.”³⁸⁶

Desta forma, o Tribunal se convenceu de que a interferência objeto da reclamação “não havia sido desproporcional aos objetivos legítimos pretendidos”. Concluiu-se que não houve violação do artigo 11.³⁸⁷ Essa decisão foi tomada por uma Câmara do Tribunal pela maioria de quatro votos a três.

A democracia é uma característica fundamental da ordem pública europeia e o único modelo político compatível com a Convenção Europeia Sobre os Direitos Humanos. Não existe democracia quando o povo de um Estado, mesmo por decisão da maioria, pode abrir mão de seus poderes legislativos e judiciários em favor de uma entidade, seja ela secular ou religiosa, que não seja responsável perante o povo que governa. Em uma sociedade democrática, o Estado é o garantidor máximo do princípio do pluralismo. É também o garantidor dos direitos individuais e liberdades e organizador imparcial da prática dos diversos credos e religiões na sociedade. Isto significa que o Estado precisa assegurar que cada indivíduo de sua jurisdição desfrute plenamente dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção. Ninguém pode renunciar a esses direitos e liberdades. O estado de direito possui um papel fundamental na sociedade democrática. Isto significa, por exemplo, que todos os seres humanos são iguais perante a lei em seus direitos e em seus deveres, portanto não poderá haver discriminação entre eles. Os partidos políticos são uma forma de associação essencial para uma sociedade democrática, sendo protegidos pelo artigo 11 da Convenção Europeia Sobre os Direitos Humanos. O direito de liberdade de associação dos partidos políticos deve, também, ser

³⁸⁶ Ibid., par. 82.

³⁸⁷ Ibid., par. 83-84.

considerado à luz do direito à religião, ao pensamento, opinião e expressão conforme garantido pelos artigos 9 e 10 da Convenção Européia. Isto decorre do papel essencial exercido pelos partidos políticos para assegurar o pluralismo e o funcionamento da democracia.

Tendo em vista a importância do papel exercido pelos partidos políticos em uma sociedade democrática, somente razões convincentes e inquestionáveis podem justificar restrições à sua liberdade de associação. Isto significa que os Estados Contratantes têm uma margem estreita de avaliação para decidir sobre a necessidade de restrição do exercício deste direito e que a supervisão européia correspondente é rigorosa. Quaisquer restrições sobre o exercício dos direitos constantes, entre outros, dos artigos 9 a 11 da Convenção precisam, em outras palavras, ser ditadas pelas prementes necessidades sociais de uma ordem constitucional democrática.

Uma das principais características da democracia é a possibilidade que ela oferece de se resolver os problemas de um país por meio do diálogo e sem que se tenha que recorrer à violência. A democracia floresce com a liberdade de expressão generosamente reconhecida e aplicada. Não pode haver, portanto, qualquer justificativa para que não se permita que os partidos políticos busquem o debate público sobre questões de interesse geral, contanto que o façam de acordo com as regras democráticas.

O fato de que a constituição e o programa de um partido político possam ser considerados incompatíveis com os princípios e estruturas de um Estado Contratante não o torna incompatível com as regras da democracia conforme entendidas pela Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos.

Partidos políticos que, em suas constituições, programas ou atividades, procuram introduzir uma pluralidade de sistemas legais, professam ou deixam de rejeitar a violência como objetivos políticos, e demonstram desrespeito e ódio pelos adversários políticos não desfrutarão da proteção da liberdade de associação garantida pelo artigo 11 da Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos.

4.5.4. O direito do advogado à liberdade de reunião

O direito à liberdade de reunião foi a questão do caso *Ezelin versus France (Ezelin versus França)*, em que uma sanção disciplinar na forma de reprimenda foi imposta ao requerente, um advogado (“avocat”), por haver participado de uma manifestação contra duas sentenças em resposta a um apelo da Associação Comercial da Ordem dos Advogados de Guadalupe, da qual, na ocasião, o requerente era vice-presidente. A manifestação tornou-se violenta, embora o requerente em si não estivesse envolvido em qualquer incidente violento. A sanção foi-lhe imposta “porque ele não se dissociou dos incidentes de violência ocorridos durante a manifestação”. Ele argumentou perante o Tribunal Europeu que seus direitos segundo os artigos 10 e 11 da Convenção haviam sido violados.³⁸⁸

³⁸⁸ Eur.Court HR, Case of Ezelin v. France, judgment of 26 April 1991, Series A, vol. 202, p.8, para. 9-10 e p. 22, par. 47

O Tribunal observou no início que, “apesar de seu papel autônomo e da esfera de aplicação particular, o Artigo 11 deve, no caso em pauta, ser considerado também à luz do Artigo 10, uma vez que a proteção das opiniões pessoais, asseguradas pelo Artigo 10, é um dos objetivos da liberdade de reunião pacífica instituída no Artigo 11.”³⁸⁹

O Tribunal reconheceu, então, que a medida objeto da reclamação havia sido “*prevista em lei*”, ou seja, o Decreto de 9 de junho de 1972 que regula a profissão de *avocat* e institui a Lei de 31 de dezembro de 1971, reformando determinadas profissões jurídicas e de atuação em tribunais, e fora imposta na busca de um *objetivo legítimo*, ou seja, a “prevenção da desordem”.³⁹⁰ Mas, esse objetivo legítimo era *necessário em uma sociedade democrática*? O governo alegou que sim, “tendo em vista principalmente a posição do Sr. Ezelin como *avocat* e o ambiente local”. Ao deixar de desaprová-los os incidentes violentos ocorridos durante a demonstração, o requerente havia, na opinião do governo, aprovado-as por isso mesmo. O governo alegou, também, que “era imprescindível que as instituições judiciais reagissem a comportamentos que, por parte de um “funcionário de tribunal” ... prejudicavam seriamente a autoridade do judiciário e o respeito pelas sentenças emitidas.”³⁹¹

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos não concordou. Ele examinou a sanção disciplinar imposta ao Sr. Ezelin “à luz do caso como um todo, a fim de estabelecer particularmente se era proporcional ao objetivo legítimo almejado, considerando a especial importância da liberdade de reunião pacífica e liberdade de expressão, intimamente ligadas neste caso”. O Tribunal acrescentou que

“O princípio de proporcionalidade exige que haja um equilíbrio entre os requisitos dos objetivos relacionados no Artigo 11 parágrafo 2 e os da livre expressão de opinião por meio de palavras, gestos ou até de silêncio de pessoas reunidas nas ruas ou em outros locais públicos. A busca de um equilíbrio justo não pode resultar em que *avocats* sejam dissuadidos, por medo de sanções disciplinares, de tornar claras as suas opiniões em tais ocasiões.”³⁹²

O Tribunal observou que no caso em pauta a penalidade imposta ao requerente havia sido, reconhecidamente, “a última na escala de penalidades disciplinares” previstas na lei pertinente e que “tivera principalmente força moral, uma vez que não envolvia quaisquer proibições, nem mesmo temporárias, quanto à prática da profissão ou como membro do Conselho da Ordem dos Advogados.” No entanto, o Tribunal considerou que,

“a liberdade de tomar parte em uma assembleia pacífica – neste caso uma demonstração que não havia sido proibida – tem tamanha importância que não pode ser restringida de qualquer maneira, nem mesmo para um *avocat*, desde que

³⁸⁹ Ibid., p. 20, par. 37.

³⁹⁰ Ibid., p. 21-22, par. 43-47.

³⁹¹ Ibid., p. 22, par. 49.

³⁹² Ibid., p. 23, par. 51-52.

a pessoa em questão não cometa, ela própria, qualquer ato repreensível nessa ocasião.”³⁹³

Como a sanção objeto da reclamação, embora mínima, não parecia “necessária em uma sociedade democrática”, ela violava o artigo 11 da Convenção.³⁹⁴

O direito de liberdade de reunião garantido pelo artigo 11 da Convenção Européia Sobre os Direitos Humanos deve também ser assegurado a advogados, desde que não tenham cometido qualquer ato repreensível.

Existem situações que exigem que o artigo 11 seja considerado também à luz da proteção das opiniões pessoais garantidas pelo artigo 10 da Convenção, pois tal proteção é um dos objetivos da liberdade de reunião pacífica.

O princípio da proporcionalidade, uma das condições estabelecidas no artigo 11(2) para a imposição de restrições ao exercício da liberdade de reunião, requer que se chegue a um equilíbrio entre, por um lado, os requisitos dos objetivos legítimos nele citados e, por outro lado, os requisitos da liberdade de expressão de opinião por meio de palavras, gestos ou até de silêncio de pessoas reunidas nas ruas ou em outros locais públicos.

5. O Papel de Juízes, Promotores e Advogados de Assegurar a Proteção da Liberdade de Pensamento, Consciência, Religião, Opinião, Expressão, Associação e Reunião

Este capítulo ressaltou alguns dos principais aspectos das liberdades fundamentais de pensamento, consciência, religião, opinião, expressão, associação e reunião. Essas liberdades constituem os alicerces da vida de todos os seres humanos e da sociedade como um todo, que depende dessas liberdades para o seu funcionamento adequado e eficiente. Elas não apenas são relevantes como também essenciais para as próprias profissões jurídicas, uma vez que estas dependem de tais liberdades para poderem exercer suas tarefas diárias de forma independente, imparcial e eficaz.

Porém, como este capítulo também demonstrou, o gozo da liberdade de consciência, religião, opinião, expressão, associação, reunião e de outras liberdades é frágil muitas vezes, mesmo em países com um registro bastante aceitável de direitos humanos. É, portanto, imprescindível, que juízes, promotores e advogados em todas as

³⁹³ Ibid., p. 23, par. 53.

³⁹⁴ Ibid., loc. cit.

sociedades se conscientizem da importância de protegê-las de forma eficiente. Embora o exercício de algumas liberdades possa estar sujeito a limitações, quando necessárias para certos propósitos legítimos, as profissões jurídicas estão em posição de obter um indispensável – porém justo – equilíbrio entre, por um lado o interesse do indivíduo de desfrutar de sua liberdade e, por outro, o interesse geral da sociedade em possibilitar que todos os seres humanos possam desfrutar do respeito por essas mesmas liberdades. A grande quantidade de jurisprudência internacional nesta área, parte da qual foi analisada neste capítulo, oferece às profissões jurídicas uma orientação valiosa a esse respeito.

6. Comentários Finais

As liberdades de pensamento, consciência, religião, opinião, expressão, associação e reunião abrangem todos ou praticamente todos os aspectos da vida, tanto dos indivíduos como da sociedade. Assegurar a total e efetiva proteção destas liberdades para todos, sem discriminação, significa permitir divergências de opiniões e idéias que podem enriquecer não só nossas vidas pessoais, como também a vida da sociedade. Além disso, ajuda a estimular o maior entendimento e respeito entre pessoas de diferentes opiniões, credos e convicções religiosas. Nem sempre as pessoas compartilham de um ponto de vista, fé religiosa ou opiniões sobre vários assuntos de outros, podendo até mesmo achá-los repulsivos ou inaceitáveis. Mas, ao permitir o livre fluxo de informações e intercâmbio de pontos de vista, idéias e informações, a sociedade permite que pessoas com todo o tipo de opinião participem ativamente nas questões de interesse geral. O estabelecimento efetivo dessas liberdades é, portanto, condição essencial para uma sociedade em que as pessoas possam viver com tolerância, paz e segurança.

Além disso, a proteção eficaz da liberdade de opinião, expressão, associação e reunião é indispensável para permitir que as pessoas possam defender seus direitos humanos perante tribunais nacionais e internacionais ou outras autoridades competentes e, também, para permitir que outros possam exercer um papel na contribuição para a promoção e proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Nesse sentido, vale notar que quase sempre as violações dos direitos humanos envolvendo tortura, prisões arbitrárias, processos judiciais injustos e execuções extrajudiciais têm sua origem na intolerância das opiniões e credos dos outros. Seria, assim, um passo importante em direção ao aprimoramento da história dos direitos humanos se todos os Estados garantissem o exercício total e efetivo das liberdades fundamentais tratadas neste capítulo.



..... **Capítulo 13**
O DIREITO A IGUALDADE
E NÃO-DISCRIMINAÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Objetivos do Aprendizado

- *Familiarizar os participantes com a noção de igualdade perante a lei e com o princípio da não-discriminação, conforme entendimento da lei internacional de direitos humanos.*
- *Ilustrar a forma como esses princípios estão sendo aplicados na prática, em níveis regionais e universais.*
- *Identificar alguns grupos que possam ser particularmente vulneráveis a tratamento discriminatório.*

Esclarecer quais os procedimentos legais, as medidas e/ou ações que juízes, promotores e advogados devem tomar, a fim de salvaguardar a noção de igualdade perante a lei e o princípio da não-discriminação.

Perguntas

- *Como você definiria “discriminação e/ou desigualdade” de tratamento?*
- *Como a noção de igualdade perante a lei e o princípio da não-discriminação são protegidos no país no qual você trabalha?*
- *Você já presenciou casos de discriminação em sua vida profissional?*
- *Há alguns grupos específicos que sejam vulneráveis no país no qual você trabalha?*
- *Se houver, quais são eles e de que forma são discriminados?*
- *No país em que você trabalha, há problemas específicos de discriminação referente a sexo?*
- *Se houver, quais são eles?*
- *Que medidas você pode tomar como profissional da área jurídica para proteger o direito de igualdade de todos perante a lei e assegurar o direito de indivíduos e grupos para que eles não sejam sujeitos a discriminação?*

Documentos Legais Importantes

Documentos Universais

- Carta das Nações Unidas, 1945
 - Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1966
 - Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966
 - Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, 1965
 - Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979
 - Convenção sobre os Direitos da Criança, 1989
 - Estatuto do Tribunal Internacional para a Ex-Iugoslávia, 1993
 - Estatuto do Tribunal Internacional para Ruanda, 1994
 - Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 1998
 - As Quatro Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949
 - Os Protocolos de 1977 Adicionais às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949¹
- *****
- Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948
 - Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação com base em Religião ou Credo, 1981
 - Declaração sobre os Direitos de Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, 1992

Documentos Regionais

- Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, 1981
- Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança, 1990
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969
- Convenção Interamericana sobre Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher, 1994

¹ Para documentos jurídicos adicionais referentes à discriminação, ver: *Trainers' Guide*, Anexo II – Nota informativa nº 1.

- Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Deficientes, 1999
- Convenção Européia sobre Direitos Humanos, 1950
- Carta Social Européia, 1961, e Carta Social Européia (Alterada), 1996
Convenção Estrutural para a Proteção das Minorias Nacionais, 1995 **Documentos Universais**
- Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1966
- Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966
- Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, 1965
- Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, 1984
- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulheres, 1979
- Convenção sobre os Direitos das Crianças, 1989

Documentos Regionais

- Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, 1981
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969
- Convenção Interamericana de Prevenção e Punição da Tortura, 1985
- Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, 1994
- Convenção Européia sobre Direitos Humanos, 1950
- Carta Social Européia de 1961 e Carta Social Européia (Revisada) de 1996

1. Introdução

1.1 Discriminação: Violação grave e persistente dos direitos humanos

A despeito do progresso sem precedentes, em nível internacional, na intensificação da proteção jurídica a indivíduos e grupos de indivíduos contra a discriminação, relatos de todas as partes do mundo confirmam o fato de que atos e práticas discriminatórios não são apenas lembranças do passado. A discriminação apresenta várias facetas e se faz presente não apenas no Estado ou em estruturas públicas, mas também na sociedade civil em geral. Em maior ou menor intensidade, a discriminação pode, assim, afetar o modo como as pessoas são tratadas em todos os âmbitos da sociedade, tais como política, educação, emprego, serviços médicos e sociais, moradia, sistema penitenciário, cumprimento da lei e administração da justiça em geral.

A discriminação pode ser causada por diferentes fatores e pode afetar pessoas de diferentes origens raciais, étnicas, nacionais ou sociais, tais como comunidades de origem asiática ou africana, cigana, povos indígenas, aborígenes e pessoas pertencentes a diferentes castas. Pode ser, também, dirigida a pessoas de origens culturais, linguísticas ou religiosas diversas, deficientes ou idosos e, por exemplo, pessoas portadoras do vírus HIV ou com AIDS. Além disso, pessoas podem ser discriminadas por causa de sua conduta ou preferências sexuais.

A discriminação com base no sexo também é usual, apesar do progresso alcançado em muitos países. Ainda existem leis que, *inter alia*, negam às mulheres o direito de representar bens matrimoniais, o direito de herdar em iguais condições às dos homens e o direito de trabalhar e viajar sem a permissão de seus maridos. As mulheres também são particularmente suscetíveis a práticas violentas e abusivas, práticas essas que continuam a existir em muitos países, e dessa forma estão frequentemente sujeitas a uma discriminação dupla, tanto por causa de sua raça ou origem quanto pelo fato de serem mulheres.

Um problema crucial, no mundo de hoje, é também a discriminação à qual inúmeras pessoas, especialmente mulheres e crianças, estão sujeitas por viverem na pobreza ou em extrema pobreza. Essas circunstâncias podem forçá-las a migrar e têm contribuído para o crescimento do tráfico de pessoas, particularmente mulheres e crianças, as quais estão, também, frequentemente sujeitas a abuso físico, violência e intimidação.

Muitos países europeus, particularmente, têm sofrido um aumento alarmante nos ataques racistas e xenofóbicos contra exilados e estrangeiros em geral, por neonazistas e outros grupos compostos, principalmente, de pessoas jovens. Entretanto, tais ataques têm sido cometidos não apenas contra pessoas de origem estrangeira, mas também contra aqueles

que ousam contestar a legitimidade dos atos cometidos pelos grupos envolvidos e a filosofia discriminatória ou dominante que eles representam. Tais filosofias e outros pretextos para o tratamento discriminatório estão entre as causas fundamentais do trágico aumento, durante a última década, dos fluxos de refugiados e refugiados internos.

Conforme mostrado na Conferência Mundial contra o Racismo em Durban, África do Sul, em 2001, o desafio que governos, organizações não-governamentais e sociedade civil enfrentam para lutar contra a maré da discriminação é considerável e requer esforços sérios, efetivos e conjuntos por parte de todos os envolvidos.

1.2 O papel dos juízes, promotores e advogados na proteção de pessoas contra a discriminação

Juízes, promotores e advogados, naturalmente, têm um papel fundamental a exercer no que se refere à proteção de pessoas contra a discriminação. Sua tarefa é cuidar para que as leis e os regulamentos existentes, que proíbem a discriminação, sejam respeitados na prática jurídica. Em alguns países, a discriminação é proibida por lei, mas as leis não são impostas adequadamente. Juízes, promotores e advogados exercem papel crucial no reparo dessas situações, assegurando que a impunidade por atos discriminatórios não seja tolerada, que tais atos sejam devidamente investigados e punidos, e que as vítimas tenham soluções efetivas a seu dispor. Em situações nas quais a lei nacional sobre discriminação é inexistente ou obscura, as profissões da área do direito podem se valer de instrumentos jurídicos internacionais, inclusive, e particularmente, da jurisprudência relativamente rica já existente, partes da qual serão revistas abaixo.

1.3 Apanhado geral da história jurídica internacional

O direito a igualdade e não-discriminação não foi facilmente aceito pela comunidade internacional. Durante a Conferência de Paris de 1919, realizada logo após a Primeira Guerra Mundial, o Japão trabalhou intensivamente para que o princípio da igualdade racial fosse inserido no Pacto da Liga das Nações. Embora a maioria dos membros da Comissão da Conferência (onze de dezessete) votasse a favor da proposta japonesa, o Presidente Wilson dos Estados Unidos “repentinamente declarou, da presidência, que a emenda havia sido rejeitada”. Apesar dos protestos vigorosos por parte de vários representantes contra essa rejeição da emenda, o Presidente Wilson insistiu, para grande desapontamento da delegação japonesa, que a emenda não tinha sido adotada.² Logicamente, o Pacto da Liga nem mesmo continha qualquer referência expressa ao princípio da igualdade entre Estados.³

² Paul Gordon Lauren, *Power and Prejudice – The Politics and Diplomacy of Racial Discrimination*, 2ª ed. (Boulder/Oxford, Westview Press), págs. 99-100, e, em geral, na questão relativa à discriminação racial, Capítulo 3º sobre “Igualdade Racial Exigida – e Rejeitada”.

³ Ver Keba Mbaye, “Art. 2º, § 1º”, *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article*, 2ª ed., Jean-Pierre Cot and Alain Pellet, eds. (Paris, ECONOMICA, 1991), pág. 83.

Progresso foi feito, entretanto, durante a elaboração da Carta das Nações Unidas, novamente após outra guerra mundial, de horror indescritível, que teve sua origem em práticas discriminatórias deliberadas e cuidadosamente sistematizadas, que envolveram estruturas inteiras do Estado. O mundo não poderia fechar os olhos, por mais tempo, a tais práticas vis e à ameaça que elas representavam para a paz.

No segundo parágrafo introdutório da Carta das Nações Unidas, os povos da Organização expressam sua decisão

“de reafirmar a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano, nos direitos iguais de homens e mulheres, e das nações, grandes ou pequenas”.

De acordo com os artigos (sic) 1º(2) e (3) da Carta, os propósitos das Nações Unidas são, *inter alia*, “desenvolver relações amigáveis entre as nações, com base no respeito pelo princípio dos direitos iguais e da autodeterminação dos povos” e

“obter cooperação internacional na resolução de problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, **e na promoção e encorajamento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião**” (grifos nossos).

Enquanto o artigo 2º(1) confirma expressamente que “a Organização está fundamentada no princípio da igualdade absoluta de todos os seus Membros”, o princípio da não-discriminação no cumprimento dos direitos humanos é reafirmado nos artigos 13(1)(b), 55(c) e 76(c). A Carta das Nações Unidas atesta o fato de que a paz e a segurança nacional dependem, em grande escala, “do respeito e do cumprimento universal dos direitos humanos e da liberdade fundamental para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (Art. 55(c)).

O que se pode chamar, com uma certa razão, de direito constitucional internacional está, assim, solidamente fundamentado tanto nos princípios de **igualdade entre os Estados quanto na igualdade do valor de todos os seres humanos**; mas apenas o último princípio será tratado neste capítulo.

1.4 O objetivo do presente capítulo

O objetivo do presente capítulo não permite uma análise profunda sobre o extenso, complexo e multiforme tema da discriminação. O objetivo é mais propriamente fornecer às profissões da área do direito uma breve descrição das cláusulas jurídicas mais importantes a respeito do direito a igualdade e não-discriminação na lei internacional geral dos direitos humanos, e, então, concentrar em alguns dos aspectos mais relevantes dos julgamentos, pareceres e comentários dos órgãos supervisores internacionais. **O propósito final é sensibilizar juízes, promotores e advogados quanto a alguns dos inúmeros aspectos do tratamento desigual e discriminatório existente para com as**

peças e, por meio disso, também fornecer uma estrutura jurídica básica para seus trabalhos futuros em nível interno.

2. Cláusulas Jurídicas Universais Seleccionadas que Garantem o Direito a Igualdade perante a Lei e o Direito a Não-discriminação

2.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948

Em seguida à proibição da discriminação com base em *raça, sexo, língua e religião* contida na Carta das Nações Unidas, a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, juntamente com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio de 1948, foi o próximo passo importante na consolidação legal do princípio da igualdade perante a lei e na consequente proibição da discriminação.

O artigo 1º da Declaração Universal estabelece que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, enquanto que, de acordo com o artigo 2º:

“Todos têm os mesmos direitos e liberdades previstos nesta Declaração, sem nenhuma distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, bens, nascimento ou outra condição. Ademais, nenhuma distinção deverá ser feita com base na condição política, jurisdicional ou internacional do país ou território ao qual uma pessoa pertença, quer ele seja independente, fiduciário, não tenha autonomia de governo, quer haja qualquer outro fator limitante de sua soberania nacional.”

Quanto ao direito a igualdade, o artigo 7º da Declaração Universal estipula que:

“Todos são iguais perante a lei e têm os mesmos direitos a igual proteção da lei, sem discriminação de natureza alguma. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole essa declaração e contra qualquer incentivo a tal discriminação.”

É notável o fato de que, o artigo 2º da Declaração Universal proíbe “*distinção de qualquer natureza*” (grifos nossos), o que poderia ser entendido com o significado de que absolutamente nenhuma distinção pode ser legalmente tolerada. No entanto, como será visto abaixo, tal interpretação restritiva não foi adotada pelos órgãos supervisores internacionais.

2.2 Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, 1948

No artigo 1º da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, “as Partes Contratantes confirmam que genocídio, praticado tanto em tempo de paz como em tempo de guerra, é um crime previsto no direito internacional, que elas se comprometem a prevenir e punir”. O artigo 2º (a) – (e) enumera atos considerados como genocídio, ou seja, cometidos “com o intuito de destruir, por inteiro ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”. Esses atos são:

- matar membros do grupo;
- causar danos corporais ou mentais graves a membros do grupo;
- infligir deliberadamente ao grupo condições de vida com o intuito de causar sua destruição física, por inteiro ou em parte;
- impor medidas com a intenção de impedir nascimentos dentro do grupo;
- transferir forçosamente crianças do grupo para outro grupo.

Os seguintes atos são puníveis, segundo o artigo 3º(a) – (e) da Convenção sobre Genocídio:

- genocídio;
- conspiração para cometer genocídio;
- incentivo direto e público para cometer genocídio;
- tentativa de cometer genocídio; e
- cumplicidade no genocídio.

Definição idêntica do termo genocídio está contida no artigo 6º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional,⁴ no artigo 4º(2) do Estatuto do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia e no artigo 2º(2) do Estatuto do Tribunal Internacional para Ruanda. Em desacordo com o artigo 6º do Estatuto de Roma, o artigo 4º(3) e o artigo 2º(3), respectivamente, dos Estatutos dos dois Tribunais, contêm a mesma lista de atos puníveis da Convenção sobre Genocídio.

Embora o genocídio seja a maior negação do direito a igualdade, ele não será mais tratado neste capítulo, que tece considerações sobre as formas de discriminação mais comuns que afrontam a maioria das sociedades. Adequado se faz adicionar a este

⁴ Ver, por exemplo, doc. das Nações Unidas A/CONF.183/9. O Estatuto entrou em vigor em 1º de julho de 2002.

contexto o fato de que, em 2 de agosto de 2001, no caso *Radislav Krstic*, o Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia declarou o General culpado de genocídio, após a queda da Srebrenica, na Bosnia, e da Herzegovina, em julho de 1995.⁵ Ele foi também condenado por outros crimes graves, como assassinato, e recebeu sentença de 46 anos de prisão. Esse veredito foi significativo, pois foi a primeira vez que o Tribunal condenou alguém por genocídio.

2.3 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1966

O direito a igualdade e liberdade de discriminação é protegido por várias cláusulas do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.⁶ Primeiramente, no artigo 2º(1), cada Estado parte

“compromete-se a respeitar e assegurar a todos os indivíduos, dentro de seu território e sob sua jurisdição, os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem nenhuma espécie de distinção quanto a raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, bens, nascimento ou outra condição”.

O artigo 26 do Pacto é o alicerce da proteção contra a discriminação. Ele dita:

“Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm o mesmo direito a igual proteção da lei, sem discriminação de natureza alguma. A esse respeito, a lei deverá proibir qualquer discriminação e garantir, a todas as pessoas, proteção igual e efetiva contra a discriminação em razão de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, bens, nascimento ou outra condição.”

Em desacordo com o artigo 2º(1), que está ligado aos direitos reconhecidos pelo Pacto, o artigo 26 estipula “um direito autônomo” de igualdade e “proíbe a discriminação na lei ou, na verdade, em qualquer área regulamentada e protegida pelas autoridades públicas”.⁷

O artigo 20(2) obriga Estados partes a proibir, por lei, qualquer “culto ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incentivo à discriminação, à hostilidade ou à violência”.

A igualdade de sexo é enfatizada no artigo 3º, segundo o qual os Estados partes “se comprometem a assegurar igual direito a homens e mulheres de usufruir de

⁵ Para o texto do julgamento ver: <http://www.un.org/icty/krstic/TrialC1/judgement/>

⁶ Quanto à questão da não-discriminação, ver o Comentário Geral nº 18 do Comitê de Direitos Humanos no doc. das Nações Unidas HRI/GEN/1/Rev. 5, *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*, págs. 134-137 (doravante chamado de *United Nations Compilation of General Comments*).

⁷ Id., pág. 136, § 12.

todos os direitos civis e políticos estabelecidos no presente Pacto”.⁸

O artigo 14(1) estipula que “todas as pessoas são iguais perante as cortes e os tribunais”, o que é uma garantia importante que pode, em certos casos, obrigar os Estados a fornecer assistência judiciária, a fim de, por exemplo, assegurar procedimentos judiciais justos a indigentes. Além disso, o artigo 14(3) estipula que “na decisão judicial de qualquer acusação criminal contra eles, todos terão direito ... em completa igualdade” às mínimas garantias enumeradas naquele documento.

O artigo 25 garante igual participação na vida pública a todo cidadão, “sem nenhuma das distinções mencionadas no artigo 2º e sem restrições não-razoáveis”.⁹

Finalmente, o artigo 27 do Pacto assegura proteção expressa às *minorias étnicas, religiosas e linguísticas*. De acordo com o artigo 27,

“a pessoas pertencentes a tais minorias não será negado o direito, em comunhão com os outros membros de seu grupo, de usufruir de sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião ou usar sua própria língua”.¹⁰

2.4 Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966

No artigo 2º(2) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados partes se comprometem a

“garantir que os direitos anunciados no presente Pacto sejam exercidos sem nenhuma discriminação quanto a raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, nascimento ou outra condição”.

Em sintonia com os termos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, os Estados partes do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos também se comprometem a, de acordo com o artigo 3º,

“assegurar a homens e mulheres o mesmo direito de gozar de todos os direitos econômicos, sociais e culturais estabelecidos no presente Pacto”.

⁸ Id., Comentário Geral nº 28 (Igualdade de direitos entre homens e mulheres), págs. 168-174.

⁹ Id., Comentário Geral nº 25(Art. 25), págs. 157-162.

¹⁰ Id., ver também Comentário Geral nº 23 (Art. 27), págs. 147-150.

O princípio da não-discriminação está também contido no artigo 7º(a)(i), o qual garante “salários justos e igual remuneração por trabalho de igual valor, sem nenhuma distinção, garantindo particularmente às mulheres condições de trabalho não inferiores àquelas usufruídas pelos homens, com o mesmo pagamento para trabalho equivalente”. Finalmente, o artigo 7º(c) do Pacto assegura “igual oportunidade a todos de serem promovidos em seus empregos a um nível superior apropriado, independentemente de outras considerações que não sejam senioridade e competência”.¹¹

2.5 Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, 1965

Pelos desígnios da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, “o termo ‘discriminação racial’ significa”, de acordo com o artigo 1º(1),

“qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou a capacidade de anular ou prejudicar o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em iguais condições, dos direitos humanos e da liberdade fundamental na vida política, econômica, social, cultural **ou em qualquer outra área da vida pública**” (grifos nossos).

A Convenção, entretanto, não “se refere a distinções, exclusões, restrições ou preferências feitas por um Estado parte ... entre cidadãos e não-cidadãos” (art. 2º), e nada na Convenção “pode ser interpretado de modo a afetar, de forma alguma, as cláusulas jurídicas dos Estados partes no que se refere a nacionalidade, cidadania ou naturalização, **desde que tais cláusulas não discriminem nenhuma nacionalidade específica**” (art. 3º; grifos nossos). Também vale notar que a Convenção é apenas aplicável à discriminação que ocorre na “área da vida pública” e que, em princípio, não se estende à discriminação que ocorre a particulares.

¹¹ Quanto às opiniões do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais relativas à discriminação, ver, *inter alia*, os seguintes comentários gerais em *United Nations Compilation of General Comments*: Comentário Geral nº 3 (A natureza das obrigações dos Estados partes (art. 2(1)), págs. 18-21; Comentário Geral nº 4 (O direito a moradia adequada (art. 11(1)), págs. 22-27; Comentário Geral nº 5 (Deficientes), págs. 28-38; Comentário Geral nº 6 (Os direitos econômicos, sociais e culturais de pessoas idosas), págs. 38-48; Comentário Geral nº 12 (O direito a alimentação adequada (art. 11)), págs. 66-74; Comentário Geral nº 13 (O direito a educação (art. 13)), págs. 74-89; e Comentário Geral nº 14 (O direito ao mais alto padrão de saúde possível (art. 12)), págs. 90-109.

A Convenção regulamenta, em detalhe, os deveres dos Estados partes de eliminar a discriminação racial, e relaciona, no artigo 5º, os principais direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais que devem ser usufruídos “sem distinção de raça, cor ou origem nacional ou étnica”.¹²

2.6 Convenção sobre os Direitos da Criança, 1989

O artigo 2º(1) da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que:

“os Estados partes deverão respeitar e assegurar os direitos estabelecidos na presente Convenção a toda criança pertencente a sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, bens, incapacidade física, nascimento ou outra condição, da criança, de seus pais ou de seu tutor legal”.

O termo “incapacidade física” foi aqui adicionado aos motivos pelos quais nenhuma discriminação é permitida.

De acordo com o artigo 2º(2) da Convenção, os Estados partes devem tomar

“todas as medidas necessárias para assegurar que a criança seja protegida contra todas as formas de discriminação ou punição com base em posição social, atividades, opiniões ou crenças de seus pais, tutores legais ou membros da família”.

No que se refere à educação da criança, os Estados partes concordam, no artigo 29(d), que ela deve ser dirigida, *inter alia*, à:

“(d) preparação da criança para uma vida responsável em uma sociedade livre, em uma atmosfera de compreensão, paz, tolerância, igualdade entre os sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena”.

Por fim, o artigo 30 da Convenção sobre os Direitos da Criança protege os direitos da minoridade, em termos semelhantes, mas não idênticos, aos do artigo 25 da Convenção sobre Direitos Políticos e Civis. Estabelece o seguinte:

“Naqueles países nos quais existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas ou pessoas de origem indígena, não deverá ser negado

¹² Para detalhes adicionais a respeito de como o Comitê de Eliminação da Discriminação Racial interpreta a Convenção, ver, *inter alia*, as seguintes recomendações em *United Nations Compilation of General Comments: Recomendação Geral XI (Não-cidadãos)*, pág. 182; *Recomendação Geral XIV (art. 1(1))*, págs. 183-184; *Recomendação Geral XV (art. 4º)*, págs. 184-185; *Recomendação Geral XIX (art. 3º)*, pág. 188; *Recomendação Geral XX (art. 5º)*, págs. 188-189; *General Recommendation XXI (O direito a autodeterminação)*, pp. 189-191; *Recomendação Geral XXIII (Os direitos dos povos indígenas)*, págs. 192-193; *Recomendação Geral XXIV (art. 1º)*, págs. 193-194; *Recomendação Geral XXV (Dimensões da discriminação racial com relação ao sexo)*, págs. 194-195; *Recomendação Geral XXVI (art. 6º)*, pág. 195; e *Recomendação Geral XXVII (Discriminação contra Ciganos)*, págs. 196-202.

a uma criança, ou a outros membros de seu grupo que pertençam a essa minoria, o direito de usufruir de sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião ou usar sua própria língua.”¹³

2.7 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979

O artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher descreve “discriminação contra a mulher” como

“qualquer distinção, exclusão ou restrição feita com base no sexo, que tenha o efeito ou o propósito de prejudicar ou anular o reconhecimento, o gozo ou a prática, por parte da mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade entre homens e mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nas áreas políticas, econômicas, sociais, culturais *ou em qualquer outra área*” (grifos nossos).

Como observado na subseção 3.2 do capítulo 11, a área de aplicabilidade dessa Convenção é mais ampla do que a da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, pois também abrange atos que estão incluídos na esfera privada.

Dados a importância dos direitos das mulheres na administração da justiça e o papel desempenhado pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em promover esses direitos, atenção particular foi dispensada a eles no Capítulo 11 deste Manual.¹⁴

¹³ Quanto às opiniões do Comitê sobre os Direitos da Criança no campo da educação, ver seu Comentário Geral nº 1, que trata, *inter alia*, da discriminação, em *United Nations Compilation of General Comments*, págs. 255-262.

¹⁴ Quanto a detalhes referentes à interpretação da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, ver, *inter alia*, as seguintes recomendações em *United Nations Compilation of General Comments*: Recomendação Geral nº 12 (Violência contra a mulher), pág. 209; Recomendação Geral nº 14 (Circuncisão feminina), págs. 211-212; Recomendação Geral nº 15 (Anulação da discriminação contra a mulher em estratégias nacionais para a prevenção e o controle da síndrome imuno-deficiente adquirida (AIDS)), págs. 212-213; Recomendação Geral nº 16 (Mulheres não-remuneradas que trabalham em empreendimentos familiares rurais e urbanos), págs. 213-214; Recomendação Geral nº 18 (Mulheres com incapacidade física), págs. 215-216; Recomendação Geral nº 19 (Violência contra a mulher), págs. 216-222; Recomendação Geral nº 21 (Igualdade no casamento e nas relações familiares), págs. 222-231; Recomendação Geral nº 23 (Vida política e pública), págs. 233-244; e Recomendações Gerais nº 24 (Mulher e Saúde: art. 12), págs. 244-251.

2.8 Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação com base em Religião ou Credo, 1981

O artigo 1º(1) da Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação, no tocante a Religião ou Credo, garante a todos “o direito a liberdade de pensamento, consciência e religião”, direito esse que “deve incluir liberdade de escolha de religião ou credo, e liberdade, tanto individual quanto em conjunto com outros, em público ou em particular, para manifestar sua religião ou credo no culto, na observância, na prática e no ensino”. O artigo 1º(2) estipula que “ninguém deverá estar sujeito a coerção, o que impediria sua liberdade de seguir a religião ou o credo de sua escolha”, enquanto o artigo 1º(3) permite limitações na liberdade de “manifestar religião ou credo”, com a condição de que tais restrições “sejam prescritas por lei e necessárias à proteção da segurança pública, da ordem, da saúde ou da moral, ou dos direitos e liberdades fundamentais de outrem”.

O direito de não ser submetido a discriminação “por nenhum Estado, instituição, grupo de pessoas ou pessoas por motivo de religião ou outro credo” está previsto no artigo 2º(1) da Declaração. Pelos desígnios da Declaração, o artigo 2º(2) especifica que

“a expressão ‘intolerância e discriminação baseada em religião ou credo’ significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em religião ou credo e que tenha como propósito ou efeito a anulação ou o prejuízo do reconhecimento, do gozo ou do exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de forma idêntica”.

Desde 1987, um *Rapporteur* de caráter especial, indicado pela Comissão das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, tem observado atos, em todas as partes do mundo, que não condizem com as cláusulas da Declaração, e sugeriu medidas reparatórias.¹⁵

Vale a pena notar que o direito a liberdade de pensamento, consciência e religião é também protegido pelo artigo 18 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o qual, de acordo com o artigo 4º(2), não pode ser abolido em nenhuma circunstância. Para os Estados partes do Pacto Internacional, as cláusulas sobre discriminação são, naturalmente, totalmente aplicáveis também quanto a essa liberdade.

2.9 Declaração sobre os Direitos de Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, 1992

¹⁵ A respeito do trabalho do *Rapporteur* de caráter especial, ver, por exemplo, o Relatório apresentado pelo sr. Abdelfattah Amor, *Rapporteur* de Caráter Especial, de acordo com a resolução 2000/33 da Comissão de Direitos Humanos (Documento das Nações Unidas E/CN.4/2001/63).

No sexto parágrafo introdutório da Declaração sobre Direitos de Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, a Assembléia Geral das Nações Unidas enfatiza que

“a constante promoção e realização dos direitos de pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas, como parte integral do desenvolvimento da sociedade como um todo e dentro de uma estrutura democrática que se baseia em estado de direito, contribuiria para o fortalecimento da amizade e cooperação entre povos e Estados”.

As Nações Unidas, assim, reconhecem que uma ordem judicial democrática, que respeite o estado de direito e os direitos das minorias, exerce papel crucial na promoção da paz e da segurança nacional.

O artigo 1º(1) da Declaração estabelece que “os Estados deverão proteger a existência e a identidade nacional ou étnica, cultural, religiosa e linguística das minorias dentro de seus respectivos territórios e deverão fornecer condições para a promoção dessa identidade”. Para atingir esses objetivos, deverão, de acordo com o artigo 1º(2), “adotar medidas legislativas, e outras, adequadas”. Os artigos 2º e 3º fornecem detalhes sobre os direitos de pessoas pertencentes às minorias protegidas, enquanto os artigos 4º e 7º classificam as medidas que os Estados devem tomar a fim de alcançar os objetivos da Declaração, tanto isoladamente quanto em cooperação com outros.

É oportuno mencionar, como exemplo, que, de acordo com o artigo 2º(1) da Declaração,

“pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas ... têm o direito de usufruir de sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua, em sua privacidade ou em público, livremente e sem interferência ou nenhuma forma de discriminação”.

3. Cláusulas Jurídicas Regionais Seleccionadas que Garantem o Direito a Igualdade perante a Lei e o Direito a Não-discriminação

3.1 Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, 1981

O artigo 2º da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos estipula que:

“Todo indivíduo deverá estar autorizado a usufruir dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos pelo presente Pacto, sem distinção alguma quanto a raça, grupo étnico, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou outra condição.”

O artigo 3º dita claramente que “todo indivíduo deverá ser igual perante a lei” e “deverá ter os mesmos direitos de proteção da lei” (art. 3(1) e (2)).

Segundo o artigo 18(3) da Carta, os Estados partes se comprometem, ainda, a assegurar “a eliminação de qualquer discriminação contra a mulher”.

Considerando que a Carta Africana também trata dos direitos dos povos, é lógico que o artigo 19 estipule que “todos os povos deverão ser iguais; eles deverão gozar do mesmo respeito e ter os mesmos direitos. Nada justificará o domínio de um povo sobre outro”.

3.2 Carta Africana sobre os Direitos e o Bem-estar da Criança, 1990

Uma proibição geral da discriminação está contida no artigo 3º da Carta Africana sobre os Direitos e o Bem-estar da Criança, de acordo com o qual:

“Toda criança deverá estar autorizada a usufruir dos direitos e das liberdades reconhecidos e garantidos nesta Carta, independentemente de raça, grupo étnico, cor, sexo, língua, parentesco, opinião política ou outra, origem nacional e social, fortuna, nascimento ou outra condição, tanto da criança como de seus pais.”

Além disso, segundo o artigo 21(1) da Carta, os Estados partes devem tomar “todas as medidas adequadas para eliminar práticas sociais e culturais prejudiciais que afetem o bem-estar, a dignidade, o crescimento normal e o desenvolvimento da criança, e especialmente ... aqueles comportamentos e práticas discriminatórios para com a criança, por motivo de sexo ou outra condição”.

3.3 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969

Segundo o artigo 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os Estados partes “se comprometem a respeitar os direitos e as liberdades reconhecidos” no tratado

“e assegurar a todas as pessoas, sob aquela jurisdição, o livre e total exercício daqueles direitos e liberdades, sem qualquer discriminação por razões de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, condição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

Diferentemente dos Pactos Internacionais, o termo “bens” não está incluído no artigo 1º da Convenção Americana. No entanto, o termo “condição econômica” parece abranger maior número de situações do que o termo “bens”.

A noção de “igualdade” é encontrada no artigo 8º(2) da Convenção, segundo o qual toda pessoa acusada de crime tem o direito, “com total igualdade”, a certas garantias mínimas durante o procedimento judicial contra ela.

Finalmente, o artigo 24 estipula que “todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”.

3.4 Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos na Área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1988

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos na Área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também chamado de “Protocolo de São Salvador”, acrescenta à Convenção original alguns direitos, tais como o direito a trabalho, segurança social, saúde, alimentação e educação, como também o direito a proteção especial para idosos e pessoas em situação desvantajosa. O dever da não-discriminação faz parte do artigo 3º, segundo o qual os Estados partes “se comprometem a garantir o exercício dos direitos estabelecidos” no Protocolo

“sem nenhuma discriminação por razões relativas a raça, cor, sexo, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, condição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

3.5 Convenção Interamericana sobre Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher, 1994

A Convenção Interamericana sobre Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher tem como objetivo a eliminação da violência relativa a sexo, tanto na área pública quanto na área privada, e específica, no artigo 6º(a) e (b), que “o direito de toda mulher de estar livre da violência, inclui, entre outros ... o direito da mulher de estar livre de todas as formas de discriminação [e] o direito da mulher de ser valorizada e educada, independentemente de padrões de comportamento estereotípicos e de práticas sociais e culturais fundamentadas em conceitos de inferioridade e subordinação”.

Os artigos 7º e 8º da Convenção fornecem detalhes sobre os deveres dos Estados partes de impedir, punir e erradicar todas as formas de violência contra a mulher. Ao adotar as medidas requeridas, os Estados partes deverão, acima de tudo, de acordo com o artigo 9º,

“dispensar consideração especial à vulnerabilidade das mulheres quanto à violência por razões, entre outras, de sua raça ou origem étnica, ou de sua condição de migrantes, refugiadas ou deslocadas dentro de seu próprio país. Considerações semelhantes deverão ser dispensadas a mulheres sujeitas a violência durante a gravidez, ou que sejam deficientes, menores de idade, idosas, estejam socioeconomicamente em desvantagem, afetadas por conflito armado ou privadas de sua liberdade.”

Essa Convenção é de particular importância, pois ela é o único tratado internacional que se dirige explícita e exclusivamente ao grave problema da violência contra a mulher.

3.6 Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Deficientes, 1999¹⁶

Os objetivos da Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Deficientes são, como declarado no artigo 2º, “prevenir e eliminar todas as formas de discriminação contra deficientes e promover sua total integração na sociedade”. Para o propósito da Convenção, o termo “discriminação contra deficientes” significa

“qualquer distinção, exclusão ou restrição fundamentada em deficiência, registro de deficiência, condição resultante de deficiência anterior ou percepção de deficiência, tanto presente quanto passada, que tenha o efeito ou o objetivo de prejudicar ou anular o reconhecimento, o gozo ou o exercício, por parte de um deficiente, de seus direitos humanos e de suas liberdades fundamentais” (art. I(2)(a)).

No entanto,

“uma distinção ou preferência admitida por um Estado parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal de deficientes não faz parte da discriminação, desde que a distinção ou preferência em si não limite o direito que deficientes têm à igualdade, e que indivíduos deficientes não sejam forçados a aceitar tal distinção ou preferência” (art.I(2)(b)).

3.7 Convenção Européia sobre Direitos Humanos, 1950

A Convenção Européia sobre Direitos Humanos difere dos outros tratados gerais sobre direitos humanos, pois não estipula uma proibição total da discriminação, mas apenas uma proibição que está ligada ao gozo dos direitos e das liberdades, garantido pela Convenção e por seus Protocolos. Isso significa que alegações de discriminação que

¹⁶ A partir de 17 de junho de 2002, nove Estados tinham validado essa Convenção, a qual entrou em vigor em 14 de setembro de 2001; ver em <http://www.oas.org/Juridico/english/sigs/a-65.html>

não estão ligadas ao exercício desses direitos e liberdades estão fora da competência da Corte Européia de Direitos Humanos. O artigo 14 dita:

“O gozo dos direitos e das liberdades, estabelecido nesta Convenção, deverá ser assegurado sem discriminação quanto a sexo, raça, cor, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, ligação com uma minoria nacional, bens, nascimento ou outra condição.”

É interessante notar que a proibição da discriminação, no artigo 14, abrange “ligação com uma minoria nacional”, o que não é encontrado *expressis verbis* nos artigos 2º(1) e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no artigo 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou no artigo 2º da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos. No entanto, a última cláusula, como visto acima, usa o termo “grupo étnico”, cujo alcance é mais limitado do que “minorias”.

Os Estados membros do Conselho da Europa têm, entretanto, tomado medidas importantes para remediar a lacuna da Convenção mencionada acima: em 4 de novembro de 2000, o quinquagésimo aniversário da adoção da mesma Convenção, eles adotaram o Protocolo nº 12 da Convenção Européia, o qual contém a seguinte proibição geral de discriminação:

“1. O gozo de qualquer direito previsto na lei deverá ser assegurado, sem discriminação quanto a sexo, raça, cor, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, ligação com uma minoria nacional, bens, nascimento ou outra condição.

2. Ninguém deverá ser discriminado por nenhuma autoridade pública, por nenhum dos motivos mencionados no parágrafo 1º.”

O Protocolo requer dez validações antes de entrar em vigor (art. 5(1)). A partir de 17 de junho de 2002, apenas Chipre e a Geórgia o tinham validado.¹⁷

3.8 Carta Social Européia, 1961, e Carta Social Européia (Alterada), 1996

A Carta Social Européia alterada de 1996 apenas substituiu progressivamente a Carta Social de 1961. A versão alterada acrescenta, *inter alia*, novos direitos sociais àqueles já existentes no tratado de 1961, tal como o direito a proteção contra a pobreza e a exclusão (art. 30), uma forma de discriminação experimentada por um número crescente de pessoas nos países industrializados no final do século passado.

Quanto à Carta de 1961, nenhuma das cláusulas em vigor contém uma proibição geral da discriminação, mas os Estados signatários concordam com o terceiro parágrafo introdutório

¹⁷ A respeito das validações, ver o web site do Conselho da Europa: <http://www.coe.int/>

“que o gozo dos direitos sociais *devem* ser assegurados, sem discriminação por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política, procedência nacional ou origem social” (grifos nossos).

Entretanto, o artigo E da Parte V da Carta, conforme alterada, contém uma cláusula de não-discriminação, segundo a qual

“o gozo dos direitos estabelecidos nesta Carta deverá ser assegurado sem nenhuma discriminação em razão de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, procedência nacional ou origem social, saúde, ligação com uma minoria nacional, nascimento ou outra condição.”

O apêndice da Carta alterada especifica que “tratamento diferencial, fundamentado em uma justificativa objetiva e razoável, não deverá ser julgado como discriminatório”.

Em comparação com a referência à não-obrigatoriedade jurídica quanto ao princípio da não-discriminação na introdução da Carta de 1961, os Estados membros do Conselho da Europa, finalmente, com a adoção da Carta alterada, adotaram inteiramente esse princípio na área dos direitos sociais.

3.9 Convenção Estrutural para a Proteção das Minorias Nacionais, 1994

A Convenção Estrutural para a Proteção das Minorias Nacionais é um documento único, pois é “o primeiro documento multilateral legalmente obrigatório existente, destinado à proteção das minorias nacionais em geral”.¹⁸ O artigo 1º dessa Convenção também deixa claro que “a proteção das minorias nacionais e dos direitos e das liberdades das pessoas pertencentes a essas minorias constitui parte integral da proteção internacional dos direitos humanos e, como tal, está incluída no objetivo de cooperação internacional”. Além disso, como ressaltado no sexto parágrafo introdutório da Convenção,

“uma sociedade pluralista e autenticamente democrática não deve apenas respeitar a identidade étnica, cultural, linguística e religiosa de cada pessoa pertencente a uma minoria nacional, mas também criar condições adequadas que possibilitem a ela expressar, preservar e desenvolver essa identidade”.

Em outras palavras, medidas concretas e indiscutíveis podem ser requeridas para assegurar a devida proteção às minorias nacionais. Embora seja um tratado internacional juridicamente obrigatório, o termo “Convenção Estrutural” deixa claro que os princípios nele contidos “não são diretamente aplicáveis nas normas internas dos Estados membros, mas terão de ser regulamentados por meio de legislação nacional e medidas governamentais apropriadas”.¹⁹ Dentre as principais *programme-type* cláusulas contidas na Seção II, o artigo 4º trata da discriminação. Ele dita:

¹⁸ Ver “Introdução à Convenção Estrutural para a Proteção das Minorias Nacionais” em: <http://www.humanrights.coe.int/Minorities/Eng/Presentation/FCNMIntro.htm>, pág. 1.

¹⁹ Id., loc. cit.

“1. As partes se comprometem a garantir o direito a igualdade perante a lei e igual proteção da lei a pessoas pertencentes a minorias nacionais. Quanto a isso, qualquer discriminação em razão de pertencer a uma minoria nacional deverá ser proibida.

2. As Partes se comprometem a adotar, quando necessário, medidas adequadas, a fim de promover, em todas as áreas da vida econômica, social, política e cultural, total e efetiva igualdade entre pessoas pertencentes a uma minoria nacional e entre aquelas pertencentes à maioria. Quanto a isso, elas deverão dispensar devida atenção às condições especiais das pessoas que pertencem a minorias nacionais.

3. As medidas adotadas de acordo com o parágrafo 2º não deverão ser consideradas como ato de discriminação.”

O direito a igualdade perante a lei e na lei, inclusive a proibição da discriminação, é um princípio abrangente que:

- *é essencial para a paz e a segurança nacional;*
- *proporciona o gozo de todos os direitos humanos, sejam eles civis, políticos, econômicos, sociais ou culturais;*
- *os Estados são obrigados, conforme lei internacional, a assegurar e respeitar.*

4. A Proibição da Discriminação e Situações de Emergência Pública

Quatro dos tratados apresentados neste capítulo contêm cláusulas que autorizam os Estados partes, em certas condições rigorosamente especificadas, a se isentarem das obrigações jurídicas internacionais incluídas nos tratados em questão. As cláusulas relevantes são:

- artigo 4º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
- artigo 27 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos
- artigo 15 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos
- artigo 30 da Carta Social Européia de 1961 e artigo F da Carta alterada de 1996

O assunto a respeito das isenções dos três primeiros desses tratados será analisado no Capítulo 16 deste Manual. No presente momento, é suficiente destacar que, a fim de serem admissíveis, de acordo com o artigo 4º(1) do Pacto Internacional, as medidas derogatórias não devem envolver “discriminação *unicamente* por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social” (grifos nossos). A cláusula, assim, não inclui os seguintes motivos, contidos nos artigos 2º(1) e 26 do Pacto:

- opinião política ou outra
- origem nacional
- bens
- nascimento ou outra condição

Durante a elaboração do artigo 4º(1), o Chile sugeriu “a inserção de origem social e nascimento como dois motivos adicionais sobre os quais a discriminação deveria ser proibida, mesmo em caso de emergência”.²⁰ O Líbano, por sua vez, sugeriu a eliminação da palavra “unicamente”, pois “ela sugeria que, embora a discriminação não fosse permitida por apenas um dos motivos citados no texto, ela seria admissível por dois daqueles motivos”.²¹

O Reino Unido, que tinha apresentado a minuta da proposta, aceitou a referência a origem social “mas não a alusão a nascimento, pois restrições legítimas poderiam, em alguns casos, ser impostas a pessoas em virtude de seu nascimento em país estrangeiro, embora elas não fossem mais nacionais daqueles países”.²² No que diz respeito à palavra “unicamente”, o Reino Unido considerou que ela “tinha uma certa importância”, pois “poderia facilmente acontecer que, durante uma emergência, um Estado impusesse restrições a certo grupo nacional que fosse, ao mesmo tempo, um grupo racial”, e que “aquela palavra tornaria impossível para o grupo alegar que ele tinha sido perseguido unicamente por motivos raciais”.²³ À luz dos comentários feitos pelo Reino Unido, o Chile e o Uruguai aceitaram o fato de que não seria desejável a referência a “nascimento” no artigo em questão.²⁴

Conforme o artigo 27(1) da Convenção Americana, medidas derogatórias não devem envolver discriminação “por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social”. A única diferença do artigo 4º(1) do Pacto Internacional, nesse aspecto, é que o termo “unicamente” é inexistente.

²⁰ NU doc. E/CN.4/SR.330, pág. 4. Acima de tudo, o Uruguai esperava que o Reino Unido “concordasse em adicionar uma referência a origem social e nascimento na louvável cláusula da não-discriminação ... a fim de assegurar a compatibilidade com outros artigos do Pacto” (pág. 5). O Líbano concordou com a proposta do Chile em inserir as palavras “origem social” (pág. 8). A França concordou com o Chile “especialmente em relação a origem social” (pág. 7).

²¹ Id., pág. 8.

²² Id., pág. 10.

²³ Id., loc. cit.

²⁴ Id., pág. 11.

O artigo 15(1) da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, no entanto, não contém nenhuma referência à proibição da discriminação. Mas essa lacuna não pode ser entendida como se, frente a uma emergência pública real, os Estados Contratantes tivessem permissão para se isentar, à vontade, da proibição da discriminação. Outras condições, como aquela de rigorosa proporcionalidade, apareceriam para tornar a legalidade de tais derrogações altamente improvável. Além do mais, como será visto abaixo, a interpretação do termo “discriminação”, por si só, no artigo 14, por exemplo, exclui quaisquer distinções que não sejam razoavelmente justificáveis para um propósito objetivo.

Finalmente, nem o artigo 30 da Carta Social Europeia de 1961 nem o artigo F da Carta alterada contém qualquer referência ao princípio da não-discriminação.

Quanto à ausência de uma cláusula de isenção na Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, a Comissão Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos sustentou a opinião de que a Carta “não permite que Estados partes se isentem das obrigações de seu tratado durante situações de emergência. Assim, nem mesmo uma guerra civil ... pode ser usada como desculpa para que o estado viole ou permita violações dos direitos contidos na Carta Africana”.²⁵ Isso significa que as cláusulas de não-discriminação dos artigos 2º, 3º e 19 da Carta devem ser sempre plenamente observadas.

Embora o direito internacional humanitário *stricto sensu* não faça parte do escopo deste manual, vale notar que o princípio da não-discriminação está ligado às quatro Convenções de Genebra de 1949 e seus dois Protocolos Adicionais de 1977. Constam, entre outras, as seguintes cláusulas:

- artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra;
- artigo 16 da Convenção de Genebra Referente a Tratamento de Prisioneiros de Guerra (Terceira Convenção de Genebra), 1949;
- artigo 27 da Convenção de Genebra Referente à Proteção de Civis em Tempos de Guerra (Quarta Convenção de Genebra), 1949;
- artigos 9º(1) e 75(1) do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, e Referentes à Proteção de Vítimas de Conflitos Armados Internacionais (Protocolo I);
- artigos 2º(1), 4º(1) e 7º(2) do Protocolo Adicional à Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949, e Referentes à Proteção de Vítimas de Conflitos Armados Não-Internacionais (Protocolo II).

O que essas cláusulas mostram é que, mesmo de acordo com as circunstâncias, na excitação de um conflito armado internacional ou não-internacional, os

²⁵ Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos [CADHP], *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés v. Chad*, Comunicado nº 74/92, decisão adotada durante a 18ª sessão Ordinária, outubro de 1995, pág. 50, § 40 da decisão conforme publicada em: http://www.up.ac.za/chr/ahrdb/acomm_decisions.html

Estados envolvidos são estritamente obrigados a respeitar certos critérios humanitários legais, inclusive o direito a igual tratamento e ao princípio da não-discriminação.

O direito a igualdade perante a lei e não-discriminação deve, a princípio, ser respeitado em todas as circunstâncias, inclusive em emergências públicas e tempos de conflito armado, internacional e não-internacional.

5. O Significado Geral de Igualdade e Não-Discriminação

Como observado acima, e enfatizado pelo Comitê de Direitos Humanos, “não-discriminação, juntamente com igualdade perante a lei e igual proteção da lei sem nenhuma discriminação, constitui um princípio básico e geral, relacionado à proteção dos direitos humanos”.²⁶ Entretanto, ao discutir a questão da igualdade e da não-discriminação, é essencial estar ciente do fato de que, apesar do que parece ser sugerido pelo teor especialmente do artigo 2º da Declaração Universal sobre os Direitos Humanos e do artigo 2º(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, nem todas as distinções entre pessoas e grupos de pessoas podem ser consideradas como discriminação, no sentido estrito da palavra. Isso resulta da consistente jurisprudência dos órgãos supervisores internacionais, segundo os quais, distinções feitas entre pessoas são justificáveis, desde que sejam, em termos gerais, razoáveis e impostas por motivos objetivos e legítimos.

Com relação ao termo “discriminação” no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Comitê de Direitos Humanos expressou sua convicção de que “o termo ‘discriminação’, conforme usado no Pacto, deve ser entendido de modo a abranger qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundamentada em quaisquer motivos, tais como raça, cor, sexo, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, bens, nascimento ou outra condição, **e que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, o gozo ou o exercício, por parte de todas as pessoas, em iguais condições, de todos os direitos e liberdades**”.²⁷

No entanto, como observado pelo Comitê, “o gozo dos direitos e liberdades em iguais condições ... **não significa tratamento idêntico em todos os casos**”. Para justificar essa declaração, ele salienta que certas cláusulas do próprio Pacto contêm

²⁶ Ver Comentário Geral nº 18, em *United Nations Compilation of General Comments*, pág. 134, § 1º.

²⁷ Id, pág. 135, § 7º; grifos nossos.

distinções entre as pessoas, como, por exemplo, o artigo 6º(5), que proíbe que a sentença de morte seja imposta a pessoas com menos de 18 anos de idade e efetuada em mulheres grávidas.²⁸

Além disso, “o princípio da igualdade, algumas vezes, requer que os Estados partes tomem *medidas positivas*, a fim de diminuir ou eliminar condições que causem ou contribuam para a perpetuação da discriminação proibida pelo Pacto. Por exemplo, em um Estado onde as condições gerais de certa parte da população impedem ou prejudicam o gozo de seus direitos humanos, o Estado deveria tomar medidas específicas para corrigir essas condições. Tais medidas podem implicar a concessão, por um determinado período, à parte da população interessada, de certo tratamento especial quanto a assuntos específicos, em relação ao resto da população. Porém, se tal medida for necessária para, de fato, corrigir a discriminação, isso é uma questão de *diferenciação legítima*, conforme o Pacto”.²⁹

Ao tratar de supostas violações do artigo 26 quanto a infrações apresentadas no Protocolo Facultativo, o Comitê confirmou que “o direito a igualdade perante a lei e igual proteção da lei, sem nenhuma discriminação, não estabelece todas as diferenças do tratamento discriminatório. Uma diferenciação baseada em *critérios razoáveis e objetivos não corresponde à discriminação proibida, implícita no teor do artigo 26*”.³⁰ É, portanto, tarefa do Comitê, em casos relevantes apresentados a ele, examinar se o Estado parte envolvido cumpriu com esses critérios.

Nas Américas, o direito a igual proteção da lei, conforme garantido pelo artigo 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, foi analisado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando consultada sobre as *Emendas Propostas às Cláusulas de Naturalização da Constituição de Costa Rica*. Nessa opinião, a Corte Interamericana realizou um exame esclarecedor e detalhado sobre os conceitos de discriminação e igualdade.

A Corte ressaltou, para começar, que, embora o artigo 24 da Convenção Americana não apresente conceito idêntico ao do artigo 1º(1), o qual contém uma proibição da discriminação no que diz respeito ao exercício dos direitos e das liberdades estabelecidos na Convenção, “o artigo 24 reafirma, até certo ponto, o princípio estabelecido no artigo 1º(1). Ao reconhecer a igualdade perante a lei, ele proíbe todo tratamento discriminatório que origine uma medida legal.”³¹ A Corte, então, deu a seguinte explicação da origem e do significado da noção de igualdade:

“55. A noção de igualdade vem diretamente da singularidade da

²⁸ Id., pág. 135-136, § 8º; grifos nossos.

²⁹ Id., pág. 136, § 10º; grifos nossos.

³⁰ Comunicado nº 172/1984, S. W. M. Broeks contra os Países Baixos (Resoluções adotadas em 9 de abril de 1987), no doc. das Nações Unidas GAOR, A/42/40, pág. 150, § 13; grifos nossos.

³¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Emendas Propostas às Cláusulas de Naturalização da Constituição de Costa Rica*, Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984, série A, nº 4, pág. 104, § 54.

espécie humana e está ligada à dignidade essencial do indivíduo. Esse princípio não pode ser conciliado com a noção de que um certo grupo tenha o direito a tratamento privilegiado por causa de sua considerada superioridade. É igualmente irreconciliável com a idéia de caracterizar um grupo como inferior e tratá-lo com hostilidade ou, por outro lado, sujeitá-lo a discriminação no gozo dos direitos que são concedidos a outros não assim classificados. É inadmissível sujeitar seres humanos a diferenças de tratamento, diferenças essas que não condizem com seu caráter único e congênere.

56. Precisamente pelo fato de que a igualdade e a não-discriminação são inerentes à idéia da singularidade da dignidade e do valor de todos os seres humanos, conclui-se que nem todas as diferenças no tratamento legal são discriminatórias em si, pois nem todas as diferenças no tratamento são, por si só, ofensivas à dignidade humana. A Corte Européia de Direitos Humanos, ‘segundo os princípios que podem ser extraídos da prática jurídica de grande número de Estados democráticos’, sustentou que uma diferença no tratamento é discriminatória apenas quando ‘não tem nenhuma justificativa objetiva e razoável’ Podem bem existir certas desigualdades concretas, que poderiam legitimamente originar desigualdades no tratamento legal, que não violam princípios de justiça. Elas podem, na verdade, colaborar na conquista da justiça ou na proteção daqueles que se encontram em uma situação legal desvantajosa. Por exemplo, não pode ser julgada como discriminação por motivo de idade ou condição social a imposição, pela lei, de limites sobre a capacidade legal de menores ou pessoas mentalmente incompetentes, que não têm capacidade para proteger seus interesses.

57. Conseqüentemente, nenhuma discriminação existe se a diferença no tratamento tiver um propósito legítimo e não levar a situações que sejam contrárias à justiça, à razão ou à natureza das coisas. Resulta daí que, não haveria nenhuma discriminação nas diferenças no tratamento de indivíduos por parte de um Estado, quando as classificações selecionadas são fundamentadas em ***diferenças substanciais concretas e exista uma relação de proporcionalidade razoável entre essas diferenças e os objetivos da norma jurídica em revisão. Esses objetivos não podem ser injustos ou absurdos, isto é, eles não podem ser arbitrários, excêntricos, despóticos ou conflitantes com a singularidade e a dignidade da espécie humana.***³²

³² Id., págs. 104-106, §§ 55-57; grifos nossos.

Entretanto, a Corte fez, então, uma concessão quanto às realidades que qualquer Governo pode enfrentar em situações específicas:

“58. Embora não se possa negar que um determinado contexto concreto possa tornar mais ou menos difícil estabelecer se houve ou não a situação descrita no parágrafo anterior, é igualmente verdadeiro que, a começar pela noção de singularidade essencial e dignidade da espécie humana, é possível identificar circunstâncias nas quais considerações sobre o bem-estar público podem justificar o abandono, em maior ou menor grau, dos critérios enunciados acima. Estão sendo tratados, aqui, valores que assumem dimensões concretas frente àquelas situações reais nas quais eles têm de ser aplicados, e que permitem, para cada caso, uma certa margem de consideração para serem levados a efeito.”³³

Em nível europeu, a Corte Européia de Direitos Humanos primeiramente tratou do artigo 14 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos no caso Linguístico da Bélgica, sustentando que a garantia prevista naquele artigo “não tem nenhuma existência independente, no sentido de que, de acordo com os termos do artigo 14, ela se refere unicamente a ‘direitos e liberdades estabelecidos na Convenção’.”³⁴ Entretanto, “uma medida que por si só esteja em conformidade com os requisitos do Artigo de conservar o direito ou a liberdade em questão pode ... infringir esse Artigo quando associado ao Artigo 14, pelo fato de ser de natureza discriminatória ... É como se [o Artigo 14] fosse parte integrante de cada um dos artigos que tratam de direitos e liberdades”.³⁵

A Corte Européia, então, adotou o seguinte regulamento quanto ao fato de o artigo 14 proibir ou não todas as diferenças no tratamento:

“10. Apesar do mesmo teor geral da versão francesa (‘sans distinction aucune’), o Artigo 14 não proíbe todas as diferenças no exercício dos direitos e liberdades reconhecidos como legais. Essa versão deve ser lida à luz do texto mais restritivo da versão inglesa (‘sem discriminação’). Além disso, e especialmente, resultados absurdos seriam obtidos ao ser dada ao artigo 14 uma interpretação tão ampla quanto aquela que a versão francesa parece encerrar. As pessoas seriam, na verdade, levadas a julgar como contrárias à Convenção cada uma das inúmeras cláusulas jurídicas ou administrativas que não assegurassem a todos completa igualdade de tratamento no gozo dos direitos e liberdades reconhecidos legalmente. As autoridades nacionais competentes frequentemente enfrentam situações e problemas que, por causa das diferenças

³³ Id., pág. 106, § 58.

³⁴ Corte Européia de Direitos Humanos, Caso “relacionado a certos aspectos jurídicos com relação ao uso de línguas na educação na Bélgica” (Merits), julgamento de 23 de julho de 1968, série A, nº 6, pág. 33, § 9.

³⁵ Id., pág. 34, § 9º.

inerentes aos mesmos, requerem soluções legais diferentes; além do mais, certas desigualdades legais tendem apenas a corrigir desigualdades concretas. A ampla interpretação mencionada acima não pode, por conseguinte, ser aceita.

É importante, então, procurar os critérios que possibilitem que uma decisão seja tomada para estabelecer se determinada diferença no tratamento viola ou não o Artigo 14. Sobre essa questão, a Corte, seguindo os princípios que podem ser extraídos da prática jurídica de grande número de Estados democráticos, sustenta que o princípio de igualdade de tratamento é violado se a distinção não tiver nenhuma justificativa objetiva e razoável. A existência de tal justificativa deve ser avaliada em relação ao objetivo e aos efeitos da medida que esteja sendo considerada, atenção devendo ser dispensada aos princípios que normalmente prevalecem em sociedades democráticas. Uma diferença de tratamento no exercício de um direito previsto na Convenção **não deve apenas alcançar um objetivo legítimo**: o Artigo 14 é da mesma maneira violado quando fica claramente estabelecido que **não há nenhuma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim a ser alcançado**.

Na tentativa de descobrir se há ou não distinção arbitrária em determinado caso, a Corte não pode deixar de considerar aqueles aspectos legais e concretos que caracterizam a vida da sociedade no Estado, o qual, como Parte Contratante, tem de responder pela medida em discussão. Ao fazer isso, não pode assumir o papel das autoridades nacionais competentes, pois, em consequência disso, perderia de vista a natureza subsidiária do mecanismo internacional de coação coletiva estabelecida pela Convenção. As autoridades nacionais ficam livres para escolher as medidas que considerem apropriadas naqueles assuntos que são dirigidos pela Convenção. A revisão pela Corte diz respeito apenas à conformidade daquelas medidas com os requisitos da Convenção.”³⁶

No entanto, a Corte Européia teve oportunidade de desenvolver mais seu entendimento a respeito de discriminação e, embora já considerasse que o direito, de acordo com o artigo 14, era violado “quando os Estados tratam pessoas de modo diferente em situações análogas, sem fornecer justificativa objetiva e razoável”, presentemente também considera “que essa não é a única faceta da proibição da discriminação no Artigo 14” e que

“o direito de não ser discriminado no gozo dos direitos garantidos pela Convenção é também violado **quando os Estados, sem**

³⁶ Id., págs. 34-35, § 10º; grifos nossos.

justificativa objetiva e razoável, deixam de tratar de modo diferente pessoas cujas situações são significativamente diferentes.³⁷

Porém, tal como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Européia de Direitos Humanos aceitou que “os Estados Contratantes gozam de certa margem de consideração ao avaliar se, e até que ponto, diferenças em situações de outra forma semelhantes justificam um tratamento diferente”.³⁸ Por outro lado, “razões muito graves” teriam de ser apresentadas pelo Governo réu, antes que a Corte considerasse como diferença no tratamento uma diferenciação legítima conforme o artigo 14, particularmente se fosse baseada exclusivamente em sexo³⁹ ou origem ilegítima.⁴⁰

Essas são algumas das decisões judiciais oficiais mais detalhadas a respeito da noção de igualdade de tratamento e não-discriminação na lei internacional de direitos humanos. Elas constituem a base dos exemplos, abaixo selecionados, da jurisprudência do Comitê de Direitos Humanos e das Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos. As características comuns da jurisprudência desses órgãos podem ser resumidas da seguinte forma:

O princípio da igualdade e da não-discriminação não significa que todas as distinções entre as pessoas sejam ilegais de acordo com o direito internacional. Diferenciações são lícitas, e por isso legais, desde que:

- *almejem um objetivo legítimo, tal como medida positiva para lidar com desigualdades concretas, e*
- *sejam razoáveis à luz de seu objetivo legítimo.*

Propósitos alegados para tratamento diferencial que não possam ser objetivamente justificados e medidas que sejam desproporcionais para a realização de um objetivo legítimo são ilegais e contrários à lei internacional de direitos humanos.

Para assegurar o direito a igualdade, os Estados podem ter de tratar, de modo diferente, pessoas cujas situações sejam significativamente diferentes.

³⁷ Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso de Thlimmenos contra a Grécia*, julgamento de 6 de abril de 2000, (versão inédita do julgamento), § 44; grifos nossos.

³⁸ Corte Eur. de DH, *Caso de Karlheinz Schmidt contra a Alemanha*, julgamento de 18 de julho de 1994, série A, nº 291-B, págs. 32-33, § 24.

³⁹ Corte Eur. de DH, *Caso de Van Haalte contra os Países Baixos*, pág. 186, § 39.

⁴⁰ Corte Eur. de DH, *Caso de Inze contra a Áustria*, julgamento de 28 de outubro de 1987, série A, nº 126, pág. 18, § 41.

6. Jurisprudência Internacional Seleccionada e Comentários Jurídicos sobre o Direito a Igualdade e a Proibição da Discriminação

Esta seção esclarecerá alguns dos muitos casos relativos à discriminação, tratados até hoje pelos principais órgãos supervisores internacionais. Atenção primordial foi dada a órgãos de natureza judicial ou quase-judicial.

Alguns dos casos seleccionados podem parecer de importância relativamente pequena, uma vez que muitos indivíduos e grupos de indivíduos sofrem discriminação infinitamente maior do que alguns daqueles cujos casos foram considerados pelos órgãos supervisores. *No entanto, a jurisprudência indica, claramente, o caminho a ser tomado em outras situações possivelmente muito mais graves, visto que ela estabelece critérios jurídicos universais, que podem e devem guiar tanto legisladores quanto profissionais do direito no projeto de leis e na execução prática do direito a igualdade e da proibição da discriminação.*

6.1 Raça, cor ou origem étnica

6.1.1 Insultos Raciais

No caso Ahmad, a Dinamarca foi acusada de violar o artigo 6º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. O autor, um cidadão dinamarquês de origem paquistanesa, queixou-se que ele e seu irmão tinham sido chamados de “um bando de macacos” pelo diretor e por outro professor de sua escola. O incidente ocorreu no prédio da escola, depois que os dois garotos, que estavam supostamente fazendo algazarra, recusaram-se a atender ao pedido do professor para que saíssem do local onde estavam esperando, com uma câmera de vídeo, um amigo que estava fazendo um exame.⁴¹

O autor protocolou uma queixa na polícia, a qual não deu continuidade ao caso, por chegar à conclusão que as palavras usadas não estavam enquadradas no teor da Seção 266b do Código Penal Dinamarquês, referente a observações insultantes e degradantes.⁴² A carta da polícia também declarava que “a expressão usada tinha de ser considerada dentro do contexto de uma situação tensa [e] não deveria ser entendida como insultante ou humilhante em termos de raça, cor, origem nacional ou étnica, já que

⁴¹ Comunicado nº 16/1999, *K. Ahmad contra a Dinamarca* (Resolução adotada em 13 de março de 2000), no doc. das Nações Unidas GAOR, A/55/18, pág. 110, § 2.1.

⁴² Id., pág. 110, §§ 2.2 e 2.4, combinados com a pág. 116, § 6.3.

poderia ser também usada para pessoas de origem dinamarquesa que tivessem se comportado como o autor”.⁴³ O Procurador do Estado, logo após, apoiou a decisão da polícia.⁴⁴

O Comitê de Eliminação da Discriminação Racial concluiu que “em virtude de a polícia não continuar com suas investigações e da decisão final do Promotor Público sem direito a recurso, foi negada ao autor a oportunidade de constatar se, de acordo com a Convenção, seus direitos tinham sido violados. Em decorrência disso, [foram] negados ao autor, pelo Estado parte, proteção efetiva contra a discriminação racial e conseqüentes recursos”.⁴⁵ O Comitê recomendou que o Estado parte “assegure que a polícia e os promotores públicos investiguem, de maneira apropriada, acusações e queixas relacionadas a atos de discriminação racial, os quais devem ser punidos por lei [de acordo com o] artigo 4º da Convenção”.⁴⁶

6.1.2 O direito a liberdade de ir e vir e de moradia

No caso de Koptova contra a República Eslovaca, também fundamentado na Convenção Internacional sobre a Eliminação da Discriminação Racial, o autor queixou-se de violações dos termos da Convenção, como resultado de determinações adotadas por dois municípios da Eslováquia, que proibiam que cidadãos de etnia cigana se estabelecessem em seus respectivos territórios. Uma das determinações até mesmo proibia que cidadãos ciganos entrassem na cidade.⁴⁷ Após examinar o texto das determinações, o Comitê concluiu que elas representavam uma violação do artigo 5º(d)(i) da Convenção, o qual garante o direito a liberdade de ir e vir e de moradia a todos, “sem distinção de raça, cor, ou origem nacional ou étnica”. Ele notou que, “embora seu teor refira-se explicitamente a ciganos anteriormente domiciliados nos municípios em questão, o contexto no qual elas foram adotadas indica claramente que outros ciganos teriam sido igualmente proibidos de lá se estabelecerem”.⁴⁸ O Comitê notou, entretanto, que as resoluções contestadas foram revogadas em abril de 1999 e que a liberdade de ir e vir e de moradia é garantida conforme o artigo 23 da Constituição da República Eslovaca. Ele recomendou que o Estado parte “tome as medidas necessárias para assegurar que práticas que restrinjam a liberdade de ir e vir e de moradia de ciganos sob sua jurisdição sejam total e prontamente eliminadas”.⁴⁹

6.1.3 A discriminação racial e étnica pelos órgãos aplicadores da lei

Em suas observações finais sobre os relatórios periódicos inicial, segundo e terceiro dos Estados Unidos, o Comitê de Eliminação da Discriminação Racial notou, com preocupação, “os incidentes de violência e brutalidade por parte da polícia, inclusive

⁴³ Id., pág. 110, § 2.4.

⁴⁴ Id., pág. 110, § 2.5.

⁴⁵ Id., pág. 116, § 6.4.

⁴⁶ Id., pág. 116, § 9º.

⁴⁷ Comunicado nº 13/1998, *A. Koptova contra a República Eslovaca* (Resolução de 8 de agosto de 2000), no doc. das Nações Unidas GAOR, A/55/18, pág. 137, §§ 2.1-2.3.

⁴⁸ Id., pág. 149, § 10.1.

⁴⁹ Id., pág. 149, § 10.3.

mortes em consequência do uso abusivo da força por órgãos aplicadores da lei, o que afeta particularmente grupos minoritários e estrangeiros”. Recomendou, portanto, que o Estado parte “tome medidas imediatas e efetivas para assegurar o treinamento apropriado da força policial, com a finalidade de combater danos que possam levar à discriminação racial e, por fim, à violação do direito de segurança do indivíduo. O Comitê [recomendou], ainda, que seja tomada medida enérgica para punir a violência causada por motivo racial, e para assegurar o acesso das vítimas a recursos legais efetivos e ao direito de recorrer a reparação justa e adequada por qualquer dano sofrido como resultado de tais ações”.⁵⁰

O Comitê também observou, com preocupação, “que a maioria dos presidiários em penitenciárias e presídios federais, estaduais e locais [nos Estados Unidos] são membros de minorias étnicas ou nacionais, e que o índice de encarceramento é particularmente alto com relação a afro-americanos e hispânicos”. Ele recomendou que o Estado parte “tome medida enérgica para garantir o direito a todos, sem distinção quanto a raça, cor, origem nacional ou étnica, a igual tratamento perante os tribunais e perante todos os outros órgãos que administram a justiça”. Ele ainda recomendou que o Estado parte “assegure que o alto índice de encarceramento não seja resultado da posição econômica, social e educacionalmente desvantajosa desses grupos”.⁵¹

Finalmente, o Comitê de Eliminação da Discriminação Racial notou, com preocupação, que, “de acordo com o *Rapporteur* de caráter especial da Comissão das Nações Unidas de Direitos Humanos, referente a execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias, há uma correlação alarmante entre a raça, tanto da vítima quanto do réu, e a imposição da pena de morte, particularmente nos estados do Alabama, da Flórida, da Geórgia, da Luisiânia, do Mississippi e do Texas. [Urge que] o Estado parte assegure, possivelmente pela imposição de moratória, que nenhuma pena de morte seja imposta como resultado de preconceito racial por parte de promotores, juízes, jurados e advogados, ou como resultado da posição econômica, social e educacionalmente desvantajosa das pessoas condenadas”.⁵²

6.1.4 A discriminação racial quanto à garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais

Em suas observações finais sobre o décimo quarto relatório periódico da Dinamarca, o Comitê de Eliminação da Discriminação Racial declarou: “O Comitê requer que igual atenção seja dada aos direitos econômicos, sociais e culturais relacionados no artigo 5º [da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial]. Ele está particularmente alarmado com o nível de desemprego entre estrangeiros e com a dificuldade que membros de minorias étnicas têm de conseguir emprego.” O Comitê ressaltou que, “embora o Estado não seja obrigado a fornecer permissões de trabalho a residentes estrangeiros, ele tem de garantir que estrangeiros que conseguiram permissão

⁵⁰ Ver a versão inédita das observações finais do Comitê de Eliminação da Discriminação Racial: Estados Unidos da América, no doc. das Nações Unidas CERD/C/59/Misc.17/Rev.3, § 15.

⁵¹ Id., § 16.

⁵² Id., § 17.

para trabalhar não sejam discriminados ao tentar obter emprego”.⁵³

O mesmo Comitê foi particularmente rigoroso em suas observações finais sobre o décimo, décimo primeiro e décimo segundo relatórios periódicos da Austrália, nas quais expressou séria preocupação quanto ao “grau de discriminação contínua sofrida pelos indígenas [aborígenes] australianos, referente ao gozo de seus direitos econômicos, sociais e culturais. O Comitê [continuou] seriamente preocupado a respeito do grau da dramática desigualdade ainda sofrida por uma população indígena que representa apenas 2,1% da população total de um Estado industrializado, altamente desenvolvido. O Comitê [recomendou] que o Estado parte assegure, o mais breve possível, que recursos suficientes sejam distribuídos para erradicar essas disparidades”.⁵⁴

6.2 Sexo

6.2.1 O direito de representar bens matrimoniais

O caso de *Ato del Avellanal* contra o Perú dizia respeito a uma mulher peruana, dona de dois prédios de apartamentos em Lima, a qual, por decisão da Suprema Corte, não teve permissão para mover uma ação judicial contra os inquilinos a fim de receber aluguéis atrasados porque, conforme o artigo 168 do Código Civil Peruano, quando uma mulher é casada, apenas seu marido tem o direito de representar os bens matrimoniais perante as cortes.⁵⁵ De acordo com o Comitê de Direitos Humanos, esse fato violava as seguintes cláusulas do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

- artigo 14(1), que garante que “todas as pessoas deverão ser iguais perante as cortes e os tribunais”, já que “a esposa não foi considerada igual a seu marido para mover uma ação judicial”;
- artigo 3º, conforme o qual os Estados partes “se comprometem a assegurar direito igual a homens e mulheres de gozar de todos os direitos civis e políticos estabelecidos no ... Pacto”, e artigo 26, que declara que “todas as pessoas são iguais perante a lei e têm o direito, sem discriminação de qualquer natureza, a igual proteção da lei”. O Comitê concluiu que a aplicação do artigo 168 do Código Civil Peruano à autora “resultou na negação de sua igualdade perante as cortes e constituiu discriminação em razão de sexo”.⁵⁶

6.2.2 Direito a respeito pela vida em família

No caso de *Abdulaziz, Cabales e Balkandali contra o Reino Unido*, a Corte Européia de Direitos Humanos teve de decidir se as leis de imigração do Reino Unido violavam o direito ao respeito pela vida em família, conforme garantido pelo artigo 8º, considerado tanto isoladamente quanto combinado com a cláusula da não-discriminação

⁵³ Ver doc. das Nações Unidas GAOR, A/55/18, pág. 23, § 67.

⁵⁴ Ver doc. das Nações Unidas GAOR, A/55/18, págs. 19-20, § 41.

⁵⁵ Comunicado nº 202/1986, *G. Ato del Avellanal contra o Perú* (Resoluções adotadas em 28 de outubro de 1988), no doc. das Nações Unidas GAOR, A/44/40, pág. 196, §§ 1º e 2.1.

⁵⁶ Id., págs. 198-199, §§ 10.1-10.2.

contida no artigo 14 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos. O caso referia-se a três mulheres, que queriam fixar residência no Reino Unido com seus respectivos maridos. Quando apresentaram suas queixas, as requerentes, que eram de origens malaia, filipina e egípcia, já possuíam residência permanente e legal no Reino Unido. Seus problemas começaram depois que elas se casaram com homens de origem estrangeira, aos quais foi recusada a permissão de a elas se juntarem no Reino Unido ou de lá permanecerem com elas. Os maridos das requerentes eram, respectivamente, de Portugal, das Filipinas e da Turquia.

Com relação ao direito a respeito pela vida em família, conforme garantido pelo artigo 8º da Convenção Europeia, a Corte notou que “foi apenas após estabelecerem-se no Reino Unido, como pessoas solteiras, que as requerentes contraíram matrimônio”. Em sua opinião,

“o direito imposto pelo artigo 8º não pode ser considerado como extensivo a uma obrigação geral, por parte de um Estado Contratante, de respeitar a escolha feita por casais quanto ao país de sua residência conjugal e de aceitar que cônjuges de outras nacionalidades se estabeleçam naquele país.

No presente caso, as requerentes não provaram que houve obstáculos quanto ao estabelecimento da vida em família em seu próprio país de origem ou de seus maridos, ou que houve razões especiais pelas quais isso não poderia ser delas esperado.

[...]

Conseqüentemente, não houve nenhuma ‘falta de respeito’ para com a vida em família e, portanto, nenhuma violação do artigo 8º, enquanto considerado isoladamente”.⁵⁷

O resultado foi diferente, no entanto, quando a Corte examinou o caso com base no artigo 14, combinado com o artigo 8º da Convenção. A questão levantada foi, como alegado pelas mulheres requerentes, se essas cláusulas tinham sido violadas “como resultado de diferenças injustificáveis de tratamento em relação à garantia do direito ao respeito por sua vida em família, com base no sexo, na raça e também, no caso da sra. Balkandali, na origem”.⁵⁸

Valendo-se de sua bem fundamentada jurisprudência, a Corte sustentou que:

“De acordo com os propósitos do artigo 14, uma diferença de tratamento é discriminatória se ela ‘não tiver nenhuma justificativa objetiva e razoável’, isto é, se ela não almejar um ‘objetivo legítimo’ ou se não houver uma ‘relação razoável de

⁵⁷ Corte Eur. de DH, *Caso de Abdulaziz, Cabales e Balkandali contra o Reino Unido*, julgamento de 28 de maio de 1985, série A, nº 94, pág. 34, §§ 68-69.

⁵⁸ Id., pág. 35, § 70.

proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo a ser alcançado’.”⁵⁹

Entretanto, os Estados Contratantes “gozam de certa margem de consideração ao avaliar se, e até que ponto, diferenças em situações de qualquer outra forma semelhantes justificam um tratamento legal diferente”.⁶⁰

Não foi discutido o fato de que, segundo as normas relevantes, “era mais fácil para um homem estabelecido no Reino Unido do que para uma mulher também lá estabelecida obter permissão para seu esposo ou sua esposa de outra nacionalidade entrar ou permanecer no país para lá fixar residência”. O debate, portanto, concentrou-se na questão de essa diferença ter ou não uma justificativa objetiva e razoável.⁶¹ O Governo argumentou que aquela diferença no tratamento visava a limitar “a imigração primária” e era justificada “pela necessidade de *proteger o mercado interno de mão-de-obra*, em uma época de elevado desemprego”.⁶² Embora aceitasse que o objetivo de proteger o mercado interno de mão-de-obra “era, sem dúvida, legítimo”, a Corte concluiu que isso não estabelecia, por si só, a legitimidade da diferença estabelecida pelas normas em vigor.⁶³ Além disso, “o avanço quanto à igualdade dos sexos é, hoje, o alvo principal dos Estados membros do Conselho da Europa. Isso significa que razões muito fortes teriam de ser apresentadas antes que uma diferença de tratamento em razão do sexo pudesse ser considerada compatível com a Convenção”.⁶⁴

Após examinar os argumentos do Governo, a Corte declarou “que não [estava] convencida de que a diferença que, contudo, possa existir entre o respectivo impacto de homens e mulheres no mercado interno de mão-de-obra [fosse] suficientemente importante para justificar a diferença de tratamento, da qual as requerentes se queixaram, quanto à possibilidade de a esposa ou o marido, conforme o caso, de uma pessoa estabelecida no Reino Unido poder a ele ou a ela se unir”.⁶⁵ Embora aceitasse o argumento do Governo de que as normas também visavam à *melhora da tranqüilidade pública*, a Corte “não ficou convencida de que a distinção entre maridos e mulheres, estabelecida naquelas normas, servia àquele objetivo”.⁶⁶

A Corte, portanto, concluiu que as requerentes tinham sido vítimas de discriminação em razão do sexo, em violação do artigo 14 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos, combinado com o artigo 8º. Ainda concluiu, no entanto, que as requerentes não tinham sido discriminadas nem por motivo de raça, nem de origem.⁶⁷

⁵⁹ Id., pág. 35, § 72.

⁶⁰ Id., pág. 36, § 72.

⁶¹ Id., pág. 36, § 74.

⁶² Id., pág. 36, § 75; grifos nossos.

⁶³ Id., pág. 37, § 78.

⁶⁴ Id., pág. 38, § 78.

⁶⁵ Id., pág. 38, § 79.

⁶⁶ Id., pág. 39, § 81.

⁶⁷ Id., pág. 39, § 83, e pág. 41, §§ 86 e 89.

6.2.3 Direitos preferenciais de pensão

No caso de *Pauger contra a Áustria*, havia sido recusada ao autor uma pensão após a morte de sua esposa, por ele ter emprego remunerado. O autor alegou, em oposição ao artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que a Ata de Pensão Austríaca de 1965 “concedia tratamento preferencial a viúvas, que receberiam uma pensão, independentemente de sua renda, ao passo que viúvos podiam receber pensões apenas se não tivessem nenhum outro tipo de renda”.⁶⁸

O Comitê de Direitos Humanos concluiu que, em oposição ao artigo 26 da Convenção, ao autor “como viúvo, foram negados os benefícios da pensão em sua totalidade, da mesma forma que eram negados a viúvas”.⁶⁹ Ao decidir se a aplicação da Ata de Pensão nesse caso “caracterizava uma diferenciação fundamentada em critérios não-razoáveis ou não-objetivos”, o Comitê observou que, enquanto o direito de família austríaco impunha direitos e deveres iguais a ambos os cônjuges no que se refere a sua renda e sustento mútuo, a Ata de Pensão, conforme alterada em 1985, fornecia pensão integral a viúvos somente se eles não tivessem nenhuma outra fonte de renda, requisito esse que não se aplicava às viúvas. Na realidade, viúvos apenas passaram a ser tratados em condições iguais às das viúvas, a partir de 1º de janeiro de 1995.⁷⁰ No entender do Comitê, isso significava que “homens e mulheres cujas circunstâncias sociais são semelhantes estão sendo tratados de maneira diferente, meramente por questão de sexo”. Tal diferenciação não era razoável, o que foi também “implicitamente reconhecido” pelo Estado parte, quando ele ressaltou, em 1995, que “o objetivo final da legislação [era] atingir a igualdade total entre homens e mulheres”.⁷¹

6.2.4 Benefícios da previdência social

O artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos também foi violado no caso de *S.W.M. Broeks contra os Países Baixos*, pois a sra. Broeks tinha sido vítima de discriminação com base no sexo, na aplicação da então válida Lei do Auxílio-Desemprego dos Países Baixos.⁷² A fim de receber benefícios, segundo essa lei, uma mulher casada “tinha de provar ser o ‘ganha-pão’ da família, condição essa que não se aplicava a homens casados”. De acordo com o Comitê de Direitos Humanos, essa diferenciação colocava mulheres casadas em desvantagem em relação a homens casados e não era razoável.⁷³

⁶⁸ Comunicado nº 415/1990, *D. Pauger contra a Áustria* (Resoluções adotadas em 26 de março de 1992), no doc. das Nações Unidas GAOR, A/47/40, pág. 333, §§ 1º-2.1

⁶⁹ Id., pág. 336, § 8º.

⁷⁰ Id., págs. 335-336, § 7.4.

⁷¹ Id., pág. 336, § 7.4.

⁷² Comunicado nº 172/1984, *S. W. M. Broeks contra os Países Baixos* (Resoluções adotadas em 9 de abril de 1987), no doc. das Nações Unidas GAOR, A/42/40, pág. 150, §§14-15.

⁷³ Id., pág. 150, § 14. A mesma questão foi levantada no Comunicado nº 182/1984, *F. H. Zwaan-de Vries contra os Países Baixos* (Resoluções adotadas em 9 de abril de 1987), págs. 160-169.

6.2.5 Subsídios destinados a planos gerais de assistência à criança

No caso de *Van Raalte contra os Países Baixos*, o requerente queixou-se que a arrecadação de contribuições, conforme a Lei dos Países Baixos referente a Subsídios para Assistência à Criança, imposta a ele, um homem com mais de 45 anos de idade, solteiro e sem filhos, constituía uma violação do artigo 14 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos, combinado com o artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção, pelo fato de que nenhuma contribuição semelhante era, naquela época, exigida de mulheres da mesma idade, solteiras e sem filhos.⁷⁴

A Corte não teve nenhum problema ao examinar esse caso à luz do artigo 1º do Protocolo nº 1, já que ele tratava do direito do Estado de “assegurar o pagamento de tributos ou outros subsídios”.⁷⁵ Ela ainda considerou que a situação em questão constituía, sem dúvida, uma “diferença no tratamento” de pessoas em situações similares, fundamentada no sexo. A diferença concreta entre as duas categorias reconhecida pelo Governo, ou seja, “suas respectivas possibilidades biológicas de procriar”, não levou a Corte a uma conclusão diferente, pois era justamente aquela distinção “o cerne da questão quanto ao fato de a diferença no tratamento apontada poder ou não ser justificada”.⁷⁶

A Corte notou que um “aspecto-chave” do sistema era que “a obrigação de pagar tributos não dependia de nenhum direito em potencial a benefícios que o indivíduo pudesse ter ... Portanto, a isenção, no presente caso, era contrária ao caráter fundamental do sistema”.⁷⁷

No entanto, a Corte concluiu que, embora os Estados Contratantes “gozem de certa margem de consideração, segundo a Convenção, no que diz respeito à introdução de isenções para tais obrigações tributárias, o artigo 14 requer que qualquer medida dessa natureza refira-se, em princípio, imparcialmente, tanto a homens quanto a mulheres, a não ser que razões compelíveis tenham sido apresentadas para justificar uma diferença no tratamento”. A Corte não ficou convencida de que tais razões existiam no caso a ela exposto e concluiu que tinha havido uma violação do artigo 14, combinado com o artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção.⁷⁸

6.2.6 Auxílio à licença-maternidade/paternidade

No caso de *Petrovic contra a Áustria*, o resultado foi diferente, pois a Corte Européia de Direitos Humanos concluiu que a recusa por parte das autoridades austríacas de garantir licença-maternidade a um pai, pelo fato de tal licença ser válida apenas para

⁷⁴ Corte Eur. de DH, *Caso de Van Raalte contra os Países Baixos*, julgamento de 21 de fevereiro de 1997, *Relatórios 1997-I*, pág. 183, § 32.

⁷⁵ Id., pág. 184, §§ 34-35.

⁷⁶ Id., pág. 186, § 40.

⁷⁷ Id., pág. 187, § 41.

⁷⁸ Id., pág. 187, §§ 42-43.

mães, não excedeu a margem de consideração garantida ao Governo pelo artigo 14, combinado com o artigo 8º da Convenção.⁷⁹

A Corte ressaltou que, “na época, o auxílio à licença-maternidade era pago apenas a mães, não a pais, uma vez que um período de oito semanas após o nascimento tivesse passado e o direito ao auxílio-maternidade tivesse expirado”, e que não foi contestado que esse era um tratamento diferencial em razão do sexo.⁸⁰

A Corte aceitou que, tanto a mãe quanto o pai eram “igualmente destinados” a tomar conta da criança durante o período em questão. Além disso, considerando que “o avanço quanto à igualdade dos sexos é hoje a principal meta dos Estados membros do Conselho da Europa ... razões muito graves seriam necessárias para tal diferença no tratamento ser considerada compatível com a Convenção”.⁸¹

A Corte notou, porém, que “os Estados Contratantes gozam de certa margem de consideração ao avaliar se, e até que ponto, diferenças em situações de qualquer outra forma semelhantes justificam um tratamento legal diferente. A extensão da margem de consideração variará conforme as circunstâncias, o assunto em questão e seu motivo; quanto a isso, um dos fatores relevantes pode ser a existência ou a não-existência de concordância entre as leis dos Estados Contratantes”.⁸²

Estava claro que, de acordo com a Corte, “na época, ou seja, no final de 1980, não havia nenhum critério comum nesse campo, já que a maioria dos Estados Contratantes não pagava auxílio-maternidade a pais”. Foi apenas gradualmente que os Estados europeus “voltaram-se para uma divisão mais igual, entre homens e mulheres, das responsabilidades quanto à criação de suas crianças”. “Parecia, portanto, difícil criticar a legislatura austríaca por haver introduzido, de maneira gradual, refletindo a evolução da sociedade naquele campo, legislação que, considerando todos os fatos, é muito avançada na Europa.”⁸³ Conseqüentemente, as autoridades austríacas “não haviam excedido a margem de consideração permitida a elas”, de forma que “a diferença de tratamento reclamada não foi discriminatória de acordo com o teor do artigo 14”.⁸⁴

6.2.7 Obtenção de cidadania

Em seu parecer consultivo sobre as *Emendas Propostas às Cláusulas de Naturalização da Constituição de Costa Rica*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que essas emendas constituíam uma discriminação que era

⁷⁹ Corte Eur. de DH, *Caso de Petrovic contra a Áustria*, julgamento de 27 de março de 1998, *Relatórios 1998-II*, pág. 588, § 43.

⁸⁰ Id., pág. 587, §§ 34-35.

⁸¹ Id., pág. 587, §§ 36-37.

⁸² Id., pág. 587, § 38.

⁸³ Id., pág. 588, §§ 40-41.

⁸⁴ Id., pág. 588, § 43.

incompatível com os Artigos 17(4) (igualdade de direitos entre cônjuges durante o casamento) e 24 (direito a igual proteção) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na medida em que favoreciam apenas um dos cônjuges. De acordo com o artigo 14(4) da emenda proposta, “uma mulher estrangeira que, por casar com um costarriquenho, perde sua nacionalidade, ou que depois de dois anos de casamento com um costarriquenho e o mesmo período de residência no país demonstre o desejo de assumir aquela nacionalidade”, seria naturalizada costarriquenha.⁸⁵ Na opinião da Corte, teria sido mais coerente com a Convenção se o texto se referisse a “qualquer ‘estrangeiro’ que casar com uma pessoa de origem costarriquenha”.⁸⁶

6.3 Língua

O uso da Língua foi levantado no caso de *Diergaardt et al. contra a Namíbia*, no qual os autores, todos membros da Comunidade Rehoboth Baster, alegaram violação do artigo 26, *inter alia*, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, pois a eles havia sido negado o uso de seu idioma pátrio, o holandês sul-africano, nas áreas de administração, justiça, educação e vida pública.⁸⁷ Nesse caso, em que “o devido peso” tinha de ser dado às alegações dos autores na ausência de uma resposta do Governo, o Comitê ressaltou que os autores tinham provado que o Estado parte havia “instruído funcionários públicos a não responder, em holandês sul-africano, às comunicações orais ou escritas dos autores com as autoridades, mesmo se eles fossem perfeitamente capazes de fazê-lo”. Essas instruções barravam o uso do holandês sul-africano, não apenas na emissão de documentos públicos, como também em conversas telefônicas.⁸⁸ A conclusão foi que os autores, de língua holandesa sul-africana, foram vítimas de violação do artigo 26 do Pacto.⁸⁹

Uma pessoa, cujo idioma pátrio era o bretão e que também falava o francês, queixou-se de violação do artigo 26 do Pacto, pois ele não teve permissão para usar a língua bretã durante procedimentos judiciais. O Comitê de Direitos Humanos destacou, entretanto, que o autor “não tinha provado que ele ou as testemunhas a seu favor eram incapazes de se dirigirem ao tribunal em francês simples mas adequado”.⁹⁰ Na opinião do Comitê, o direito a um julgamento justo, previsto no artigo 14(1) do Pacto, combinado

⁸⁵ Corte Interamericana de DH, Emendas Propostas às Cláusulas de Naturalização da Constituição de Costa Rica, Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984, série A, nº 4, pág. 111, § 67 combinado com a pág. 82, pág. 109, § 64, e pág. 113, questão 5.

⁸⁶ Id., págs. 111-112, § 67. Leis referentes a nacionalidade não devem, certamente, discriminar por nenhum outro motivo. Em suas observações finais sobre o primeiro, segundo, terceiro e quarto relatórios periódicos da Estônia, o Comitê de Eliminação da Discriminação Racial expressou “especial preocupação quanto ao fato de que as cláusulas referentes às cotas restritas de imigração, estabelecidas pela Lei para Estrangeiros de 1993, se aplicam a cidadãos da maioria dos países do mundo, com exceção da União Européia, Noruega, Islândia e Suíça”. Recomendou “que o sistema de cota seja aplicado sem discriminação quanto a raça, origem étnica ou nacional”, doc. das Nações Unidas GAOR, A/55/18, pág. 25, § 81.

⁸⁷ Comunicado nº 760/1997, *J. G. A. Diergaardt et al. contra a Namíbia* (Resoluções adotadas em 25 de julho de 2000), no doc. das Nações Unidas GAOR, A/55/40 (II), pág. 147, § 10.10.

⁸⁸ Id., loc. cit.

⁸⁹ Id.

⁹⁰ Comunicado nº 219/1986, *Dominique Guesdon contra a França* (Resoluções adotadas em 25 de julho de 1990), no doc. GAOR, A/45/40 (II), pág. 67, § 10.3.

com o artigo 14(3)(f), “não implica que o acusado possa permitir-se a possibilidade de se expressar na língua que fale normalmente ou que fale com muita facilidade”. Se a Corte estiver certa, como as duas Cortes estavam nesse caso, que “o acusado é suficientemente fluente na língua da Corte, não é preciso determinar se seria preferível para o acusado expressar-se em outra língua que não a da Corte”.⁹¹ De acordo com a lei francesa, o autor teria tido o direito de usar os serviços de um intérprete, caso tivesse sido necessário. Como aquele não foi o caso, ele não foi vítima de violação do artigo 26 ou de nenhuma outra cláusula do Pacto.⁹²

No caso de *Ballantyne et al.* contra o Canadá, os autores, que eram de língua inglesa mas moravam em Quebec, alegaram que a proibição do uso da língua inglesa, para fins de publicidade, era uma violação do artigo 26 do Pacto. O Comitê de Direitos Humanos concluiu que os autores não tinham sido vítimas de discriminação em razão de sua língua, já que a proibição se estendia tanto a pessoas de língua inglesa quanto francesa, de modo que “uma pessoa de língua francesa que [quisesse] fazer um anúncio em inglês, com o intuito de alcançar aquelas pessoas de sua clientela que falam inglês”, não poderia fazê-lo.⁹³

6.4 Religião ou Credo

6.4.1 Objeção ao serviço militar por razão de consciência

O Comitê de Direitos Humanos sustentou firmemente que, segundo o artigo 8º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, os Estados partes “podem exigir serviço de caráter militar e, em caso de objeção por motivo de consciência, serviço nacional alternativo, *desde que tal serviço não seja discriminatório*”.⁹⁴ No caso de *F. Foin contra a França*, o autor queixou-se que a lei francesa, a qual exigia 24 meses de serviço nacional alternativo para pessoas que recusavam-se a cumprir o serviço militar e 12 meses de serviço militar, era discriminatória e violava o princípio de igualdade perante a lei e igual proteção da lei, conforme garantido pelo artigo 26 do Pacto.⁹⁵ O Comitê reconheceu “que a lei e a prática podem estabelecer diferenças entre serviço nacional alternativo e serviço militar, e que tais diferenças podem, em determinado caso, justificar um período mais longo de serviço, desde que a diferenciação seja baseada em critérios razoáveis e objetivos, tais como a natureza do serviço específico em questão ou a necessidade de um treinamento especial a fim de executar aquele serviço”.⁹⁶

No caso de *Foin*, entretanto, o argumento usado pelo Governo foi que “dobrar o tempo de serviço era a única maneira de testar a sinceridade da convicção de

⁹¹ Id., loc. cit.

⁹² Id., pág. 68, §§ 10.4-11.

⁹³ Comunicados nºs 359/1989 e 385/1989, *J. Ballantyne e E. Davidson, e G. McIntyre contra o Canadá*, no doc. das Nações Unidas GAOR, A/48/40 (II), pág. 103, § 11.5.

⁹⁴ Ver, por exemplo, Comunicado nº 666/1995, *F. Foin contra a França* (Resoluções adotadas em 3 de novembro de 1999), no doc. das Nações Unidas GAOR, A/55/40 (II), pág. 37, § 10.3; grifos nossos.

⁹⁵ Id., loc. cit.

⁹⁶ Id.

um indivíduo”. Na opinião do Comitê, tal argumento não satisfaz o requisito de “que a diferença no tratamento ... foi baseada em critérios razoáveis e objetivos”. O artigo 26 do Pacto tinha, portanto, sido violado, “uma vez que o autor foi discriminado por sua convicção em razão de consciência”.⁹⁷

No caso de *Järvinen contra a Finlândia*, por outro lado, o Comitê não encontrou nenhuma violação do artigo 26. O autor alegou ter sido discriminado, uma vez que o serviço alternativo durou 16 meses, enquanto o serviço militar durava somente oito. O tempo de serviço alternativo tinha sido estendido de 12 para 16 meses quando a lei foi modificada, de forma que os requerentes eram designados para o serviço civil unicamente com base em suas próprias declarações, sem ter de provar suas convicções.⁹⁸ O legislador julgou tal prolongamento ser “o indicador mais apropriado das convicções de um conscrito”.⁹⁹ Considerando essa *ratio legis* detalhadamente, o Comitê concluiu que “os novos ajustes eram destinados a facilitar a administração do serviço alternativo”. A legislação era, portanto, “fundamentada em considerações práticas e não tinha nenhum propósito discriminatório”.¹⁰⁰ O Comitê estava, no entanto, ciente de

“que o impacto da diferenciação legislativa atua com o prejuízo dos opositores autênticos por consciência, cuja filosofia exigirá, necessariamente, que aceitem o serviço civil. Concomitantemente, os novos ajustes não foram meramente voltados para a conveniência somente do Estado. Eles livraram os opositores por consciência da muitas vezes difícil tarefa de convencer a junta examinadora da autenticidade de suas crenças e permitiram que maior número de indivíduos pudesse optar, provavelmente, pela possibilidade do serviço alternativo”.¹⁰¹

Um aspecto legal diferente surgiu no caso de *Thlimmenos contra a Grécia*, cuja origem foi causada pela condenação do requerente, que era Testemunha de Jeová, pelo Tribunal Permanente do Exército de Atenas, sob acusação de insubordinação, ao recusar-se a usar uniforme militar, em uma época de mobilização geral. Ele foi condenado a quatro anos de prisão, mas saiu em liberdade condicional depois de dois anos e um dia.¹⁰² O requerente, posteriormente, tirou o segundo lugar entre 60 candidatos, em um concurso público para admissão de 112 contadores juramentados, mas

⁹⁷ Id. Para motivo idêntico, ver Comunicado nº 689/1996, *R. Maille contra a França* (Resoluções adotadas em 10 de julho de 2000), pág. 72, § 10.4.

⁹⁸ Comunicado nº 295/1988, *A. Järvinen contra a Finlândia* (Resoluções adotadas em 25 de julho de 1990), no doc. das Nações Unidas GAOR, A/45/40 (II), pág. 101, § 2.1, pág. 102, § 3.1, e pág. 104, § 6.1.

⁹⁹ Id., pág. 102, § 2.2.

¹⁰⁰ Id., pág. 105, § 6.4.

¹⁰¹ Id., pág. 105, § 6.5.

¹⁰² *Corte Eur. de DH, Caso de Thlimmenos contra a Grécia, julgamento de 6 de abril de 2000*, § 7º do texto da decisão, conforme publicado no web site da Corte: <http://www.echr.coe.int/>

o Conselho Executivo do Instituto Grego dos Contadores Juramentados recusou-se a nomeá-lo, porque ele havia sido condenado por um delito grave.¹⁰³ O requerente apelou, sem êxito, para a Suprema Corte Administrativa, solicitando, *inter alia*, seu direito a liberdade de religião e igualdade perante a lei. A Corte decidiu que o Conselho tinha agido de acordo com a lei quando, segundo os propósitos de aplicação do artigo 22(1) do Código Civil dos Funcionários Públicos, levou em consideração a condenação anterior do requerente.¹⁰⁴ De acordo com essa cláusula, ninguém acusado de delito grave poderia ser designado para o serviço público e, de acordo com o Decreto-Lei nº 3329/1955, conforme alterado, uma pessoa não qualificada para o serviço público não poderia ser nomeada para o cargo de contador juramentado.¹⁰⁵

Perante a Corte Européia, o requerente não se queixou de sua condenação inicial por insubordinação, mas somente do fato de “que a lei, ao rejeitar que pessoas acusadas de delito grave ocupassem o posto de contador juramentado, não fazia distinção entre pessoas condenadas como resultado de suas crenças religiosas e pessoas condenadas por outros motivos”.¹⁰⁶ A Corte analisou a queixa segundo o artigo 9º (direito a liberdade de pensamento, consciência e religião) e o artigo 14 da Convenção. O artigo 9º era relevante, pois o requerente era membro das Testemunhas de Jeová, um grupo religioso comprometido com o pacifismo.¹⁰⁷ Como observado acima, a Corte notou, nesse caso, que “o direito de não ser discriminado no gozo dos direitos garantidos pela Convenção é também violado quando os Estados, sem justificativa objetiva e razoável, deixam de tratar, de maneira diferente, pessoas cujas situações são significativamente diferentes.”¹⁰⁸ Ela, então, teve de analisar

- “se o fato de o requerente não ter sido tratado de modo diferente de outras pessoas condenadas por delito grave visava a um objetivo legítimo” e, se visasse,
- “se havia uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim a ser alcançado”.¹⁰⁹
-

A Corte observou que “os Estados têm interesse legítimo em excluir alguns transgressores da profissão de contador juramentado”. Entretanto, ela considerou que

“diferentemente de outras condenações por crimes graves, uma condenação pela recusa, por motivos religiosos ou filosóficos, do uso do uniforme militar não pode implicar nenhuma desonestidade ou depravação moral capaz de prejudicar a habilidade do

¹⁰³ Id., § 8º.

¹⁰⁴ Id., §§ 9º-13.

¹⁰⁵ Id., §§ 15-16.

¹⁰⁶ Id., § 33.

¹⁰⁷ Id., § 42.

¹⁰⁸ Id., § 44.

¹⁰⁹ Id., § 46.

transgressor de exercer sua profissão. A rejeição do requerente por motivo de incompetência, portanto, não foi justificada”.¹¹⁰

Em resposta ao argumento do Governo que “pessoas que se recusam a servir seu país devem ser punidas apropriadamente”, a Corte ressaltou que o requerente já havia cumprido pena de prisão por sua recusa. Nessas circunstâncias, a Corte considerou que “a imposição de outra sanção ao requerente era desproporcional”. Por conseguinte, “a rejeição do requerente para a profissão de contador juramentado não visava a um objetivo legítimo. Como resultado, [a Corte concluiu que] não houve justificativa objetiva e razoável para não tratar o requerente de maneira diferente de outras pessoas condenadas por delito grave”.¹¹¹ Tinha havido, portanto, violação do artigo 14 da Convenção Européia, combinado com o artigo 9º.

6.4.2 O dever de usar equipamento de segurança no trabalho

Um homem da religião Sikh queixou-se ao Comitê de Direitos Humanos que seu direito de manifestar sua religião, conforme reconhecido pelo artigo 18 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, tinha sido violado, por causa da exigência, segundo as normas de segurança, do uso de capacete, em vez de turbante, durante seu trabalho, o qual consistia em fazer a inspeção noturna da estrutura inferior dos trens, de um poço localizado entre os trilhos, e também a manutenção dentro e fora do trem, como, por exemplo, no motor. O Comitê analisou a queixa conforme o artigo 18 do Pacto e também *ex officio* conforme o artigo 26, e chegou à conclusão que, em ambos os casos, o resultado foi o mesmo: conforme o artigo 18(3), a limitação do direito de o autor manifestar sua religião era justificada pela referência aos motivos previstos no artigo 18(3), e, conforme o artigo 26, ela era uma medida razoável, que visava a propósitos objetivos, compatíveis com o Pacto.¹¹² Em outras palavras, era uma medida razoável e objetiva requerer que funcionários em cargos federais fossem protegidos contra ferimento e choque elétrico pelo uso de capacetes.¹¹³

6.4.3 Verbas públicas destinadas a escolas religiosas

A ação de *A. H. Waldman contra o Canadá* referia-se a verbas públicas para escolas religiosas, na província de Ontário, no Canadá. As escolas Católicas Romanas de Ontário são as únicas escolas não-leigas a receber verba total e direta, enquanto a escola particular judaica, na qual o autor mantinha seus dois filhos, não recebia nada, de modo que o autor tinha de pagar a taxa total de anuidade.¹¹⁴ A questão que surgiu foi: se a verba pública destinada às escolas Católicas Romanas, em relação à exclusão das escolas da religião do autor, constituía uma violação do artigo 26 da Convenção.

¹¹⁰ Id., § 47.

¹¹¹ Id., loc. cit.

¹¹² Comunicado nº 208/1986, *K. Singh Bhinder contra o Canadá* (Resoluções adotadas em 9 de novembro de 1989), no doc. das Nações Unidas GAOR, A/45/40 (II), pág. 54, § 6.2.

¹¹³ Id., loc. cit.

¹¹⁴ Comunicado nº 694/1996, *A. H. Waldman contra o Canadá* (Resoluções adotadas em 3 de novembro de 1999), no doc. das Nações Unidas GAOR, A/55/40 (II), pág. 87, § 1.2.

O Comitê rejeitou o argumento do Governo de que a distinção baseava-se em critérios objetivos e razoáveis, pois o tratamento privilegiado dado a escolas Católicas Romanas era reconhecido pela Constituição. O Comitê observou que essa distinção datava de 1867, e que não havia nada que provasse “que membros da comunidade Católica Romana, ou qualquer seção identificável como pertencente àquela comunidade, estejam, no presente momento, em posição de desvantagem em relação àqueles membros da comunidade judaica que desejam assegurar a educação de seus filhos em escolas religiosas”.¹¹⁵ Concluiu que “as diferenças no tratamento entre escolas religiosas Católicas Romanas, as quais recebem verba pública como parte diferenciada do sistema educacional público, e escolas da religião do autor, que são particulares por exigência, não podem ser consideradas razoáveis e objetivas”.¹¹⁶

Finalmente, o Governo canadense argumentou que os objetivos de seu sistema leigo de educação pública eram compatíveis com o princípio da não-discriminação contido no Pacto, ao que o Comitê replicou que “os objetivos do sistema declarados não justificam a verba exclusiva destinada a escolas religiosas Católicas Romanas”.¹¹⁷ Ademais, observou que “o Pacto não obriga os Estados partes a fornecer verbas para escolas instituídas em bases religiosas. No entanto, se um Estado parte optar por fornecer verba pública a escolas religiosas, ele deveria tornar essa verba disponível, sem discriminação. Isso significa que o fornecimento de verba a escolas de determinado grupo religioso e não a outras de outros grupos deve ser fundamentado em critérios razoáveis e objetivos”, o que não foi o caso com relação à escola do autor.¹¹⁸

6.4.4 Falta de respaldo legal para fins de mover ações judiciais

A Corte Européia de Direitos Humanos concluiu que o artigo 14, combinado com o artigo 6º(1) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos, tinha sido violado no caso da *Igreja Católica de Canea contra a Grécia*. A Igreja em questão tinha tentado mover uma ação judicial contra duas pessoas que moravam ao lado da Catedral da Diocese Católica Romana de Creta, as quais haviam demolido um dos muros que circundavam a Igreja. O propósito da ação judicial era obter uma sentença que obrigasse os acusados a acabar com o transtorno e restaurar a condição existente anteriormente.¹¹⁹ Entretanto, a Corte de Cassação, conclusivamente, decretou que a Igreja não tinha nenhuma condição legal, já que não havia cumprido com as leis do Estado quanto à aquisição da condição de personalidade jurídica.¹²⁰

Perante a Corte Européia, a Igreja requerente “sustentou que foi vítima da

¹¹⁵ Id., pág. 97, §§ 10.3-10.4

¹¹⁶ Id., pág. 97, § 10.5.

¹¹⁷ Id., pág. 97, § 10.6.

¹¹⁸ Id., págs. 97-98, § 10.6.

¹¹⁹ Corte Eur. de DH, *Caso da Igreja Católica de Canea contra a Grécia*, julgamento de 16 de dezembro de 1997, Relatórios 1997-VIII, págs. 2847-2848, §§ 6º-8º.

¹²⁰ Id., págs. 2849-2850, § 13.

discriminação incompatível com o artigo 14, já que a destituição de seu direito de mover ou desfazer ações judiciais era fundamentada exclusivamente no critério da religião”.¹²¹ Para a Corte, foi suficiente notar que “a Igreja requerente, [que era] proprietária de seu terreno e edifício, [tinha sido] impedida de mover uma ação judicial para protegê-los, ao passo que a Igreja Ortodoxa ou a Comunidade Judaica podiam fazê-lo a fim de proteger seus próprios bens, sem nenhuma formalidade ou procedimento necessário”. O artigo 14, combinado com o artigo 6º(1) da Convenção, tinha sido violado, já que o Governo não apresentou “nenhuma justificativa objetiva e razoável para tal diferença de tratamento”.¹²²

6.5 Bens

A ação de *Chassagnou e Outros contra a França*, analisada pela Corte Européia de Direitos Humanos, é um caso complexo quanto ao uso dos direitos de propriedade e caça na França. Em geral, os requerentes, que eram todos fazendeiros e/ou proprietários de terras que moravam na França, sustentaram que, de conformidade com a Lei Francesa nº 64-696 de 1964, a assim chamada “Loi Verteille”, “havia sido obrigados, não obstante sua oposição à caça por motivos éticos, a transferir os direitos de caça em suas terras a associações municipais autorizadas de caçadores, haviam se tornado automaticamente membros daquelas associações e não podiam impedir a caça em suas propriedades”. Isso violava, a seu ver, o artigo 11 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos, o artigo 1º do Protocolo nº 1 do mesmo e o artigo 14 da Convenção, segundo os quais “somente proprietários de terras que excedam determinada área mínima podem estar livres da transferência compulsória dos direitos de caça, em suas terras, para associações municipais autorizadas de caçadores, e, assim, impedir a caça e evitar tornarem-se membros de tais associações”.¹²³

Por razões que vão além do objetivo deste capítulo, a Corte Européia, primeiramente, concluiu que tanto o artigo 1º do Protocolo nº 1 quanto o artigo 11 tinham sido violados.¹²⁴ Ela também decidiu que tinha havido violação do artigo 1º do Protocolo nº 1, combinado com o artigo 14 da Convenção, concluindo que “já que o resultado da diferença no tratamento de grandes e pequenos proprietários de terras é dar apenas aos primeiros o direito de usar suas terras de acordo com sua consciência, isso constitui discriminação por motivo de propriedade, conforme previsto no artigo 14 da Convenção”.¹²⁵ Finalmente, a Corte decidiu que tinha havido violação do artigo 11, combinado com o artigo 14, concluindo que o Governo não tinha apresentado “nenhuma justificativa objetiva e razoável” quanto à diferença no tratamento, que obrigasse pequenos proprietários de terras a tornarem-se membros de associações municipais de

¹²¹ Id., pág. 2860, § 44.

¹²² Id., pág. 2861, § 47.

¹²³ *Corte Eur. de DH, Caso de Chassagnou e Outros contra a França, julgamento de 29 de abril de 1999, Relatórios 1999-III, pág. 50, § 66.*

¹²⁴ Id., págs. 57-58, § 85 (no artigo 1º do Protocolo nº 1: havia uma obrigação desproporcional para pequenos proprietários de terra), e pág. 67, § 117 (art. 11: compulsão para participar de uma associação “fundamentalmente contrária” às próprias convicções).

¹²⁵ Id., pág. 60, § 95.

caça mas que permitisse que grandes proprietários se isentassem da participação compulsória como membros, “quer eles exerçam seu direito exclusivo de caçar em sua propriedade, quer prefiram, por conta de suas convicções, usar a terra como reserva ecológica ou natural”.¹²⁶

6.6 Nascimento ou outra condição

6.6.1 Benefícios da previdência social para casais, casados ou não

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos não requer que os Estados partes adotem leis de previdência social, mas, se adotarem, tal legislação deve cumprir com o artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e quaisquer distinções feitas no gozo dos benefícios “devem ter como base critérios razoáveis e objetivos”.¹²⁷ No caso de *M. Th. Sprenger contra os Países Baixos*, a autora, que coabitava com um homem sem ser casada com ele, queixou-se que seu direito, de acordo com o artigo 26, tinha sido violado, já que a ela fora “negada a utilização do plano de saúde em conjunto pela Lei do Seguro Saúde, a qual fazia distinção entre casais casados e não-casados, embora outras leis de previdência social já reconhecessem a igualdade de condição entre o direito comum e os casamentos oficiais”.¹²⁸

O Comitê, contudo, ressaltou que “desenvolvimentos na área social ocorrem dentro dos Estados partes, e o Comitê, a esse respeito, tem tomado conhecimento de leis recentes que refletem esses desenvolvimentos, inclusive as emendas à Lei do Seguro Saúde”, que reconheceram a igualdade do direito comum e dos casamentos oficiais a partir de 1º de janeiro de 1988.¹²⁹ O Comitê também considerou a explicação do Estado parte de que não tinha havido nenhuma abolição geral da distinção entre pessoas casadas e coabitantes e as razões dadas para a continuidade desse tratamento diferencial. Ele concluiu que esse tratamento diferencial era fundamentado em motivos razoáveis e objetivos.¹³⁰ Finalmente, o Comitê observou que “a decisão da legislatura de um Estado de alterar uma lei não implica que essa lei seja necessariamente incompatível com o Pacto; os Estados partes são livres para alterar leis que sejam compatíveis com o Pacto e ir além das obrigações do Pacto ao oferecer direitos e benefícios adicionais não exigidos por ele.”¹³¹

¹²⁶ Id., pág. 68, § 121. A Lei criou “uma diferença no tratamento de pessoas em condições comparáveis, a saber, os proprietários de terras ou os direitos de caça, já que aqueles que possuem 20 ou mais hectares de terra em um único lote podem reclamar a inclusão de sua terra [na associação municipal de caçadores] em área de caça, evitando, assim, a participação compulsória na associação, enquanto aqueles que, como os requerentes, que possuem menos de 20 ou 60 (sic) hectares de terra não podem”, pág. 68, § 120.

¹²⁷ Comunicado nº 395/1990, *M. Th. Sprenger contra os Países Baixos* (Resoluções adotadas em 31 de março de 1992), no doc. das Nações Unidas GAOR, A/47/40, pág. 321, § 7.2.

¹²⁸ Id., pág. 320, § 3º.

¹²⁹ Id., pág. 322, § 7.4, combinado com a pág. 320, § 2.5.

¹³⁰ Id., pág. 322, § 7.4.

¹³¹ Id., pág. 322, § 7.5.

6.6.2 Direitos a herança

A ação de *Mazurek contra a França* dizia respeito a cláusulas da lei francesa que limitavam os direitos de herança do requerente quanto ao patrimônio de sua mãe, em comparação com os direitos de seu meio-irmão. De acordo com a lei, filhos ilegítimos tinham o direito de receber apenas “metade da parte à qual eles teriam tido direito, se todos os filhos da pessoa falecida, inclusive eles mesmos, tivessem sido legítimos” (art. 760 do Código Civil).¹³² O requerente era fruto de uma relação adúltera, enquanto seu irmão, que era filho natural, tinha sido legitimado pelo casamento de sua mãe.

A Corte examinou o caso como uma suposta violação do direito do requerente ao gozo tranqüilo de seus bens, conforme o artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos, combinado com o princípio da não-discriminação, contido no artigo 14. O artigo 1º do Protocolo nº 1 era relevante, pois o patrimônio de sua mãe falecida era propriedade comum aos meios-irmãos.¹³³

Ao examinar se essa diferença no tratamento era discriminatória, a Corte enfatizou que “a Convenção é um instrumento vivo, que deve ser interpretado de acordo com as condições atuais”, e que, “atualmente, os Estados membros do Conselho da Europa atribuem grande importância à questão da igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos, no tocante a seus direitos civis”.¹³⁴ “Razões muito graves teriam, portanto, de ser aventadas, antes que uma diferença de tratamento por motivo de origem ilegítima pudesse ser considerada compatível com a Convenção.”¹³⁵

Embora a Corte aceitasse como legítimo o argumento do Governo de que a lei francesa visava à proteção da família tradicional, a questão que permanecia era “se, quanto aos meios empregados, a determinação de uma diferença de tratamento entre filhos adúlteros e filhos legítimos ou ilegítimos mas não frutos de relações adúlteras, no que diz respeito à herança de seus pais, mostra-se proporcional e adequada em relação ao objetivo almejado”.¹³⁶

A Corte, então, ressaltou que “a instituição da família não é estável, seja histórica, sociológica ou mesmo legalmente”, e referiu-se ao desenvolvimento legal, tanto na França quanto em nível universal, que favorece o aumento da igualdade entre filhos de origem distinta. Em oposição à afirmação do Governo francês, a Corte também notou, com relação à situação em outros Estados membros do Conselho da Europa, que havia “uma tendência evidente a favor da erradicação da discriminação contra filhos de origem adúltera. [Ela não poderia] ignorar tal tendência em sua interpretação, necessariamente dinâmica, das cláusulas relevantes da Convenção”.¹³⁷ A Corte, portanto, concluiu que não

¹³² *Corte Eur. de DH, Caso de Mazurek contra a França, julgamento de 1º de fevereiro de 2000*, §§ 17 e 23 do texto da decisão, conforme publicado no web site da Corte: <http://www.echr.coe.int/>

¹³³ *Id.*, §§ 41-43.

¹³⁴ *Id.*, § 49.

¹³⁵ *Id.*, loc. cit.

¹³⁶ *Id.*, §§ 50-51.

¹³⁷ *Id.*, § 52.

havia nenhum motivo, no presente caso, que justificasse discriminação com base em origem ilegítima. De qualquer forma, “uma pessoa nascida de uma relação adúltera não pode ser culpada por circunstâncias pelas quais ela não é responsável. A conclusão de que o requerente foi penalizado na divisão dos bens de seu patrimônio, em virtude de sua condição de filho adúltero, [era] inevitável”.¹³⁸ O resultado foi “que não havia uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo a ser alcançado”, e o artigo 14 da Convenção, combinado com o artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção, tinha sido, portanto, violado.¹³⁹

No caso de *Marckx contra a Bélgica*, a Corte Européia de Direitos Humanos também encontrou, entre várias outras violações, uma violação do artigo 14 da Convenção, combinado com o direito ao respeito pela vida em família, conforme garantido pelo artigo 8º, na medida em que havia diferença de tratamento, pela lei belga, entre filhos “ilegítimos” e “legítimos”, com relação aos direitos de herança.¹⁴⁰ A segunda requerente, Alexandra, havia recebido apenas direitos limitados para receber bens de sua mãe biológica antes de sua adoção pela mesma, e não teve, em nenhum momento, tanto antes quanto depois de sua adoção, nenhum direito reconhecido sobre o patrimônio dos membros da família de sua mãe.¹⁴¹ A Corte concluiu que tais diferenças no tratamento não ofereciam “justificativas objetivas e razoáveis”. Portanto, tinha havido violação do artigo 14, combinado com o artigo 8º da Convenção.¹⁴²

A capacidade legal limitada da mãe de Alexandra, Paula, de dispor de seus bens em favor de sua filha, desde a data de seu reconhecimento até sua adoção, também constituía violação do direito de Paula de não estar sujeita a discriminação. Segundo a opinião da Corte Européia, a distinção feita a esse respeito entre mães casadas e não-casadas carecia de “justificativa objetiva e razoável” e, portanto, era contrária ao artigo 14, combinado com o artigo 8º da Convenção.¹⁴³ A limitação do direito da mãe solteira, enquanto comparada à mãe casada, de fazer doações de seus bens e doações de bens por meio de testamento em favor de seus filhos também era uma violação do artigo 14 combinado com o artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção, de acordo com os quais todas as pessoas têm o direito ao gozo tranqüilo de suas posses.¹⁴⁴

6.6.3. Condições de nascimento ou descendência para candidatos presidenciais

No caso apresentado pela *Fundação de Recursos Jurídicos contra a Zâmbia*, a Comissão Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos teve de examinar a Emenda de 1996 à Constituição Zambiana, de acordo com a qual qualquer pessoa que quisesse

¹³⁸ Id., § 54.

¹³⁹ Id., § 55.

¹⁴⁰ *Corte Eur. de DH, Caso de Marckx contra a Bélgica, julgamento de 13 de junho de 1979, série A, nº 31, pág. 22, § 48.*

¹⁴¹ Id., págs. 24-25, §§ 55-56.

¹⁴² Id., loc. cit. e pág. 26, § 59.

¹⁴³ Id., págs. 26-27, §§ 60-62.

¹⁴⁴ Id., págs. 27-28, §§ 63-65.

concorrer ao cargo de presidente do país teria de provar que seus pais eram ambos cidadãos zambianos, por nascimento no país ou descendência. Foi alegado que a emenda privaria de seus direitos civis de se elegerem como candidatos à presidência cerca de 35% do eleitorado zambiano.¹⁴⁵

A Comissão Africana ressaltou que o artigo 2º da Carta “repudia a discriminação por quaisquer dos motivos expostos, entre eles ‘língua ... origem nacional e social ... nascimento ou outra condição’. O direito a igualdade é muito importante. Significa que cidadãos devem esperar ser tratados de maneira imparcial e justa pelo sistema jurídico e ter a segurança de igual tratamento perante a lei e igual aproveitamento dos direitos disponíveis para todos os outros cidadãos”.¹⁴⁶ Na opinião da Comissão, o direito a igualdade é também importante porque afeta a capacidade de usufruir de outros direitos. Por exemplo, uma pessoa que esteja em desvantagem por causa do local de seu nascimento ou de sua origem social “pode votar em outras, mas sofre restrições ao se candidatar ao cargo. Em outras palavras, o país pode ser privado da liderança e das contribuições que tal pessoa possa trazer para a vida nacional”. A Comissão observou, sob esse aspecto, que, “em um número cada vez maior de estados africanos, essas formas de discriminação têm causado violência e instabilidade social e econômica, que não têm beneficiado a ninguém”.¹⁴⁷

A Comissão analisou essa queixa cuidadosamente, não apenas conforme o artigo 2º da Carta, mas também conforme o artigo 13, referente ao direito que todo cidadão tem de “participar livremente do governo de seu país, tanto diretamente como através de representantes escolhidos livremente”. Levando em consideração a história da Zâmbia, ela concluiu que direitos que tinham sido usufruídos por trinta anos não poderiam ser “facilmente abolidos”, e que a aplicação retrospectiva da medida impugnada não poderia ser justificada segundo a Carta Africana. “O sofrimento, em tal exemplo, não é apenas causado ao cidadão, que sofre discriminação por causa do local de origem”, mas também o direito de os cidadãos da Zâmbia escolherem livremente seus representantes políticos é violado.¹⁴⁸ Os artigos 2º e 13 da Carta, bem como o direito a igualdade perante a lei, conforme garantido pelo artigo 3º(1), tinham, por conseguinte, sido violados.

6.7 Origem nacional

O caso de *Gueye et al. contra a França* foi apresentado por 743 membros senegaleses aposentados do Exército Francês, os quais alegaram que a França tinha violado o artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, pois sua lei garantia “tratamento diferente quanto à determinação de pensões para soldados aposentados de nacionalidade senegalesa, que serviram o Exército Francês antes da

¹⁴⁵ CADHP, Fundação de Recursos Jurídicos contra a Zâmbia, Comunicado nº 211/98, decisão adotada durante a 29ª sessão Ordinária, 23 de abril – 7 de maio de 2001, § 52 do texto da decisão, conforme publicado em:

<http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/211-98.html>

¹⁴⁶ Id., § 63.

¹⁴⁷ Id., loc. cit.

¹⁴⁸ Id., §§ 71 e 72.

independência do Senegal em 1960”, uma vez que eles recebiam pensões “inferiores àquelas recebidas por soldados franceses de nacionalidade francesa”. Na opinião dos autores, isso constituía discriminação racial.¹⁴⁹

Embora o Comitê não encontrasse nenhuma evidência que justificasse a alegação de discriminação racial, ele ainda tinha de determinar se a situação criticada se encaixava no teor do artigo 26, sob qualquer outra razão.¹⁵⁰ Não obstante o fato de que “nacionalidade”, daquela forma, não figurasse entre os motivos proibidos de discriminação enumerados no artigo 26 do Pacto, o Comitê reconheceu que uma diferenciação fundamentada em nacionalidade tinha sido feita a partir da independência do Senegal, e que essa era uma questão que se enquadrava na referência a “outra condição”. Ele tinha, portanto, de determinar se a diferenciação era fundamentada em critérios razoáveis e objetivos.¹⁵¹

Ao fazer isso, o Comitê notou que “não foi a questão da nacionalidade que determinou a garantia das pensões aos autores, mas os serviços por eles prestados no passado ... Uma mudança subsequente de nacionalidade não [poderia], por si só, ser considerada justificativa suficiente para tratamento diferente, já que a base para a garantia da pensão era o mesmo serviço que, tanto eles como os soldados que permaneceram franceses, haviam prestado”.¹⁵² Ao considerar que não houve nenhum outro motivo legítimo que justificasse tratamento diferencial, o Comitê concluiu que a diferença “não [era] fundamentada em critérios razoáveis e objetivos” e, portanto, constituía discriminação proibida pelo artigo 26.¹⁵³

Em um caso referente à expulsão de africanos ocidentais de Angola, a Comissão Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos ressaltou que o artigo 2º da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos requer que os Estados partes assegurem, a pessoas que moram em seu território, o gozo dos direitos garantidos pela Carta, independentemente de serem nacionais ou não. No caso apresentado à Comissão, o direito a igualdade perante a lei por parte das pessoas expulsas, conforme o artigo 2º da Carta, tinha sido violado por causa de sua “origem”.¹⁵⁴

6.8 Conduta Sexual

O direito de não ser discriminado por conduta sexual não é expressamente protegido pelas cláusulas legais consideradas neste capítulo. No entanto, as razões

¹⁴⁹ Comunicado n° 196/1985, *I. Gueye et al. contra a França* (Resoluções adotadas em 3 de abril de 1989), no doc. das Nações Unidas GAOR, A/44/40, pág. 189, §§ 1.1-1.2.

¹⁵⁰ Id., págs. 193-195, § 9.4.

¹⁵¹ Id., pág. 194, § 9.4.

¹⁵² Id., pág. 194, § 9.5.

¹⁵³ Id., loc. cit.

¹⁵⁴ CADHP, *Union Inter-Africaine des Droits de l'Homme et al contra Angola*, Comunicado n° 159/96, decisão adotada em 11 de novembro de 1997, § 18 do texto da decisão, conforme publicado no seguinte web site: <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/159-96.html>; esse caso também envolveu violação do artigo 7º(1)(a) da Carta, pois as pessoas banidas não tiveram a oportunidade de reclamar sua expulsão perante as autoridades legais competentes, §§ 19-20.

enumeradas no artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no artigo 2º da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos e no artigo 14 da Convenção Européia, por exemplo, não são exaustivos. Como fica claro através das palavras “tais como” que aparecem em todos esses artigos, as listas são apenas ilustrativas, fato que foi enfatizado pela Corte Européia de Direitos Humanos no caso de *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*, com relação ao artigo 14 da Convenção Européia, no qual ela estabeleceu que “a conduta sexual” de um indivíduo é um conceito indubitavelmente tratado naquele artigo.¹⁵⁵

Nesse caso, o requerente queixou-se que o Tribunal de Apelação de Lisboa, ao dar a guarda de sua filha à sua ex-esposa e não a ele, baseou sua decisão exclusivamente em sua conduta sexual. O tribunal de primeira instância, o Tribunal da Vara de Família de Lisboa, havia, anteriormente, garantido a guarda parental ao requerente.¹⁵⁶ Este último considerou que o seu direito ao respeito pela vida em família havia sido violado e que, em oposição ao artigo 14 da Convenção, ele havia sido discriminado.

Ao examinar a suposta violação do artigo 8º, combinado com o artigo 14, a Corte Européia aceitou o fato de que “o Tribunal de Apelação de Lisboa havia se preocupado, acima de tudo, com os interesses da criança, ao examinar uma série de fatores reais e jurídicos, os quais poderiam ter feito a balança pender em favor de um lado e não de outro”. Entretanto, ao opor-se à decisão do Tribunal inferior, “o Tribunal de Apelação introduziu um fator novo, isto é, que o requerente era homossexual e estava morando com um outro homem”.¹⁵⁷

A Corte Européia foi “conseqüentemente forçada a concluir” que houve diferença de tratamento entre o requerente e sua ex-mulher, fundamentada na conduta sexual do requerente. Portanto, tinha de considerar se essa diferença no tratamento apresentava justificativa objetiva e razoável, ou seja, (1) se visava a um “objetivo legítimo” e, nesse caso, (2) se havia “uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim a ser alcançado”.¹⁵⁸

A Corte concluiu que o objetivo “inegavelmente almejado” pela decisão do Tribunal de Apelação de Lisboa era legítimo, pois visava à proteção da saúde e dos direitos da criança.¹⁵⁹ Mas era razoavelmente proporcional a esse fim? A Corte concluiu que não.¹⁶⁰ Ela considerou que as passagens relevantes do julgamento do Tribunal de Apelação de Lisboa “não foram simplesmente desastrosas ou inadequadas ... ou simples *obiter dicta*”. Elas sugeriam, bem ao contrário, que “a homossexualidade do requerente

¹⁵⁵ Ver, por exemplo, *Corte Eur. de DH, Caso de Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal, julgamento de 21 de dezembro de 1999, Relatórios 1999-IX*, pág. 327, § 28.

¹⁵⁶ *Id.*, págs. 324-325, §§ 21-22.

¹⁵⁷ *Id.*, pág. 327, § 28.

¹⁵⁸ *Id.*, pág. 327, §§ 28-29.

¹⁵⁹ *Id.*, pág. 327, § 30.

¹⁶⁰ *Id.*, pág. 328, § 36.

foi um fator decisivo na sentença final”. Tal distinção, fundamentada em considerações que diziam respeito à conduta sexual do requerente “não foi aceita pela Convenção”.¹⁶¹

Conseqüentemente, tinha havido violação do artigo 8º da Convenção Européia, combinado com o artigo 14.¹⁶²

6.9 Minorias

6.9.1 Direito à própria cultura

O Comitê de Direitos Humanos estabeleceu que o artigo 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos “exige que a um membro de uma minoria não seja negado o direito de usufruir de sua própria cultura”. Assim, “medidas cujo impacto equivale à negação do direito são incompatíveis com os deveres previstos no artigo 27”. No entanto, “medidas que têm impacto limitado no modo de vida e no meio de vida de pessoas que pertencem a uma minoria não significa, necessariamente, a negação dos direitos previstos no artigo 27”.¹⁶³

Os direitos das minorias a suas próprias culturas estavam em pauta no caso de *Länsman et al contra a Finlândia*, que foi apresentado por criadores de renas de origem étnica nômade, os quais se queixaram sobre a decisão de ser efetuada a extração de madeira em uma área que abrangia cerca de 3.000 hectares de suas terras legítimas, destinadas à pastagem de seus rebanhos. Em sua opinião, essa decisão violava seus direitos, segundo o artigo 27 do Pacto. A “questão crucial” que o Comitê tinha de decidir era se a extração de madeira que já havia sido efetuada, bem como essa extração aprovada para o futuro, era “de tais proporções que negava aos autores o direito de usufruir de sua cultura”, conforme garantido pelo artigo 27.¹⁶⁴ A esse respeito, o Comitê citou os termos do parágrafo 7º de seu Comentário Geral sobre o artigo 27, “de acordo com o qual, minorias ou grupos indígenas têm direito à proteção de atividades tradicionais, tais como caça, pesca ou criação de rena, e que medidas devem ser tomadas ‘para garantir a participação efetiva de membros de comunidades, que constituem minorias, nas decisões que os afetam’”.¹⁶⁵

No entanto, “após análise cuidadosa” do caso, o Comitê não pôde concluir “que as atividades realizadas, bem como as aprovadas, [constituíam] a negação do direito dos autores de usufruir de sua própria cultura”. Era indiscutível que o Comitê dos

¹⁶¹ Id., pág. 328, §§ 35-36.

¹⁶² Id., pág. 329, § 36.

¹⁶³ Comunicado nº 671/1995, *J. E. Länsman et al. contra a Finlândia* (Resoluções adotadas em 30 de outubro de 1996), no doc. das Nações Unidas GAOR, A/52/40 (II), pág. 203, § 10.3.

¹⁶⁴ Id., pág. 203, § 10.4.

¹⁶⁵ Id., loc. cit. O parágrafo relevante do Comentário Geral nº 23, na verdade, dita o seguinte: “Com relação ao exercício dos direitos culturais protegidos pelo artigo 27, o Comitê nota que a cultura se manifesta de várias formas, inclusive através de um modo de vida característico com relação ao uso dos recursos da terra, especialmente no caso de povos indígenas. Esse direito pode incluir atividades tradicionais, tais como a pesca ou a caça, e o direito de viver em reservas protegidas por lei. O gozo desses direitos pode requerer medidas legais concretas, que assegurem a participação efetiva de membros de comunidades minoritárias nas decisões que os afetam”, *United Nations Compilation of General Comments*, pág. 149, nota de rodapé não mencionada.

Pastores, ao qual os autores pertenciam, havia sido consultado no processo de elaboração dos planos de extração de madeira e não os tinham desaprovado. Ademais, os tribunais locais haviam deliberado sobre a possibilidade de a extração de madeira proposta constituir ou não violação do artigo 27 do Pacto, e não havia nada que sugerisse que aqueles tribunais tivessem “interpretado mal e/ou aplicado mal” o artigo.¹⁶⁶

O Comitê acrescentou, no entanto, que se a extração de madeira fosse ser aprovada em mais larga escala, ou se pudesse ser provado que os efeitos da planejada extração eram mais graves do que o previsto, “então pode ser que tenha de ser considerada a hipótese de ela constituir uma violação do direito dos autores de usufruir de sua própria cultura, de acordo com o teor do artigo 27”.¹⁶⁷

6.9.2 Direito de residir em uma reserva indígena

Um dos primeiros casos decididos pelo Comitê de Direitos Humanos foi o de *Lovelace contra o Canadá*, apresentado por uma mulher nascida e registrada como índia Malisset, mas a qual, conforme a Lei Indígena Canadense, havia perdido seus direitos e condição de índia, após casar-se com um homem que não era índio. Como o homem que se casasse com uma mulher não-índia não perdia sua condição de índio, a autora alegou que a Lei Indígena era discriminatória e violava, *inter alia*, os artigos 26 e 27 do Pacto.¹⁶⁸ Mesmo após seu divórcio, a autora não pôde voltar para sua tribo.

Embora o Comitê não fosse competente para examinar a causa original da perda da autora da condição de índia em 1970, já que o Pacto somente entrou em vigor com referência ao Canadá em 19 de agosto de 1976, ele podia considerar os *efeitos resultantes* daquela causa e analisar sua coerência com relação aos termos do Pacto.¹⁶⁹ O Comitê, na verdade, considerou o comunicado exclusivamente à luz do artigo 27, sendo que a questão relevante era a possibilidade de a autora, pelo fato de ter tido “negado o direito legítimo de residir na Reserva Tobique, [ter tido também] negado o direito, garantido pelo artigo 27 a pessoas que pertencem a minorias, de usufruir de sua própria cultura e usar sua própria língua, em comunhão com outros membros de seu grupo”.¹⁷⁰

Considerando o caso à luz do fato de que o casamento da autora com o homem não-índio havia se desfeito, o Comitê concluiu que a ela tinha sido negado o direito legítimo de residir na Reserva Tobique, em oposição ao artigo 27 do Pacto.¹⁷¹

Embora o artigo 27 em si não garanta o direito de viver em uma reserva, o Comitê sustentou que “restrições previstas na lei, que afetam o direito de residência em reserva por parte de uma pessoa pertencente à minoria em questão, devem ter justificativa

¹⁶⁶ Comunicado n° 671/1995, *J. E. Länsman et al.*, no doc. das Nações Unidas GAOR, A/52/40 (II), págs. 203-4, § 10.5.

¹⁶⁷ *Id.*, pág. 204, § 10.7.

¹⁶⁸ *Id.*, pág. 204, § 10.7.

¹⁶⁹ *Id.*, pág. 172, §§ 10-11.

¹⁷⁰ *Id.*, pág. 173, § 13.2.

¹⁷¹ *Id.*, pág. 174, §§ 17 e 19.

tanto razoável quanto objetiva e ser compatíveis com as outras cláusulas do Pacto, considerado como um todo. O artigo 27 deve ser interpretado e aplicado à luz de outras cláusulas ... tais como os artigos 12, 17 e 23, na medida em que possam ser relevantes ao caso específico, e também as cláusulas contra a discriminação, tais como os artigos 2º, 3º e 26, conforme o caso”.¹⁷²

Não parecia ao Comitê que “negar à Sandra Lovelace o direito de residir na reserva [fosse] razoável ou necessário para preservar a identidade da tribo”. O Comitê, portanto, [concluiu que] “impedir o seu reconhecimento como pertencente ao grupo [era] uma negação injustificável de seus direitos, conforme previsto no artigo 27 ... combinado com o teor das outras cláusulas citadas”.¹⁷³

7. Observações conclusivas

Este capítulo incumbiu-se de fazer uma avaliação geral das principais cláusulas jurídicas, em níveis universais e regionais, que tratam do tão difundido e multidimensional fenômeno da discriminação. Forneceu, também, exemplos da jurisprudência internacional das situações variadas que podem, ou não, levar à diferenciação injustificada, ou seja, à discriminação. Incidentes ou práticas discriminatórias sempre afetam a vítima ou as vítimas de forma particularmente negativa, porque constituem, mais frequentemente do que não, a negação de suas características humanas distintas e, assim, negam seu direito intrínseco de serem diferentes entre seres humanos que têm todos o mesmo valor, independentemente da cor de sua pele ou de sua origem, sexo, religião, e assim por diante.

Este capítulo mostrou que as cláusulas jurídicas internacionais que garantem o direito a igualdade e não-discriminação são inúmeras. Desse modo, se práticas discriminatórias persistem em todo o mundo, não é por falta de normas jurídicas, mas sobretudo pela falta de aplicação dessas normas na vida cotidiana de nossas sociedades. Inevitavelmente, essa falha na execução de alguns dos princípios mais fundamentais da lei internacional de direitos humanos em nível interno também tem impacto negativo tanto na paz e segurança nacional quanto na internacional.

Juízes, promotores e advogados internos têm o dever profissional de transformar cláusulas jurídicas nacionais existentes, referentes ao direito a igualdade e não-discriminação, em conceitos legais realmente efetivos e, quando quer que estejam aptos a fazê-lo, devem também aplicar ou, pelo menos, guiar-se pelas normas jurídicas

¹⁷² Id., págs. 173-174, §§ 15-16.

¹⁷³ Id., pág. 174, § 17. Quanto à resposta do Governo do Canadá, datada de 6 de junho de 1983, às Resoluções adotadas pelo Comitê no caso *Lovelace*, ver o doc. das Nações Unidas GAOR, A/38/40, págs. 249-253.

internacionais referentes a esses assuntos. Se isso fosse feito de maneira consistente e efetiva, haveria a possibilidade real de, aos poucos, tornar o mundo um lugar mais amistoso para todos.



..... **Capítulo 14**
O PAPEL DO JUDICIÁRIO
NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS
ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Objetivos do Aprendizado

- *Familiarizar os participantes com os principais instrumentos jurídicos internacionais de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais.*
- *Explicar aos participantes as íntimas relações entre os direitos econômicos, sociais e culturais, de um lado, e os direitos civis e políticos, do outro.*
- *Apresentar a natureza das obrigações dos Estados signatários em relação à aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais*
- *Abordar o conteúdo de alguns direitos econômicos, sociais e culturais*
- *Discutir com os participantes a questão da apreciação pelo judiciário dos direitos econômicos, sociais e culturais*
- *Expor aos participantes sobre a importância do papel do sistema judiciário de seu país na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais*
- *Aumentar a conscientização dos participantes de seu potencial na condição de juízes e advogados na aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais at em seu país.*

Perguntas

- *De que maneira os direitos econômicos, sociais e culturais são protegidos e aplicados em seu país de atuação?*
- *Qual o papel do judiciário na aplicação dos referidos direitos?*
- *Quais os mecanismos existentes em seu país, fora o judiciário, usados na promoção e/ou aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais?*
- *Que aspectos dos direitos econômicos, sociais e culturais são os mais relevantes em seu país de atuação?*
- *Existem grupos vulneráveis que têm mais necessidade da tutela do Estado na esfera dos direitos econômicos, sociais e culturais?*

- *Caso afirmativo, quais são e de que tipo de proteção especial precisam?*
- *Esta proteção existe? Caso afirmativo, ela é eficiente?*
- *Em sua opinião, levando em conta seu país, qual seria a solução para uma proteção eficiente dos direitos econômicos, sociais e culturais do indivíduo?*

Principais Diplomas Legais

Internacionais

- Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966
- Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

Regionais

- Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969
- Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988
- Carta Social Européia de 1961 e a Carta Social Européia (Revista) de 1996

1. Introdução

O objetivo principal deste capítulo é discorrer sobre a importância dos organismos internacionais e do judiciário na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais na esfera nacional. Entretanto, o capítulo é iniciado com uma breve explicação sobre como uma, antes única, convenção sobre direitos humanos acabou sendo dividida em duas: uma para garantir os direitos civis e políticos, a outra para proteger os direitos econômicos, sociais e culturais. Em seguida, discorrer-se-á sobre a íntima relação que há entre essas duas categorias de direitos, cuja interdependência é essencial para sua consecução. Em terceiro lugar, o capítulo fará um levantamento dos direitos econômicos, sociais e culturais garantidos por tratados internacionais e regionais sobre direitos humanos e analisará as obrigações dos Estados na proteção desses direitos. Quarto, discorrer-se-á sobre a natureza jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais, incluindo se são considerados ou não passíveis de serem apreciados pelo judiciário. Em seguida, examinar-se-á a interpretação dos organismos internacionais sobre o direito à moradia digna e o direito à saúde. Neste sentido, far-se-á remissão aos exemplos da jurisprudência que mostrará que o judiciário está sendo cada vez mais acionado para se manifestar acerca em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Por fim, este capítulo abordará a importância do papel dos profissionais do direito na proteção desses direitos.

Faz-se mister ressaltar que este capítulo não tratará das inúmeras e também importantes convenções e diretivas da Organização Internacional do Trabalho que prevêm uma ampla proteção dos direitos dos trabalhadores. Entretanto, da **Apostila n.º 1** consta uma lista das principais convenções da OIT.

2. Um pouco de História: Por que há duas Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos?

2.1 Histórico

A Segunda Guerra Mundial nos ensinou lições difíceis, hoje refletidas na Carta das Nações Unidas, que exalta a paz e a estabilidade internacional como condições essenciais para:

- “a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social” (art. 55, (a));
- “a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, de saúde e conexos, bem como a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional” (art. 55,(b)); e
- “o respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (art. 55,(c)).

É claro que a consciência da necessidade de se satisfazer todas as principais necessidades da pessoa humana também está refletida no diploma de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que não apenas abrange os direitos civis e políticos mais tradicionais, mas também uma ampla gama de direitos econômicos, sociais e culturais tais como o direito ao trabalho, o direito à seguridade social, o direito a melhores condições de vida e o direito à educação (arts. 22 a 27).

O objetivo almejado ao se elaborar uma convenção internacional sobre direitos humanos foi substituir o texto da Declaração Universal que era tido por vago, por um documento com uma redação mais precisa e juridicamente mais forte. A Comissão de Direitos Humanos iniciou a elaboração dos direitos civis e políticos a serem incluídos no documento, e em sua quinta reunião em 1949 aprovou, por 12 votos a zero, mas com 3 abstenções, uma resolução que concluía ser necessária a inclusão de artigos sobre o gozo dos direitos econômicos e sociais na convenção.¹ Entretanto, nos debates durante a sexta reunião a comissão decidiu, por 13 votos a 2, não incluir os direitos econômicos, sociais e culturais na primeira convenção, que deveria ser limitada aos direitos civis e políticos. Esta convenção foi “a primeira de uma série de convenções e medidas a serem adotadas

¹ Documento da ONU, E/1371 (E/CN.4/350), *Report of the fifth session of the Commission on Human Rights, 1949*, p. 15. O resultado foi de 12 votos contra nove, com três abstenções.

para abarcar toda a Declaração Universal”.² Vinha à tona, para a Comissão que se via pressionada para mostrar aos povos do mundo que seria capaz de produzir resultados palpáveis, que seria muito difícil redigir um documento com força vinculante e que abarcasse uma ampla gama de direitos econômicos, sociais e culturais, em curto espaço de tempo.

Durante a quinta sessão da Assembléia Geral em 1950, a questão da elaboração de uma ou de duas convenções foi discutida pela Terceira Comissão. A maioria foi a favor de incluir as duas categorias de direitos e uma mesma e única convenção.³ Por recomendação da Terceira Comissão, a Assembléia Geral adotou a resolução 421(V) dispondo que “a Convenção deverá ser elaborada com base no espírito e nos princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos [que] considera o homem detentor inquestionável de liberdades civis e políticas, bem como de direitos econômicos, sociais”. Completa, ainda, que “o gozo de liberdades civis e políticas e dos direitos econômicos, sociais e culturais são interligados e interdependentes” e que “quando privado de direitos econômicos, sociais e culturais, o homem deixa de representar a figura de pessoa humana que a Declaração Universal considera a figura ideal de homem livre”. Por todas essas razões, a Assembléia Geral decidiu incluir os direitos econômicos, sociais e culturais na convenção sobre direitos humanos, bem como menção expressa à igualdade entre homens e mulheres diante dos referidos direitos. Assim, foi pedido ao Conselho Econômico e Social “requerer à Comissão de Direitos Humanos, consoante o espírito da Declaração Universal, incluir no projeto de Convenção uma menção explícita aos direitos econômicos, sociais e culturais de forma a relacioná-los às liberdades civis e políticas proclamados no referido projeto”. A Resolução 421 (V), como um todo, foi aprovada por 38 votos a 7, com 12 abstenções, e a seção (E) do referido documento, que continha a disposição acerca dos direitos econômicos, sociais e culturais, foi aprovada por 35 votos a 9, com 7 abstenções.⁴ Houve, em outras palavras, à época, uma grande maioria a favor de se elaborar um único diploma legal que abarcasse direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Em resposta ao pedido da Assembléia Geral, o Conselho Econômico e Social decidiu por meio da resolução 349 (XII) pedir que a Comissão de Direitos Humanos preparasse “uma versão revista da Convenção de acordo com os parâmetros indicados pela Assembléia Geral”.

Na sétima sessão em 1951, a despeito da resolução da Assembléia Geral, a Comissão iniciou os trabalhos debatendo exaustivamente sobre a questão de se introduzir ou não direitos econômicos, sociais e culturais na convenção, que já contava com dezoito artigos sobre direitos civis e políticos.⁵ A Comissão chegou a dar início à elaboração de uma única convenção, acrescentando aos direitos civis e políticos já existentes, vários

² Para o debate na Comissão de Direitos Humanos na sexta sessão da questão da inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais no pacto, consulte os documentos da ONU E/CN.4/SR.181 e 184-187; para obter o resultado da votação, consulte os documentos da ONU, E/CN.4/SR.186, p. 21.

³ Consulte, por exemplo, *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, docs. A/C.3/SR.297-299 e 313.

⁴ *GAOR, fifth session, 1950, Plenary Meetings*, doc. A/PV.317, p. 564, paras. 170 e 162.

⁵ Para obter detalhes do debate, consulte principalmente os documentos da ONU, E/CN.4/SR.203-208, 237 e 248.

direitos econômicos, sociais e culturais.⁶ Entretanto, os debates na Comissão mostraram que a resposta para a pergunta do porquê haver duas convenções, em vez de uma, é mais complexa que se possa imaginar.

Após apreciar o relatório da Comissão, o Conselho Econômico e Social, face “às dificuldades que poderiam decorrer da inclusão, em uma mesma convenção, de dois tipos diferentes de direitos e obrigações”, convidou a Assembléia Geral “a reconsiderar a decisão expressa na resolução 421 E (V), a de incluir em uma única convenção artigos referentes a direitos econômicos, sociais e culturais, juntamente com artigos sobre direitos civis e políticos” (ECOSOC resolução 384 C (XIII)).

Durante a sexta sessão, após longas e, em termos políticos, discussões cada vez mais polarizadas marcadas por uma crescente desconfiança principalmente entre os países Socialistas e certos países Ocidentais, a Assembléia Geral solicitou que Conselho Econômico e Social “pedisse que a Comissão de Direitos Humanos elaborasse duas Convenções sobre Direitos Humanos, a serem encaminhadas simultaneamente para apreciação na Assembléia Geral na sétima sessão, uma deveria conter direitos civis e políticos e a outra, direitos econômicos, sociais e culturais”. As convenções seriam aprovadas pela Assembléia Geral ao mesmo tempo “para enfatizar a unidade de objetivo e para garantir o respeito e observância dos direitos humanos” (Resolução 543(VI) da Assembléia Geral). Assim procedeu a Comissão na oitava sessão em 1952 tendo elaborado duas convenções.

2.2 A essência dos debates

Faz-se mister ressaltar que, de início, nem a importância dos direitos econômicos, sociais e culturais, nem sua íntima relação com os direitos civis e políticos foram questionadas pelos participantes. Entretanto, assim que a Comissão iniciou os trabalhos de elaboração da convenção, veio à tona que a própria natureza dos direitos econômicos, sociais e culturais inviabilizava a discussão de sua essência sem se proceder, ao mesmo tempo, à discussão acerca de sua implementação e, conseqüentemente, à discussão de se deveriam ou não ser incluídos na mesma convenção que os direitos civis e políticos.

2.2.1 Os Principais argumentos a favor de um único documento

O argumento mais importante feito pelos países a favor de uma única convenção foi a **necessidade de uma unidade entre os direitos**, tendo em vista que os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais constituíam um todo inseparável. Alguns países acreditavam que duas convenções enfraqueceriam a autoridade moral da

⁶ Consulte o documento da ONU, E/1992 (E/CN.4/640), Report of the seventh session of the Commission on Human Rights, 1951, Annexes, pp. 57-85.

Declaração Universal que espelha a interdependência dos direitos.⁷ Esses países consideravam que, em geral, fazer a distinção entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, seria artificial e que os primeiros não valeriam nem significariam nada sem os últimos.⁸ Alguns países já achavam que a discussão acerca da elaboração de uma ou duas convenções fora encerrada pela resolução 421(V) da Assembleia Geral e que não deveria ser retomada.⁹ Argumentaram ainda que “aqueles países contrários à elaboração de uma única convenção estariam automaticamente rejeitando a unidade essencial dos direitos econômicos, sociais e culturais com os direitos civis e políticos”¹⁰ e que “certos Estados, incluindo o Canadá, a França, o Reino Unido e os Estados Unidos [colocavam] seus interesses nacionais acima qualquer outra consideração [e] estavam tentando segregar os direitos econômicos, sociais e culturais.”¹¹ Alguns países temiam que a sugestão de se apresentar ambas as convenções para ratificação simultaneamente atrasaria o processo de ratificação. A idéia foi rejeitada pela União Soviética como “uma tentativa deixar de lado os direitos econômicos, sociais e culturais”. Neste sentido, os Estados Unidos e o Reino Unido estavam “mais uma vez recorrendo às mesmas manobras procrastinadoras e de sabotagem de que se valeram no caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos”.¹²

Diferenças de opinião existiram em relação ao mecanismo de implementação de uma única convenção contendo tanto os direitos civis e políticos, quanto os direitos econômicos, sociais e culturais. Ao passo que alguns queriam um mecanismo de implementação uniforme,¹³ outros queriam mecanismos diferentes para cada uma das categorias de direitos.¹⁴ Segundo a União Soviética, todavia, “havia apenas um método de implementação compatível com o direito internacional” que era “a adoção pelos governos, em seus respectivos territórios, de todas as medidas legislativas e de outras que se fizessem necessárias para garantir aos povos o gozo de seus direitos”.¹⁵ Em relação à questão da aplicação, a União Soviética também discordou da afirmação de que “seria

⁷ A esse respeito, por exemplo: *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.297, p. 174, paras. 35-41 (Polônia); pp. 175-176, paras. 48-60 (Antiga União Soviética); doc. A/C.3/SR.298, p. 178, paras. 9-15 (México); pp. 178-179, paras. 16-19 (Iugoslávia); p. 181, para. 49 (Irã); pp. 182-183, paras. 63-65 (Iraque); *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.360, p. 81, para. 44 (México); doc. A/C.3/SR.366, p. 114, paras. 13-14 (Indonésia); doc. A/C.3/SR.366, p. 116, paras. 37-40 e doc. A/C.3/SR.393, p. 275, para. 46 (Cuba). Outros países que favorecem um único pacto, por exemplo, consulte, *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.299, p. 187, para. 27 (Arábia Saudita); p. 187, para. 31 (Antiga Tchecoslováquia); p. 188, para. 40 (Argentina); p. 189, para. 53 (Síria).

⁸ Consulte, por exemplo: documento da ONU, E/CN.4/203, p. 22 (Ucrânia); *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.297, p. 176, paras. 69-72 (Chile); doc. A/C.3/SR.298, p. 178, para. 13 (México); *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.362, p. 91, para. 23 (Iraque); doc. A/C.3/SR.368, p. 127, paras. 1-2 (Bielorússia); p. 130, paras. 30-31 (Polônia); doc. A/C.3/SR.370, p. 135, para. 3, e doc. A/C.3/SR.395, p. 285, paras. 2-4 (USSR); doc. A/C.3/SR.393, p. 272, paras. 10-11 (Arábia Saudita).

⁹ Consulte, por exemplo, *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.367, p. 123, para. 24 (Ucrânia); doc. A/C.3/SR.368, p. 127, paras. 1-2 (Bielorússia); p. 130, para. 38 (Polônia).

¹⁰ *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.365, p. 108, para. 8 (Iugoslávia);

¹¹ *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.368, p. 127, para. 1 (Bielorússia).

¹² *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.370, pp. 135-136, para. 6. Se houver atraso para vincular os dois pactos, consulte também o doc. A/C.3/SR.366, p. 118, para. 57 (Antiga Tchecoslováquia) e doc. A/C.3/SR.393, p. 272, para. 16 (Síria).

¹³ *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.365, p. 108, para. 9 (Iugoslávia).

¹⁴ *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.360, p. 79, para. 23 (Guatemala); doc. A/C.3/SR.393, p. 273, para. 30 (Filipinas);

¹⁵ *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.370, p. 135, para. 5.

mais fácil implementar direitos civis e políticos tendo em vista que apenas medidas legislativas seriam necessárias” e citou exemplos para fundamentar sua opinião.¹⁶

2.2.2 Os Principais argumentos a favor de dois documentos

Como visto acima, os países que defendiam a elaboração de duas convenções também enfatizaram a íntima relação entre as duas categorias de direitos, bem como a necessidade de uma ferramenta internacional que garantisse direitos econômicos, sociais e culturais. Com o objetivo de enfatizar a igual importância dos direitos, tais países queriam que ambas as convenções fossem assinadas simultaneamente.¹⁷ Entretanto, alguns oradores alertaram para uma possível confusão entre “a própria unidade dos direitos e a aplicação uniforme” porque havia “uma diferença entre a unidade entre os direitos humanos na teoria e sua separação na prática”.¹⁸

Muitos dos países a favor de uma convenção tratando apenas dos direitos econômicos, sociais e culturais¹⁹ acreditavam que seria melhor encerrar a convenção sobre os direitos civis e políticos, pois qualquer tentativa de elaborar um tratado abrangendo todos os direitos poderia implicar demora considerável.²⁰

Entretanto, o principal argumento fundamentando esta opinião era o de que, por causa de sua natureza *sui generis*, os direitos econômicos, sociais e culturais eram mais difíceis de serem definidos que os direitos civis e políticos, *que* a aplicação de tais direitos econômicos, sociais e culturais seria mais complexa e tomaria muito tempo, *e que* um mecanismo diferente seria necessário para sua implementação.²¹ Consoante a

¹⁶ *Ibidem*, p. 135, para. 4.

¹⁷ Consulte, por exemplo: *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.363, p. 98, para. 8 (Países Baixos); consulte, por exemplo, o aditamento enviado a Bélgica, Índia, Líbano e Estados Unidos nos documentos da ONU, A/C.3/L.184 e A/C.3/L.184/Rev.1, a declaração do Líbano, em *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.370, pp. 138-139, paras. 35-37.

¹⁸ *GAOR, sixth session 1951-1951, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.394, pp. 280-281, para. 20 (Líbano).

¹⁹ Para saber que países adotaram dois ou mesmo mais pactos, consulte, por exemplo, o documento da ONU, E/CN.4/SR.205, pp. 8-9 (Dinamarca); *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.297, p. 172, para. 17 (EUA); p. 173, para. 29 (Países Baixos); p. 174, para. 34 (Reino Unido); doc. A/C.3/SR.298, p. 180, paras. 39-40 (Venezuela); p. 182, para. 60 (República Dominicana); doc. A/C.3/SR.299, p. 186, paras. 8-12 (Índia).

²⁰ *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.297, p. 172, para. 17 (Estados Unidos); p. 174, para. 34 (Reino Unido); doc. A/C.3/SR.298, p. 182, para. 60 (República Dominicana); doc. A/C.3/SR.299, p. 186, para. 10 (Índia); *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.362, p. 89, para. 3 (Dinamarca); p. 91, para. 32 (Canadá); doc. A/C.3/SR.367, p. 123, para. 25 (República Dominicana).

²¹ Consulte, por exemplo, a proposta da Dinamarca: documento da ONU, E/CN.4/SR.205, p. 9; Consulte também, por exemplo, a visão da Austrália sobre a necessidade de diferentes formas de implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais no documento da ONU, E/CN.4/SR.203, p. 21 e *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.363, pp. 100-101, paras. 39-41. No início, porém, a Austrália estava inclinada a adotar um pacto, consulte o documento da ONU,

Libéria, seria “inútil tentar incluir direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais em um mesmo documento” porque proceder assim implicaria desconsiderar “o grau desigual de desenvolvimento nos diversos Estados que compõem a comunidade mundial”.²²

Alguns países afirmaram que, ao passo que, em princípio, bastariam medidas legislativas e administrativas para proteger os direitos civis e políticos, proteger os diversos direitos econômicos, sociais e culturais dependeria de, entre outros, recursos financeiros e níveis de desenvolvimento em cada país e reformas sociais, que seriam, mais ou menos, projetos de longo prazo que provavelmente envolveriam uma cooperação internacional.²³ Também foi levantado que, neste contexto, os Governos geralmente têm que desempenhar um papel muito mais ativo para garantir direitos econômicos, sociais e culturais, que são responsáveis pelo bem-estar material de seus cidadãos. Em contraposição, a implementação dos direitos civis e políticos, que implicam uma limitação do poder do Estado em relação ao indivíduo, requer um papel mais passivo por parte do Estado.²⁴

Ao explicar as maiores dificuldades em por em prática os direitos econômicos e sociais e a necessidade de uma implementação gradativa, o representante da França ressaltou que, para seu país, foram necessários “nada mais que quarenta anos para desenvolver um sistema de seguridade social mais ou menos completo”²⁵ e que “para a luta contra o analfabetismo, por exemplo, foram necessários a construção de escolas e o treinamento de professores, uma tarefa que poderá levar de 20 a 25 anos em certos países.”²⁶ Segundo a França, ignorar o fato de que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais sempre levam muito tempo, não tornaria a ratificação da convenção tarefa mais fácil.²⁷ Os Estados Unidos também ressaltaram que direitos, tais como o direito à assistência médica e ao acesso à educação, “sempre dependeram muito de recursos financeiros, equipamentos e recursos humanos, que, sem dúvida, não existem em quantidade suficiente em todos os países”.²⁸

E/CN.4/SR.203, p. 21. Consulte também o documento da ONU, E/CN.4/SR.248, p. 10 (Reino Unido); *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.360, p. 78, paras. 9-12 (Estados Unidos); doc. A/C.3/SR.362, p. 89, para. 3 (Dinamarca); p. 91, paras. 27-31 (Canadá); doc. A/C.3/SR.367, p. 121, paras. 3-5 (Nova Zelândia). A França considerou que os direitos econômicos, sociais e culturais “eram muito diferentes na natureza e que era necessária toda a estrutura legislativa e técnica para que pudessem ser colocados em prática”, consulte o documento da ONU, E/CN.4/203, p. 10.

²² *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.366, p. 115, para. 21.

²³ A esse respeito, consulte, por exemplo, o documento da ONU, E/CN.4/SR.205, p. 10 (Dinamarca); *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.298, pp. 177-178, paras. 6-8 (França) (A França tinha uma “visão ampla” em relação ao número de pactos, “embora, à primeira vista, parece que o melhor seria dois documentos paralelos”, para. 7); p. 98, para. 14 (França); *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.360, p. 78, paras. 9-13 (EUA); doc. A/C.3/SR.362, p. 91, paras. 30-31 (Canadá).

²⁴ Consulte, por exemplo, documento da ONU, E/CN.4/SR.207, p. 10 (Dinamarca); *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.367, p. 121, para. 3 (Nova Zelândia). Consulte também a declaração da Venezuela sobre “o efeito da implantação dos direitos civis e políticos que dependem da boa vontade do estado e de suas matérias; embora essa boa vontade era inadequada para a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais”, p. 122, para. 12.

²⁵ Documento da ONU, E/CN.4/SR.237, p. 7.

²⁶ Documento da ONU, E/CN.4/SR.203, p. 11.

²⁷ Documento da ONU, E/CN.4/SR.237, p. 8.

²⁸ Documento da ONU, E/CN.4/SR.203, p. 15.

Alguns países também rejeitaram o argumento de que os direitos civis e políticos não tinham valor em si mesmos, e o Líbano enfatizou que estes direitos possuíam uma natureza absoluta que os outros direitos, apesar de complementares, não possuíam.²⁹

2.2.3 Pedidos a favor de uma solução prática

Alguns países apontaram a necessidade de se chegar a um meio termo entre a elaboração de um rol geral dos direitos tal como o contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos e a elaboração de disposições por demais detalhadas que impediram muitos países de ratificar a convenção.³⁰ O Uruguai defendeu uma abordagem realista: “O ponto principal é o de que proteção internacional seja imediatamente estendida ao maior número de direitos humanos possível pelo maior número de Estados possível.”³¹ No mesmo sentido, a França alertou para “o perigo de uma demora indevida na produção de pelo menos a primeira versão da convenção, por mais limitada que fosse”,³² e enfatizou a necessidade de se garantir a universalidade da Declaração Universal fazendo com que o maior número de países possível ratificasse as disposições nela contidas.³³

Assim, durante os debates, a França adotou uma abordagem pragmática, defendendo que seria um “anacronismo imperdoável” deixar de adotar uma convenção contendo os direitos econômicos, sociais e culturais, seja juntamente com ou separadamente dos direitos civis e políticos. Era uma questão de achar “o caminho certo”, o que só poderia ser feito por meio de “esforços progressivos”.³⁴ Os debates mostram que o importante era “a unidade essencial entre todos os direitos humanos, uma unidade inspiradora da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos”. Entretanto, “referida unidade não abrange, necessariamente, tecnicidades [e] a questão sobre se deveria haver uma ou duas convenções era uma matéria de natureza técnica [porque] duas ou mais convenções sobre direitos humanos poderiam facilmente estar interligadas por uma mesma estrutura essencial.”³⁵ A França também chamou atenção para o fato de que “certos partidários da unidade não hesitaram em agir em desacordo com o que pregavam,” como quando “desdenharam” da inclusão do direito a não ser preso arbitrariamente na convenção.³⁶ Por outro lado, notou-se também que os partidários das duas convenções tinham a tendência de exagerar a diferença entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, do outro, porque “dentre os últimos havia muitos passíveis de serem implementados imediatamente”.³⁷ Era

²⁹ GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee, doc. A/C.3/SR.370, p. 139, paras. 36-37.

³⁰ Consulte, por exemplo, documentos da ONU, E/CN.4/SR.203, p. 20 (Austrália); E/CN.4/SR.204, p. 10 (Suécia).

³¹ GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee, doc. A/C.3/SR.365, p. 110, para. 31.

³² GAOR, fifth session, 1950, Third Committee, doc. A/C.3/SR.304, p. 211, para. 8.

³³ GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee, doc. A/C.3/SR.363, p. 98, para. 12.

³⁴ GAOR, fifth session, 1950, Third Committee, doc. A/C.3/SR.298, p. 177, paras. 1-2.

³⁵ GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee, doc. A/C.3/SR.371, p. 142, para. 14.

³⁶ Ibidem, p. 142, para. 15.

³⁷ Ibidem, loc. cit.

importante “não ser hipnotizado pelas diferenças na origem e na evolução dos diversos direitos, e que o único critério verdadeiramente válido era se, e em que condições, um dado direito poderia ser implementado”.³⁸ Adotar duas convenções “seria, então, admissível com base na conveniência” pois “reduziria o número de pontos objeto de divergência implicando mais adesões”.³⁹

Conseqüentemente, para a França “o problema dos direitos humanos era um problema isolado em princípio, mas um problema múltiplo do ponto de vista das formas que assumia”. Assim, ao se manifestar a favor da unidade, a França considerou que “o problema mais importante não era o da unidade ou dualidade de convenções, mas o da implementação do direitos.”⁴⁰ Um dos pontos essenciais para se avançar na questão era, portanto, projetar “medidas de implementação adequadas à natureza de cada uma das obrigações assumidas”.⁴¹

Face às “diferentes idéias dos países envolvidos sobre a natureza e os métodos segundo os quais os direitos deveriam ser implementados e o fato de que um período de tempo maior era necessário para garantir seu gozo”, a França julgou necessário, em uma das primeiras etapas, introduzir uma cláusula geral dispendo acerca da realização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais,⁴² proposta que foi criticada pela Iugoslávia⁴³, mas adotada, mediante emenda, pela Comissão.⁴⁴ A Austrália concordou que “a idéia de uma implementação progressiva era positiva e deveria ser mantida.” Afirmou ainda que “a idéia expressada na palavra ‘progressivamente’, que deveria ser apreciada juntamente com as palavras ‘plena realização dos direitos’, não era uma idéia estática [mas] significa que certos direitos seriam implementados imediatamente, e outros assim que possível”, porque, apesar de tudo, “a implementação imediata de qualquer direito ou medida como, por exemplo, aposentadorias, seria praticamente impossível.”⁴⁵

2.2.4 A questão da apreciação pelo judiciário

Durante os debates na sétima sessão da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, a Índia apoiava a elaboração de duas convenções, enfatizando que os direitos econômicos, sociais e culturais eram diferentes dos direitos civis e políticos “pois os primeiros não eram passíveis de apreciação pelo judiciário”. A Índia não via razão para que ambas as categorias deveriam constar da mesma Convenção que “não seria equilibrada”. A Índia desejava que a Comissão solicitasse ao Conselho Econômico e

³⁸ Ibidem

³⁹ Ibidem, p. 142, para. 16.

⁴⁰ GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee, doc. A/C.3/SR.395, p. 286, para. 7.

⁴¹ GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee, doc. A/C.3/SR.363, p. 98, para. 12.

⁴² Documento da ONU, E/CN.4/SR.237, p. 7.

⁴³ Ibidem, p. 8.

⁴⁴ Ibidem, p. 13; para obter a proposta da França, consulte o documento da ONU, E/CN.4/618.

⁴⁵ Documento da ONU, E/CN.4/SR.237, p. 6.

Social que reconsiderasse a decisão de ter todos os direitos incluídos em um mesmo documento.⁴⁶

A Iugoslávia não aceitou a posição da Índia segundo a qual “supostas violações dos direitos econômicos, sociais e culturais não poderiam ser levadas à apreciação do judiciário”. De acordo com a Iugoslávia “se os governos fossem assumir obrigações definitivas em relação ao respeito a tais direitos, deveriam tomar todas as medidas legislativas e outras medidas necessárias para garantir que o desrespeito a tais direitos fosse sancionado, tendo o judiciário poderes para garantir a reparação.”⁴⁷ A Guatemala também considerou “incorreto” fazer referência aos direitos econômicos, sociais e culturais como não passíveis de serem apreciados pelo judiciário, como constava do preâmbulo da proposta da Índia, e que “isso pode até ser perigoso”.⁴⁸ A União Soviética considerou tal distinção “completamente arbitrária”, e disse ainda que a presunção de que os direitos civis e políticos, mas não os direitos econômicos, sociais e culturais, poderiam ser protegidos por uma ação legal “não encontraria respaldo, pois em muitos países certos direitos civis e políticos, como, por exemplo, o direito ao voto, são passíveis de serem facilmente defendidos por uma ação iniciada pelo indivíduo”.⁴⁹

A Índia explicou que por “direitos passíveis de apreciação judicial” entendia “aqueles direitos cuja violação implicaria os governos serem responsabilizados juridicamente”. Os Governos, todavia, não poderiam ser responsabilizados juridicamente por “deixar de executar os direitos econômicos, sociais e culturais, já que a parte responsável pela violação poderia ser, por exemplo, a classe dos empregadores”.⁵⁰

A proposta formulada pela Índia foi a seguinte:⁵¹

“A Comissão de Direitos Humanos,

Considerando que os direitos econômicos, sociais e culturais apesar de serem igualmente essenciais e, portanto, importantes, constituem uma categoria de direitos separada, da dos direitos civis e políticos, pois não são passíveis de apreciação pelo judiciário;

Considerando que o método de implementação é, dessa forma, diferente;

Recomenda-se ao Conselho Econômico e Sociais que a decisão de incluir direitos econômicos, sociais e culturais na mesma

⁴⁶ Documento da ONU, E/CN.4/SR.248, p. 6.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 19.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 25.

⁵¹ Consulte o documento da ONU, E/CN.4/619/Rev.1.

convenção que a dos direitos civis e políticos, deva ser reconsiderada.”

A Comissão *rejeitou* esta proposta por 12 votos a 5 com 1 abstenção.⁵² Assim, a Comissão rejeitou também a posição contida na resolução de que os direitos econômicos, sociais e culturais não eram passíveis de serem apreciados pelo judiciário. Todavia a Comissão aceitou o fato de que os direitos econômicos, sociais e culturais necessitavam de procedimentos de implementação diferentes dos direitos civis e políticos. Assim, esta opinião não foi baseada no fato de os direitos econômicos, sociais e culturais serem passíveis ou não de apreciação pelo judiciário, mas no simples fato de que, por sua natureza, demandavam, em muitos casos, esforços árduos por parte dos Estados que, ajudados por organismos internacionais, teriam que estar ativamente engajados em um planejamento abrangente, persistente e de longo prazo para que tais direitos fossem implementados. Alertas sobre enfatizar demais as diferenças entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, do outro, foram dados, principalmente por Israel e França na Assembléia Geral. Israel se manifestou no sentido de que não apenas os direitos civis e políticos poderiam ser garantidos por medidas legislativas ou administrativas, mas também alguns dos direitos econômicos, sociais e culturais o poderiam ser. A França era de opinião de que “muitos” dos direitos econômicos, sociais e culturais eram “passíveis de implementação imediata”⁵³ e que muitos seriam também passíveis de apreciação pelo judiciário.⁵⁴

Os direitos humanos de natureza civil, cultural, econômica e social são de igual valor e sua interdependência garante sua realização mútua.

Há dois Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos porque os direitos econômicos, sociais e culturais possuem natureza mais complexa, implicando uma redação muito cuidadosa e mecanismos para sua implementação moldados de acordo com a referida natureza.

Diante dos diferentes níveis de desenvolvimento dos Estados, o Pacto teve que dispor sobre uma implementação progressiva, entretanto isto não representou que os Estados não tenham assumido obrigações imediatas.

A idéia de que os direitos econômicos, sociais e culturais não são passíveis de apreciação pelo judiciário nunca foi aceita durante a elaboração do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

⁵² Documento da ONU, E/CN.4/SR.248, p. 26. Os seguintes países votaram *a favor* da resolução: Dinamarca, Grécia, Índia, Reino Unido e Estados Unidos da América; os seguintes países votaram *contra*: Chile, China, Egito, França, Guatemala, Líbano, Paquistão, Suécia, Ucrânia, antiga União Soviética, Uruguai e Yugoslávia; e Austrália: *abstenção*.

⁵³ GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee, doc. A/C.3/SR.360, p. 82, paras. 54-55 (Israel) e doc. A/C.3/SR.371, p. 142, para. 15 (França).

⁵⁴ GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee, doc. A/C.3/SR.390, p. 254, para. 30.

3. A Interdependência e a Indivisibilidade dos Direitos Humanos

Os redatores de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, afirmam que os direitos econômicos, sociais e culturais, de um lado, e os direitos civis e políticos, de outro, não devem ser interpretados isoladamente, mas sim como interdependentes, garantindo assim que todos os direitos sejam respeitados em sua totalidade. A importância deste princípio básico da lei internacional de Direitos Humanos é comprovada na prática: em países onde há obstáculos ao gozo de direitos civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais têm menos chance de prosperar; da mesma forma onde os direitos econômicos, sociais e culturais não prosperam, há pouco espaço para o pleno desenvolvimento dos direitos civis e políticos.

Embora os termos “interdependência e indivisibilidade” dos direitos humanos não constem expressamente da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a redação, a estrutura e o espírito da Declaração como um todo confirmam que os redatores desejavam dar igual peso a essas duas categorias de direitos. Eles anteviam “um mundo em que os seres humanos desfrutam da liberdade de expressão e credo, libertos do temor e da miséria” (segundo parágrafo do preâmbulo). Como foi visto acima, a própria Assembléia Geral enfatizava já em 1950 que os direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos são “interligados e interdependentes”, uma visão posteriormente confirmada tanto pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais quanto pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. O terceiro parágrafo do preâmbulo do primeiro pacto reza que os Estados signatários reconhecem

“que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos.”

No terceiro parágrafo do preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, os Estados signatários reconhecem

“que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais.”

A íntima relação entre as duas categorias de direitos foi posteriormente enfatizada em várias resoluções, tais como a resolução 41/128 da

Assembléia Geral em 4 de dezembro de 1986, contendo a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. O art. 6.º desta Declaração afirma de forma expressa que:

“1. Todos os Estados devem cooperar com vistas a promover, encorajar e fortalecer o respeito universal pela observância de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

2. Todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; atenção igual e consideração urgente devem ser dadas à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

3. Os Estados devem tomar providências para eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da falha na observância dos direitos civis e políticos, assim como dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A Declaração e Programa de Ação de Viena, que foi adotada por consenso em 25 de junho de 1993 pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, é uma confirmação ainda mais recente da parte dos Estados Membros das Nações Unidas sobre o vínculo que une todos os direitos humanos. No parágrafo 5.º da Parte I da Declaração de Viena, os Estados Membros reconhecem que:

“5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Uma vez que a íntima relação entre os direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos tem sido enfatizada desde o início dos trabalhos sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem, na década de 40, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também ressalta a importância dos seguintes princípios gerais na área de *direitos humanos e atividades de cooperação técnica*:

- **O primeiro princípio geral** “é que os dois conjuntos de direitos humanos são indivisíveis e interdependentes. Isto significa que os esforços para promover um conjunto de direitos devem necessariamente levar o outro conjunto em consideração. As agências das Nações Unidas envolvidas na promoção dos direitos econômicos, sociais e

culturais devem [portanto] fazer o máximo para assegurar que suas atividades sejam coerentes com o gozo dos direitos civis e políticos.”⁵⁵

- “O *segundo princípio de importância geral* é que atividades de cooperação para o desenvolvimento não contribuem automaticamente para a promoção do respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais. Muitas atividades realizadas em nome do “desenvolvimento” foram posteriormente reconhecidas como mal-concebidas e até mesmo contraproducentes em termos de direitos humanos.”⁵⁶ Um esforço deliberado tem de ser, portanto, envidado para planejar programas de desenvolvimento de tal modo que eles de fato ressaltem os direitos humanos dos indivíduos, incluindo, por exemplo, o direito à igualdade perante a lei e à não-discriminação, questões de direito que o judiciário nacional tem plena capacidade para julgar.”

O vínculo entre os direitos econômicos, sociais e culturais, de um lado, e os direitos civis e políticos, de outro, torna-se mais evidente no exame do *direito à vida*, que é garantido pelo art. 6.º, (1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Este vínculo não passou despercebido ao Comitê de Direitos Humanos, que observou “que o direito à vida tem sido freqüentemente interpretado de modo limitado”.⁵⁷ De acordo com o Comitê:

“a expressão ‘inerente direito à vida’ não pode ser interpretada restritivamente, e a proteção a este direito requer que os Estados adotem medidas efetivas. Neste sentido, o Comitê considera ser desejável que os Estados signatários tomassem todas as providências possíveis para reduzir a mortalidade infantil e para aumentar a expectativa de vida, especialmente através da adoção de medidas para eliminar a desnutrição e as epidemias.”⁵⁸

Tendo em mente esta ampla interpretação do direito à vida, o Comitê de Direitos Humanos tem por vezes inquirido os Estados signatários, bem como apreciado seus relatórios iniciais /ou periódicos, sobre quais providências eles tomaram, por exemplo, para melhorar as condições de saúde dos povos e aumentar a expectativa de vida,⁵⁹ para reduzir a taxa de mortalidade infantil e atender às necessidades alimentares da população,⁶⁰ ou para protegê-la contra epidemias.⁶¹ Ao considerar o quarto relatório periódico da Mongólia, em março de 2000, o Comitê de Direitos Humanos expressou sua preocupação sobre “o problema agudo da mortalidade materna, devido em parte a abortos arriscados, e à indisponibilidade de orientação sobre e recursos para o planejamento

⁵⁵ Consulte o Committee’s General Comment No. 2 (International technical assistance measures (art. 22 do Pacto)) no documento da ONU, HRI/GEN/1/Rev.5, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, p. 16, para. 6 (doravante denominado *United Nations Compilation of General Comments*)

⁵⁶ *Ibidem*, p. 16, para. 7; grifo nosso.

⁵⁷ *Ibidem*, General Comment No. 6 (Article 6 – o direito a vida), p. 115, para. 5.

⁵⁸ *Ibidem*, loc. cit.

⁵⁹ Em relação à Gâmbia, documento da ONU, *GAOR*, A/39/40, pp. 61-62, para. 327.

⁶⁰ Em relação ao Peru, documento da ONU, *GAOR*, A/38/40, p. 61, para. 264.

⁶¹ Em relação ao Sri Lanka, *GAOR*, A/39/40, p. 21, para. 105; Congo, *GAOR*, A/42/40, p. 61, para. 230; e Bélgica, documento da ONU, *GAOR*, A/47/40, p.105, para. 408.

familiar”.⁶² Estas questões poderiam também ter sido consideradas à luz do art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que garante o direito de o indivíduo desfrutar “o mais alto estado de saúde física e mental que se possa atingir”, um fato que atesta a íntima relação existente entre este direito e o “direito à vida” protegido pelo artigo 6.º, (1) do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos.

Os direitos dos sindicatos também ilustram a relação fundamental entre as duas categorias de direitos. Enquanto o art. 22 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos garante a todos o amplo direito à liberdade de associação, o que inclui “o direito de formar e associar-se a sindicatos para a proteção de seus interesses”, o art. 8.º,(1),(a) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhece “o direito de todos de formar sindicatos e associar-se ao sindicato de sua escolha”. Não permitir a formação de associações ou sindicatos de empregadores e empregados prejudicaria seriamente o direito à liberdade de associação é, como enfatizado na Assembleia Geral durante o esboço do art. 22, um direito de fundamental importância numa sociedade democrática.⁶³

A íntima relação entre direitos dos sindicatos e direitos cívicos tem sido enfatizada pelos vários órgãos da Organização Internacional do Trabalho, principalmente pelo Comitê de Especialistas na Aplicação de Convenções e Recomendações. Por exemplo, em seu Levantamento Geral sobre Liberdade de Associação e Negociação Coletiva de 1994, o Comitê destacou que sua experiência mostrava “que a restrição a liberdades cívicas e políticas é um fator importante na violação da liberdade de associação”.⁶⁴ O capítulo sobre direitos dos sindicatos e liberdades cívicas chega à seguinte conclusão:

“43. O Comitê considera que as garantias estabelecidas nas Convenções internacionais do trabalho, particularmente naquelas relacionadas à liberdade de associação, só podem ser efetivadas se os direitos cívicos e políticos cultuados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros instrumentos internacionais, notadamente o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, forem genuinamente reconhecidos e protegidos. Estes princípios intangíveis e universais... devem constituir um ideal comum ao qual todos os povos e nações aspirem.”⁶⁵

É indiscutível que para que o direito à liberdade de associação seja aplicado, membros de sindicatos devem, entre outras coisas, gozar da liberdade de opinião, informação, expressão e para ir e vir, e serem capazes de se reunir livremente

⁶² Consulte o documento da ONU, *GAOR*, A/55/40 (I), p. 50, para. 323(b).

⁶³ Consulte, por exemplo, *GAOR*, *sixteenth session, 1961, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.1087, p. 134, para. 16 (Suécia) e doc. A/C.3/SR.1088, p. 139, para. 7 (Itália). A Itália destaca a “liberdade de associação política” que “completa com a liberdade de opinião, de expressão e de reunião”.

⁶⁴ General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 e o Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98), 1949, Report III (Part 4B), International Labour Conference, eighty-first session, Geneva, 1994, p. 13, para. 23.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 21, para. 43; itálico omitido.

para discutir questões de seu interesse. Devem ainda gozar da proteção contra serem presos arbitrariamente, e caso um membro de sindicato seja ainda assim preso por qualquer razão, **terá direito a todas as devidas garantias do processo descritas nos Capítulos 4.º a 7.º, incluindo o direito a ser tratado humanamente definido no Capítulo 8.º deste Manual.**

Estes são apenas dois exemplos práticos da relação complexa e fundamental que existe entre os direitos econômicos, sociais e culturais, e de outro lado, os direitos civis e políticos. Tanto em teoria quanto em sua aplicação prática, esses direitos não devem ser vistos como duas categorias de direitos isoladas competindo por recursos e atenção, **mas devem ser vistos sim como partes integrantes de um todo, de um conjunto de regras jurídicas para a proteção de todos os aspectos referentes à pessoa humana, regras entre as quais há uma contínua relação dialética que visa a alcançar justiça, segurança e bem-estar para todos.**

A evolução do direito internacional sobre direitos humanos, bem como sua interpretação pelos organismos internacionais, confirma que há uma ligação essencial entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais.

Os governos têm o dever jurídico de proceder, simultaneamente, à implementação de todos os direitos que visem a proteger os aspectos mais fundamentais da vida e da pessoa humana.

4. Os Tratados Internacionais e Regionais para a Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Os Direitos Assegurados

Esta seção contém uma lista dos principais direitos econômicos, sociais e culturais assegurados pelos tratados universais e regionais mais importantes. Os tratados abrangem uma ampla gama de direitos, e a análise de todos eles vai além do escopo deste manual. Houve, portanto, uma seleção rigorosa dos direitos que serão analisados mais detidamente nos números **6 e 7.**

Mais detalhes sobre os procedimentos de implementação dos tratados universais e regionais para a proteção de direitos econômicos, sociais e culturais encontram-se nos Capítulos 2.º e 3.º desta obra.

4.1 Diplomas de Âmbito Internacional

4.1.1 O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966

Esta seção, que trata do plano universal, é dedicada ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cuja vigência é monitorada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais por meio de relatórios submetidos pelos Estados signatários. Para mais informações a respeito da interpretação dada às disposições do pacto pelo Comitê consultar a Apostila n.º 2, que contém uma lista de todos os Comentários Gerais adotados pelo Comitê até 26 de abril de 2001. Em 8 de fevereiro de 2002, o Pacto contava com 145 Estados signatários. Entre os principais direitos assegurados pelo pacto, estão os seguintes:

- direito à igualdade e à não-discriminação no gozo de direitos – art. 2.º(2) (não-discriminação em geral) e art. 3.º (entre homens e mulheres);
- direito ao trabalho, inclusive o direito de sustentar-se através de um trabalho escolhido e aceito livremente – art. 6.º;
- direito a condições de trabalho justas e favoráveis, o que inclui pagamento justo e remuneração igual para trabalho de igual valor, sem distinção de qualquer natureza; o direito a um nível de vida decente para os trabalhadores e suas famílias; condições de trabalho seguras e sadias; oportunidades iguais de promoção; o descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.
- direito de formar e de associar-se a sindicatos de sua escolha, o que inclui o direito de estabelecer federações e confederações nacionais – art. 8.º,(1),(a) e (b);
- direito à greve – art. 8.º,(1) e (d);
- direito à previdência social, inclusive ao seguro social – art. 9.º;
- direito à proteção e assistência à família; o direito de contrair matrimônio somente com o livre e pleno consentimento; proteção à maternidade; proteção e assistência a crianças e jovens – art. 10(1)-(3);
- direito a um nível de vida adequado, incluindo direito à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, e à melhoria contínua das condições de vida – art. 11(1);
- direito ao melhor estado de saúde física e mental que se possa atingir – art. 12;
- direito à educação – art. 13;
- direito de participar da vida cultural, de desfrutar os benefícios do progresso científico e de se beneficiar da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda produção científica, literária ou artística de que seja autor – art. 15, (1).

4.2 Diplomas de Âmbito Regional

4.2.1 Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, 1981

No âmbito regional, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos oferece proteção não apenas aos direitos econômicos, sociais e culturais individuais, mas também aos dos povos (ver art. 22 da Carta). Entretanto, a lista abaixo relaciona apenas os direitos individuais indivíduos, que incluem:

- direito à não-discriminação no gozo dos direitos protegidos pela Carta – art. 2.º;
- direito à liberdade de associação – art. 10;
- direito de trabalhar em condições equitativas e satisfatórias; o direito de receber igual pagamento por igual trabalho – art. 15;
- direito de gozar o melhor estado de saúde físico e mental que se possa atingir – art. 16;
- direito à educação – art. 17,(1);
- direito de participar livremente da vida cultural de sua comunidade - art. 17,(2);
- direito de idosos e deficientes a medidas específicas de proteção que correspondam a suas necessidades físicas e morais – art. 18,(4).

Outros parágrafos que constam do art. 18 da Carta não são arrolados como direitos mas sim como deveres dos Estados, por exemplo a obrigação de cuidar da saúde física e moral da família (art. 18,(1)), de assistir a família (art. 18(2)) e de garantir a eliminação da discriminação contra mulheres e a proteção aos direitos da mulher e da criança, tal como estipulado em declarações e convenções internacionais. (art. 18,(3)).

4.2.2 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969, incluindo o Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988

No continente americano, os direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais estavam inicialmente contidos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948. Quando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi adotada em 1969, o Capítulo III, intitulado “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, possuía apenas o art. 26, segundo o qual:

“Os Estados-partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente de ordem econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente, por via legislativa ou por outros meios apropriados, a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas,

sociais e sobre educação, ciência e cultura constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.”

Estes direitos foram mais bem detalhados no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988, também chamado de “Protocolo de San Salvador”. O Protocolo, que entrou em vigor em 16 de novembro de 1999, protege, em especial, os direitos abaixo:

- direito à não-discriminação no exercício dos direitos garantidos – art. 3.º;
- direito ao trabalho, inclusive à oportunidade de assegurar todos os meios de sobrevivência para uma existência digna e decente – art. 6.º;
- direito a condições de trabalho justas, equitativas e satisfatórias, inclusive a uma remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e um salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção; o direito à promoção; segurança e higiene no trabalho; proibição de trabalho noturno e de condições de trabalho insalubres ou perigosas para pessoas menores de 18 anos; a limitação razoável das horas de trabalho e descanso, lazer e férias remuneradas – art. 7.º;
- direitos ligados à sindicalização, tais como o direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e associar-se ao sindicato de sua escolha a fim de promover e proteger seus interesses, e o direito à greve – art. 8.º (1);
- direito à previdência social – art. 9.º;
- direito à saúde, “entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social” – art. 10;
- direito a um meio-ambiente sadio – art. 11;
- direito à alimentação, o que significa “direito à nutrição suficiente, que garanta a possibilidade de desfrutar o mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual” – art. 12;
- direito à educação – art. 13;
- direito aos benefícios da cultura, assim como do progresso científico e tecnológico – art. 14(1);
- direito à formação e proteção de famílias – art. 15;
- direitos da criança – art. 16;
- direito do idoso à proteção especial – art. 17;

- direito do deficiente físico de receber atenção específica “planejada para ajudá-lo a atingir o maior desenvolvimento possível de sua personalidade” – art. 18.

4.2.3 A Carta Social Européia de 1961 e a Carta Social Européia (revista) de 1996

Em junho de 2002, a Carta Social Européia de 1961 havia sido ratificada por 25 Estados membros do Conselho da Europa. Ela contém os direitos arrolados abaixo:

- direito ao trabalho – art. 1.º;
- direito a condições de trabalho justas – art. 2.º;
- direito a condições de trabalho seguras e sadias – art. 3.º;
- direito à remuneração justa – art. 4.º;
- direito de se organizar – art. 5.º;
- direito de negociar coletivamente – art. 6.º;
- direito de crianças e jovens à proteção – art. 7.º;
- direito da mulher empregada à proteção – art. 8.º;
- direito à orientação profissional – art. 9.º;
- direito ao treinamento profissional – art. 10;
- direito à proteção da saúde – art. 11;
- direito à previdência social – art. 12;
- direito à assistência médica e social – art. 13;
- direito de beneficiar-se de serviços de bem-estar social – art. 14;
- direito dos portadores de deficiência física e mental a treinamento profissional, reabilitação e restabelecimento social – art. 15;
- direito da família à proteção social, jurídica e econômica – art. 16;
- direito de mães e filhos à proteção social e econômica – art. 17;
- direito de se engajar em ocupação lucrativa no território de outras Partes – art. 18;
- direito dos trabalhadores migrantes e suas famílias à proteção e assistência. – art. 19.

O Protocolo Adicional de 1988 entrou em vigor em 4 de setembro de 1992 e em 19 de junho de 2002 havia sido ratificado por dez Estados. De acordo com este Protocolo, ressalvadas as disposições da Carta Social Européia, os Estados signatários também se comprometem a adotarem um ou mais artigos reconhecendo os seguintes direitos:

- direito a oportunidades iguais e tratamento igual em questões de emprego e ocupação sem discriminação quanto ao sexo – art. 1.º;
- direito dos trabalhadores à informação e aconselhamento – art. 2.º;
- direito dos trabalhadores de participar da determinação e melhoria das condições e do ambiente de trabalho – art. 3.º;
- direito dos idosos à proteção social – art. 4.º.

A versão revista da Carta Social Européia foi adotada em 1996 e entrou em vigor em 1.º de julho de 1999. Em 19 de junho de 2002, contava com a ratificação de 13 Estados. A Carta Social Revista substituirá progressivamente a Carta original, cujos termos atualiza e estende. Levando em consideração os novos avanços sociais e econômicos, a Carta revista reforma alguns dos artigos do documento original e acrescenta outros. Novas características incluem, em particular, uma lista consideravelmente mais longa de direitos e princípios na Parte I se comparada à lista contida na antiga Carta (31 direitos e princípios, contra 19 na Carta de 1961). Além dos direitos tirados do Protocolo Adicional de 1988, as novas características importantes incluem:

- direito à proteção em casos de término do emprego – art. 24;
- direito dos trabalhadores à proteção de suas reivindicações em caso de insolvência de seu empregador – art. 25;
- direito à dignidade no trabalho – art. 26;
- O direito dos trabalhadores com responsabilidades familiares a iguais oportunidades e tratamento. – art. 27;
- direito dos representantes dos trabalhadores à proteção no cumprimento de sua tarefa, e a recursos a lhe serem concedidos – art. 28;
- direito à informação e aconselhamento em procedimentos de demissão coletivos – art. 29;
- direito à proteção contra a pobreza e exclusão social – art. 30;
- direito à moradia – art.

Os direitos econômicos, sociais e culturais garantidos pelos direitos humanos internacionais abrangem áreas amplas e aspectos essenciais da vida humana, tais como o direito ao trabalho e a condições de trabalho favoráveis, o direito a um nível de vida adequado, o direito à saúde física e mental satisfatória, o direito à educação e o direito à assistência especial à família e às crianças.

O gozo de todos estes direitos é condicionado ao respeito ao princípio de igualdade perante a lei e na aplicação da lei.

5. As Obrigações dos Estados na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

5.1 O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966

5.1.1 Considerações Iniciais

O dever de implementar os compromissos assumidos pelos Estados signatários do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais consta do art. 2.º que dispõe:

“1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o, pleno exercício e dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

2. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

3. Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais..”

Faz-se mister ressaltar que diferentemente do art. 2.º, (1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que impõe o dever de **aplicação imediata** dos direitos assegurados pelo pacto, o art.2.º, (1) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê a **implementação progressiva** dos direitos reconhecidos. Entretanto, como os debates durante a elaboração dos pactos deixaram claro, conforme o histórico traçado na seção 2, não seria apenas fazer uma generalização equivocada, mas também incorrer em erro de técnica jurídica, concluir que o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apenas implica obrigações a serem implementadas progressivamente sem nenhuma obrigação de aplicação imediata.

A própria natureza dos direitos, a redação que lhes foi dada, o ponto de vista dos redatores, e as opiniões expressadas até hoje pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais refletem que a natureza e a dimensão das obrigações assumidas pelos Estados signatários ao ratificar ou aderir ao Pacto são muito mais dinâmicas. Tal conclusão cabe aqui porque, apesar dos inúmeros problemas de natureza social e econômica enfrentados pelos Estados, o Pacto foi e tem sido um instrumento jurídico direcionado à consecução de um desenvolvimento constante das condições de vida dos povos de todo o mundo.

Como foi ressaltado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em um de seus primeiros “comentários gerais”, as obrigações estabelecidas pelo art.2.º do Pacto incluem tanto “**obrigações de conduta e obrigações de resultado**”.⁶⁶ Isto quer dizer, entre outras coisas, que “enquanto o Pacto estabelece a implementação progressiva e reconhece as dificuldades existentes em virtude da falta de recursos, *ele também impõe várias obrigações que são de aplicação imediata*.”⁶⁷ Uma das obrigações de caráter imediato é a prevista no art. 2.º, (2) que prevê que os direitos contidos no Pacto sejam exercidos sem discriminação.⁶⁸ Uma outra obrigação da mesma natureza “é a obrigação contida no art. 2.º, (1) que é a de ‘adotar medidas’, que em si não depende nem é limitada por nenhum outro fator”.⁶⁹ Como ressaltado pelo Comitê, o sentido completo da expressão também pode ser extraído ao se comparar a versão do texto em inglês com os textos em francês e em espanhol, segundo os quais os Estados se comprometem a “agir” (no francês: “s’engage à agir”) e a “adotar medidas” (no espanhol: “a adoptar medidas”).⁷⁰ Esta obrigação assumida significa que

“enquanto a completa implementação dos direitos pode ser atingida progressivamente, medidas em direção a este objetivo devem ser tomadas em um curto espaço de tempo, logo após o Pacto entrar em vigor nos Estados signatários. Tais medidas devem ser o mais **refletidas, concretas e direcionadas** possível para se fazer cumprir as obrigações previstas no Pacto.”⁷¹

Uma terceira obrigação deve ser adicionada às obrigações de conduta e resultado, a saber, o dever **de aplicar os referidos direitos, incluindo o de fornecer meios jurídicos para tanto**. Estes três aspectos das obrigações dos Estados signatários são inter-relacionadas e, até certo ponto, concomitantes, mas, de acordo com o Comitê, possuem características específicas que serão abordadas abaixo.

5.1.2 A Obrigação de Conduta

Em relação aos meios que os Estados signatários deveriam usar para cumprir com a obrigação de “tomar medidas”, o art. 2.º, (1) do Pacto faz referência a

⁶⁶ Consulte o General Comments No. 3 (The nature of States parties’ obligations -article 2(1)), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 18, para. 1; grifo nosso.

⁶⁷ *Ibidem*, loc. cit.; grifo nosso.

⁶⁸ *Ibidem*

⁶⁹ *Ibidem*, p. 18, para. 2.

⁷⁰ *Ibidem*, loc. cit.

⁷¹ *Ibidem*; grifo nosso.

“todos os meios apropriados, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”. Apesar de ter ficado a critério dos Estados avaliar quais os meios mais “apropriados”, incluindo a **legislação**, para cumprirem as obrigações convencionadas no Pacto, o Comitê estabelece que tais medidas “incluem, entre outras, medidas **administrativas, financeiras, educacionais e sociais**”.⁷²

Outra medida considerada “apropriada” pelo Comitê é a “garantia de meios judiciais para que tais direitos possam, em consonância com o sistema jurídico do país, ser apreciados pelo judiciário. O Comitê ressalta, por exemplo, que o gozo dos direitos reconhecidos, sem discriminação, será sempre promovido de forma adequada, em parte, pelos instrumentos jurídicos ou outros instrumentos cabíveis”.⁷³ Além disso, há outros dispositivos no Pacto, incluindo os arts. 3.º, 7.º (a) (i), 8.º, 10,(3, 13, (2), (a), (3) e (4) e 15, (3), “que seriam capazes de serem aplicados imediatamente pelos órgãos judiciais, entre outros, em muitos dos sistemas jurídicos. Argumentos de que os dispositivos indicados aqui não são auto-executáveis seriam difíceis de sustentar.”⁷⁴

5.1.3 A obrigação de resultado

A “principal obrigação de resultado” contida no art 2.º,(1) é a de “adotar medidas (...) que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto”.⁷⁵ Entretanto, o Comitê salientou que o fato de o Pacto permitir a “implementação progressiva” dos direitos, ou seja, “sua implementação durante o decurso do tempo”, não deve ser interpretado de modo a despir a referida obrigação de conteúdo”.⁷⁶ O Comitê descreve a referida obrigação nas palavras abaixo.

“Trata-se, por um lado, de um mecanismo de flexibilização que reflete a realidade do mundo e as dificuldades enfrentadas pelos países em garantir a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro lado, a expressão deve ser lida à luz do objetivo central, ou seja, a *raison d'être*, do Pacto é a de estabelecer obrigações claras para os Estados signatários em relação à plena realização os direitos em questão. Assim, impõe-se um dever de agir tempestivamente e eficientemente em direção do referido objetivo. Outrossim, as medidas tomadas deliberadamente em contrário implicarão um cuidadoso exame e deverão ser amplamente justificadas em virtude da totalidade dos direitos previstos no Pacto e de acordo com o máximo aproveitamento dos recursos disponíveis em um dado contexto.”⁷⁷

Além disso, o Comitê acredita que cada Estado signatário assume “um núcleo obrigacional de assegurar, pelo menos, níveis mínimos essenciais dos referidos direitos”

⁷² Ibidem, p. 19, para. 7; grifo nosso.

⁷³ Ibidem, p. 19, para. 5.

⁷⁴ Ibidem, loc. cit.

⁷⁵ Ibidem, p. 20, para. 9.

⁷⁶ Ibidem, loc. cit.

⁷⁷ Ibidem

garantidos pelo Pacto, caso contrário, tais direitos “ficariam praticamente desprovidos de sua *raison d'être*”.⁷⁸ Isto quer dizer, por exemplo, nas palavras do Comitê que

“um Estado signatário que tenha um número significativo de indivíduos desprovidos dos mais básicos gêneros alimentícios, de saúde básica, de abrigo e moradia, ou das formas mais básicas de educação, está, a priori, deixando de cumprir com as obrigações assumidas pelo Pacto.”⁷⁹

Neste sentido, o Comitê afirmou ainda que, tendo em vista que o art. 2.º, (1) exige que o Estado signatário “adote as medidas necessárias ‘até o máximo de seus recursos disponíveis’”, ele deverá, para conseguir atribuir o descumprimento da obrigação de atingir pelo menos o núcleo obrigacional à falta de recursos “demonstrar que todos os esforços foram envidados para usar todos os recursos disponíveis para satisfazer, tendo como prioridade, o núcleo obrigacional mínimo”.⁸⁰ Entretanto, conforme ressaltou o Comitê “mesmo nos lugares em que os recursos disponíveis são provavelmente inadequados, a obrigação permanece com o Estado signatário de envidar esforços para que a maior gama possível de direitos, nessas circunstâncias, sejam garantidos.”⁸¹

5.1.4 A obrigação de implementar: meios jurídicos

No Comentário Geral n.º. 9, referente à aplicação do Pacto nos Estados, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais elaborou alguns dos pronunciamentos feitos no Comentário Geral n.º 3. Percebeu-se que o Pacto, ao exigir que os Estados aplicassem os direitos nele previstos “pelos meios apropriados”, adota uma abordagem ampla e flexível que possibilita que todas as particularidades dos sistemas jurídico e administrativo de cada Estado, bem como outros fatores importantes, sejam levados em consideração.⁸² “Mas, esta flexibilidade coexiste com a obrigação de cada Estado signatário fazer uso de todos os meios disponíveis para aplicar os direitos reconhecidos pelo Pacto. Neste sentido, as exigências fundamentais dos direitos humanos internacionais devem ser sempre levadas em conta. Assim, os dispositivos do Pacto devem ser reconhecidos de acordo com o sistema jurídico interno, com os meios de reparação ou outras medidas jurídicas cabíveis, que devem estar necessariamente à disposição de todo indivíduo ou grupo afetado, bem como deve haver meios adequados de se responsabilizar o Estado.”⁸³

Para o Comitê, “questões relacionadas à aplicação do Pacto no âmbito interno devem ser apreciadas à luz de dois princípios de direito internacional”:

⁷⁸ Ibidem, p. 20, para. 10.

⁷⁹ Ibidem, loc. cit.

⁸⁰ Ibidem

⁸¹ Ibidem, p. 20, para. 11.

⁸² Ibidem, p. 58, para. 1.

⁸³ Ibidem, p. 58, para. 2.

- **primeiro**, consoante o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, um Estado signatário não poderá invocar disposições de direito interno para justificar o inadimplemento de obrigações assumidas em tratados, o referido estado “deverá alterar as normas de direito interno se necessário”,⁸⁴
- **segundo**, de acordo com o art. 8.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo às jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”. Apesar de o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não exigir expressamente que os Estados signatários estabeleçam meios jurídicos para o caso de violação de suas disposições, o Comitê considera que “um Estado signatário que busca justificar o fato de não ter proporcionado nenhum meio jurídico para combater o desrespeito aos direitos econômicos, sociais e culturais teria que provar que tais meios não são os “meios adequados”, consoante o disposto no art. 2.º (1.) ... ou que, tendo em vista outros meios usados, os referidos meios não são necessários. Será difícil fazer prova disso e o Comitê considera que, em diversos casos, os outros meios usados não seriam eficazes se não aplicados ou complementados por medidas judiciais.”⁸⁵

Pode-se concluir dos Comentários Gerais do Comitê que, **em regra, a aplicação efetiva do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais requer meios jurídicos internos para aqueles cujos direitos foram desrespeitados pelo Estado.** O fato de que o Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao contrário do Pacto sobre Direitos Cíveis e Políticos, não prevê de forma expressa os meios jurídicos nem os demais meios que podem ser usados pelos indivíduos lesados, indica uma relutância por parte dos redatores de sujeitar os Estados às ações individuais em uma área que depende, em grande parte, de recursos financeiros e de um determinado estágio de desenvolvimento. Esta relutância foi recentemente confirmada pela dificuldades enfrentadas em garantir a adoção de um protocolo optativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que conteria dispositivos acerca de um procedimento internacional para ações individuais e de grupos.

Os Estados signatários do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não podem se basear em seu direito interno para justificar o não cumprimento das disposições convencionadas.

Os Estados signatários assumiram uma obrigação de conduta e deverão tomar todas as medidas legislativas, administrativas, financeiras, educacionais e sociais cabíveis para fazer cumprir o Pacto Internacional.

⁸⁴ Ibidem, p. 58, para. 3.

⁸⁵ Ibidem, pp. 58-59, para. 3.

Os Estados signatários assumiram também uma obrigação de resultado, pois deverão caminhar firmemente em direção à consecução dos direitos previstos no Pacto usando ao máximo todos os recursos a seu alcance.

Os Estados signatários têm o dever de assumir imediatamente um núcleo obrigacional mínimo de direitos previstos pelo Pacto.

Mesmo em situações em que fique claro que os recursos disponíveis são inadequados, os Estados signatários têm o dever de provar que estão envidando todos os esforços para garantir o gozo dos direitos previstos no Pacto.

*Os Estados signatários têm o dever de aplicar o Pacto usando todos os meios possíveis. Este dever abrange o de proporcionar **meios de ação ou reparação** que garantam ao indivíduo o poder de fazer cumprir seus direitos econômicos, sociais e culturais em seu respectivo país.*

5.2 A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981

O art. 1.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos arrola as obrigações assumidas pelos Estados signatários em relação a todos os direitos e garantias previstos no referido diploma, incluindo direitos econômicos, sociais e culturais. Isto significa que eles “reconhecerão” e “comprometem-se a adotar medidas legislativas ou outras para os aplicar”. Nem o referido artigo, nem nenhum outro que defina os direitos em questão sugerem outra coisa que não o dever de implementar as obrigações assumidas *imediatamente*.

5.3 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 e o Protocolo Adicional em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988

No art. 1.º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) optaram por uma *abordagem progressiva*, segundo a qual os Estados signatários:

“comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.”

Apesar de se tratar de uma abordagem progressiva, trata-se, claramente, de uma obrigação de resultado em que os Estados signatários

“comprometem-se a adotar as medidas necessárias” para atingir “a plena efetividade dos direitos reconhecidos” no Protocolo.

5.4 Carta Social Européia de 1961 e a Carta Social Européia (revista) de 1996

É possível afirmar, em linhas gerais, que a revisão da Carta Social Européia em 1961 não teve o objetivo de “reduzir o grau de proteção nela contido”, mas, justamente o contrário, “a reforma envolve levar em conta tanto os avanços em relação aos direitos sociais e econômicos refletidos em outros tratados internacionais e no direito dos países-membros, quanto os problemas sociais não abrangidos pelos outros documentos internacionais em vigor.”⁸⁶ Convencionou-se, ainda, que “todas as emendas seriam feitas tendo em vista a necessidade de se assegurar a igualdade entre homens e mulheres.”⁸⁷

No que tange às obrigações assumidas, tanto a versão de 1961, quanto a de 1996, da Carta Social Européia, contém um estrutura específica de obrigações que permitem os Estados signatários fazer uma implementação progressiva dos direitos previstos. Entretanto, apesar de os Estados signatários considerarem a Parte I de cada um dos documentos “uma declaração dos objetivos que [o Estado] buscará atender fazendo uso dos meios adequados” (art. 20, (1) da Carta de 1961 e art. A da de 1996), ***ambas as Cartas também definem o núcleo obrigacional mínimo a ser assumido por todos os Estados signatários.***

De acordo com a Carta de 1961, os Estados signatários deverão aderir a, pelo menos, ***cinco*** dos artigos abaixo:

- direito ao trabalho – art. 1.º;
- direito à livre associação art. 4.º;
- direito à negociação coletiva – art. 6.º;
- direito à seguridade social– art. 12;
- direito à assistência social e médica – art. 13;
- direito da família à proteção social, jurídica e econômica – art. 16;
- direito do trabalhador e de sua família oriundos de outros Estados signatários à proteção e assistência – art.19.

⁸⁶ Consulte o *European Social Charter: Explanatory Report* (ETS No. 163), no site da Web no Consulado da Europa: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/163.htm> p. 1.

⁸⁷ *Ibidem*, loc. cit.

Além disso, os Estados signatários deverão aderir a, pelo menos, 10 artigos ou 45 parágrafos numerados de sua escolha (art. 20,(1),(c)).

Na revisão de 1996, o núcleo obrigacional mínimo foi aumentado e os Estados signatários foram levados a se vincular a, pelo menos, seis artigos do referido núcleo obrigacional, aos quais os dois artigos abaixo foram adicionados àqueles da Carta anterior:

- o direito das crianças e dos adolescentes à proteção – art. 7.º;
- o direito à igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e trabalho sem discriminação sexual – art. 20.

Os Estados signatários deverão aderir obrigatoriamente a um número maior de disposições totalizando, pelo menos, 16 artigos ou 63 parágrafos numerados (Parte III, art. A)

Os Estados signatários deverão, portanto, aderir a um determinado número de disposições a serem efetivamente implementadas a contar da data de ratificação da Carta. Os Estados signatários são livres para aumentar o número de provisões ao qual aderiram a qualquer tempo (ver art. 20, (3) da Carta de 1961 e art. A, (3) da Carta de 1996).

A Carta Social Européia adota uma abordagem híbrida em relação às obrigações internacionais, pois ao mesmo tempo em que impõe aos Estados signatários um determinado número de direitos de aplicação imediata, permite que eles implementem os demais progressivamente.

6. Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Apreciação pelo Judiciário?

Conforme foi visto no item 2.2.4, a questão da apreciação pelo judiciário dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi discutida durante a elaboração do Pacto. Embora, à época, diversas autoridades representando os Estados durante a Comissão de Direitos Humanos tenham votado a favor de uma resolução que negasse expressamente a apreciação desses direitos pelo judiciário, estes participantes eram minoria. Os outros países enfatizavam a imprecisão e mesmo os perigos de se rotular os direitos econômicos, sociais e culturais como não sendo passíveis de apreciação judicial. A França, por exemplo, ressaltou que muitos dos aspectos dos referidos direitos seriam sim passíveis de apreciação judicial. Todavia, meio século se passou e ainda não há um consenso sobre a competência do judiciário para julgar ações referentes ao desrespeito

aos dos direitos econômicos, sociais e culturais. Essa incerteza foi destacada em um seminário sobre a *Apreciação pelo Judiciário dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, com uma menção especial ao Protocolo Optativo ao Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, realizado em Genebra, Suíça, em fevereiro de 2001. O seminário foi organizado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos e pela Comissão Internacional de Juristas. Conforme os relatórios enviados para o seminário, recorre-se cada vez mais ao judiciário para o julgamento de ações envolvendo os direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à moradia e o direito à igualdade perante a lei. Examinados de forma objetiva e em conjunto com os respectivos direitos, essa evolução demonstra que a questão da apreciação judicial não está clara e que as decisões sobre a possibilidade de determinados direitos prestarem-se ao exame do judiciário está mais relacionada com a política que com o direito.

Um paralelo interessante demonstra que o mesmo argumento também se aplica, até certo ponto, no campo dos direitos civis e políticos. Assuntos relacionados à legitimidade do exercício dos poderes de emergência pelos Governos em momentos de crise foram tratados com frequência como não sendo passíveis de apreciação pelo judiciário. Contudo, os Tribunais de Direitos Humanos da Europa e dos EUA, principalmente, demonstraram que a declaração de estado de calamidade pública e estado de sítio implicando a limitação do exercício dos direitos humanos internacionais, derogando as obrigações internacionais assumidas, são questões passíveis de apreciação judicial que têm de ser examinadas à luz dos tratados internacionais ratificados pelos Estados.⁸⁸

Em relação ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê competente analisou a questão de apreciação judicial relacionada ao papel de medidas jurídicas no Comentário Geral nº 9. Embora o Comitê tenha considerado que o "direito a uma medida reparadora efetiva não signifique que tal medida deva ser sempre judicial", e que "medidas administrativas, em muitos casos, serão adequadas", também admite que:

“sempre que não for possível fazer valer o direito previsto em uma convenção sem que a interferência do judiciário, medidas judiciais serão necessárias.”⁸⁹

Neste Comentário Geral, o Comitê lamenta que, ao contrário dos ocorrer com os direitos civis e políticos, “supõe-se deveras frequentemente” que as medidas judiciais não são essenciais no que diz respeito à violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, embora “essa diferença não seja imposta nem pela natureza dos direitos nem pelas disposições feitas no Pacto”.⁹⁰ O Comitê observa que já esclareceu “que considera muitas das disposições contidas no Pacto passíveis de serem implementadas imediatamente”, por exemplo, arts. 3.º, 7.º(a)(i), 8.º, 10(3), 13(2)(a),

⁸⁸ Para obter mais informações sobre esta questão, Consulte o Capítulo 16 deste Manual.

⁸⁹ *United Nations Compilation of General Comments*, p. 60, para. 9.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 60, para. 10.

13(3), 13(4) e 15(3).⁹¹ Tais artigos, citados *como exemplo* pelo Comitê, prevêm os seguintes direitos:

- o direito de igualdade entre os homens e mulheres no gozo de seus direitos – art. 3º;
- o direito a salários justos e remuneração eqüitativa para trabalho de igual valor – art. 7º,(a)(i);
- o direito à formação de sindicatos que possam funcionar livremente; o direito à greve – art. 8º;
- o direito das crianças e dos jovens a medidas especiais de proteção e de assistência, realizadas sem nenhuma forma de discriminação – art. 10, (3);
- o direito ao ensino fundamental obrigatório e gratuito para todos – art. 13, (2)(a);
- o direito dos pais e/ou tutores de escolher a escola de seus filhos e/ou tutelados mesmo que não seja uma escola pública, garantindo uma educação religiosa e moral em conformidade com as suas próprias convicções – art. 13,(3);
- o direito de pessoas físicas e jurídicas de criar e administrar instituições de ensino conforme às exigências legais – art. 13, (4);
- a liberdade indispensável à pesquisa científica e atividade criadora – art. 15, (3).

Ainda sobre a questão da apreciação judicial dos direitos contidos no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê acrescentou que:

“Sobre esse aspecto, é importante fazer a distinção entre apreciação judicial (que se refere às questões decididas de forma adequada pelo judiciário) e normas auto-aplicáveis (passíveis de serem aplicadas pelo judiciário sem mais elaborações). Tendo em vista ser necessário levar em conta a orientação de cada sistema jurídico, não há nenhum direito previsto no Pacto, consoante a grande maioria dos sistemas, que não possa ser considerado como sendo passível de apreciação pelo judiciário em pelo menos um aspecto. Às vezes, sugere-se que questões sobre alocação de recursos devam ser tratadas pelas autoridades políticas, em vez de serem tratadas pelo judiciário. Apesar de ser necessário respeitar as respectivas competências dos diversos poderes, reconhecemos que o judiciário já está envolvido em uma ampla gama de questões que possuem implicação direta em matéria de recursos. A adoção de uma classificação rígida dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os colocaria fora da esfera de competência do judiciário, seria arbitrário e incompatível com o princípio de que as duas categorias de direitos humanos são indivisíveis e interdependentes. Além disso, restringiria

⁹¹ Ibidem, loc. cit.

drasticamente a capacidade de o judiciário proteger os direitos dos grupos mais vulneráveis e desfavorecidos da sociedade.”⁹²

Em relação à natureza auto-aplicável das disposições do Pacto, o Comitê ressaltou que "o Pacto não nega a possibilidade de os direitos nele contidos serem considerados auto-aplicáveis em sistemas nos quais existe esta opção. De fato, quando de sua elaboração, tentativas de inclusão no Pacto de uma disposição especial com a finalidade de se considerar as disposições "não auto-aplicáveis" foram expressamente rejeitadas.”⁹³ O Comitê afirma ainda que:

“Na maioria dos Estados, determinar se uma disposição contida em um tratado é ou não auto-aplicável é uma questão a ser tratada pelo judiciário e não pelo executivo, nem pelo legislativo. Para desempenhar tal função de forma eficiente, os juízos e tribunais deverão ser conscientizados da natureza e das implicações do Pacto e do papel importante das medidas judiciais resultantes de sua implementação. Desse modo, por exemplo, quando os Governos estiverem envolvidos em processos judiciais, eles devem interpretar o direito interno de modo a fazer valer as obrigações assumidas em tratados. Do mesmo modo, o ensino do sistema judiciário deve levar em conta a apreciação pelo judiciário de tratados internacionais. É extremamente importante evitar qualquer presunção de que as normas não devam ser consideradas auto-aplicáveis. Na verdade, muitas normas são redigidas com termos que são pelo menos tão claros e específicos quanto os termos dos demais tratados internacionais existentes sobre direitos humanos, cujas disposições são normalmente consideradas auto-aplicáveis pelo judiciário.”⁹⁴

À luz do que foi dito nos capítulos anteriores, a questão da possibilidade de os direitos econômicos, sociais e culturais serem submetidos à apreciação judicial, pode ser resumida da seguinte forma:

Nem a natureza dos direitos econômicos, sociais e culturais, nem os termos do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, muito menos os trabalhos preparatórios podem ser usados para retirar das mãos do judiciário o poder para apreciar referidos direitos.

Muito pelo contrário, muitos dos aspectos dos direitos em tela são passíveis de apreciação pelo judiciário.

Os Estados Signatários do Pacto deverão criar medidas judiciais para combater o desrespeito aos direitos econômicos, sociais e culturais sempre que tais meios forem necessários para que os direitos sejam aplicados. Tais medidas deverão coexistir com medidas administrativas adequadas.

A classificação dos direitos econômicos, sociais e culturais como não passíveis de apreciação judicial contraria a indivisibilidade e interdependência entre tais direitos e os direitos políticos e civis.

⁹² Ibidem

⁹³ Ibidem, p. 61, para. 11.

⁹⁴ Ibidem, loc. cit.

7. Estudo de Caso I: Direito à Moradia Adequada

7.1 Considerações Preliminares

As próximas seções abordarão e analisarão dois direitos: o *direito à moradia adequada* e o *direito a saúde*. Em primeiro lugar analisar-se-á sua interpretação pelos organismos internacionais competentes e, em seguida, exemplificar-se-á com jurisprudência de dos Estados signatários o exercício desses direitos ou o de determinados aspectos a eles relacionados.

Este capítulo não tem o objetivo de fornecer uma visão exaustiva das várias funções do judiciário de cada país na aplicação de direitos econômicos, sociais e culturais. Entretanto, como regra geral, tanto os tribunais comuns como os administrativos em muitos países julgam um grande número de questões relacionadas, por exemplo, às várias formas de seguridade social como benefícios pagos a idosos, pessoas com problemas de saúde e deficientes físicos, aos direitos da minoria sem acesso à cultura, ao direito à moradia adequada, às questões de igualdade e não-discriminação, entre outras. Ademais, a justiça do trabalho também tem competência para decidir assuntos afins a sua matéria, como direito à liberdade de associação em sindicatos e a negociar coletivamente, a higiene no e direito à greve. Embora a lei, por exemplo, não assegure expressamente, o direito à alimentação ou o direito à moradia como o fazem os direitos humanos internacionais, pode a lei, não obstante, criar meios para que o judiciário chegue ao resultado previsto no tratado. Os direitos econômicos, sociais e culturais constituem, em outras palavras, um campo do direito em que o judiciário desempenha uma função importante, lado a lado com os procedimentos administrativos.

Os direitos abordados abaixo foram selecionados por serem relativamente mais complicados, se comparados a outros tipos de direitos econômicos e sociais mais facilmente aceitos de serem submetidos à apreciação pelo judiciário, como é o caso do extenso rol dos direitos dos trabalhadores.

7.2 O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: art. 11, (1)

O direito à moradia adequada, reconhecido no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi incorporado ao art. 11(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como parte do direito a um padrão de moradia adequada. No âmbito universal, o direito à moradia pode também ser encontrado, principalmente, no art. 5.º,(e) (iii) do Acordo Internacional de Eliminação de

Todas as Formas de Discriminação Racial, art. 14(2)(h) do Acordo de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, art. 27(3) do Acordo dos Direitos da Criança. No âmbito regional, apenas a Carta Social Européia revista de 1996 garante expressamente o direito à moradia (art.31).

O direito à moradia também já foi garantido em vários outros documentos como, por exemplo, na Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento em seu art. 8º, (1). Na Conferência da ONU sobre Assentamentos Humanos em 1996, os Governos participantes também foram unânimes em reafirmar seu “compromisso com o cumprimento integral e implementação progressiva ao direito à moradia adequada, previsto em instrumentos internacionais”.⁹⁵ Além disso, reconheceram que têm a “obrigação... de criar condições para que as pessoas obtenham moradia e para que protejam e melhorem suas casas e bairros”, e se comprometeram com

“o objetivo de melhorar as condições de habitação e de trabalho de forma igualitária e aceitável, para que todos tenham proteção adequada, ou seja, saúde, segurança, tranquilidade, isto inclui acesso a serviços, dependências e conforto básicos, tudo isso a preços acessíveis, e que desfrutem de liberdade contra discriminação na habitação e tenham garantia jurídica da posse de sua moradia”.⁹⁶

Por fim, os Governos concordaram em “implementar e promover este objetivo em consonância com os padrões adotados pelos direitos humanos”.⁹⁷ No contexto atual, entretanto, o texto principal a ser considerado é o art. 11(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os textos de outros pactos e declarações correspondentes podem ser encontrados na **Apostila n.º 3**.

O art. 11(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê:

“Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e **moradia adequadas**, assim como a melhoria contínua das condições de vida. Os Estados Partes tomarão as medidas cabíveis para assegurar o cumprimento desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância fundamental da cooperação internacional fundada no livre consentimento” (grifo nosso).

Este dispositivo deverá ser interpretado em conjunto com o art. 2º(1), que prevê:

⁹⁵ Consulte o documento da ONU, A/CONF.165/14, relatório da United Nations Conference on Human Settlements (Habitat II), Istanbul, 3-14 June 1996, p. 17, para. 39.

⁹⁶ Ibidem, loc. cit.

⁹⁷ Ibidem

“Cada Estados Partes [*sic*] do presente Pacto comprometem-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício e dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”

Como pode ser observado, o direito a “um nível adequado de vida” no art. 11,(1) é um direito com muitos componentes. Entretanto, tratar-se-á, apenas, da questão sobre a moradia adequada que foi abordada nos Comentários Gerais nº 4 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A questão da moradia também foi abordada nos Comentários Gerais nº 7 sobre ações de despejo. O trabalho do Comitê confirma que os problemas relacionados à moradia adequada ocorrem praticamente em todos os países e atingem uma parcela considerável da humanidade. De acordo com os registros do Comitê nos Comentários Gerais nº 4 e nº 7, o direito à moradia adequada tem os seguintes aspectos pessoais e materiais de aplicação:

7.2.1 Indivíduos protegidos por esse direito

O direito à moradia adequada “aplica-se a todas as pessoas”, e o “conceito de ‘família’ precisa ser compreendido de forma mais ampla. Além disso, as pessoas, assim como as famílias, têm o direito à moradia adequada, independentemente de idade, condição econômico, grupo ou outra afiliação ou demais condições. O exercício deste direito não deve, de acordo com art. 2º(2) do Pacto, de modo nenhum, estar sujeito a nenhuma forma de discriminação”.⁹⁸

7.2.2 Abordagem Interpretativa, incluindo a interdependência de direitos

O Comitê rejeitou a interpretação “estreita ou restritiva” do direito à moradia adequada, que implicaria, por exemplo, a mera provisão de abrigo no sentido de um teto ou de exclusivamente um “bem”. “Mais especificamente, [o direito à moradia] deve ser compreendido como [o direito de] viver em algum lugar com segurança, paz e dignidade”.⁹⁹ Esta interpretação exige, pelo menos, dois aspectos:

- o fato de o “direito à moradia ser totalmente vinculado a outros direitos humanos e aos princípios fundamentais sobre os quais o Pacto foi elaborado”,
- e o conceito de adequação.¹⁰⁰

Em relação ao primeiro, o Comitê acredita que o direito à moradia adequada não pode ser considerado de forma isolada, mas requer, para seu pleno exercício, a proteção de outros direitos como “o da dignidade da pessoa humana e o

⁹⁸ *United Nations Compilation of General Comments*, p. 23, para. 6.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 23, para. 7.

¹⁰⁰ *Ibidem*, loc. cit.

princípio da não-discriminação, ... o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de associação (locatários e outros grupos comunitários), o direito à liberdade de residir e o direito de participar nas decisões públicas”. No mesmo sentido, “o direito a não ter sua privacidade, família, casa ou correspondência, violadas de forma ilícita e arbitrária, pois essas são uma dimensão muito importante na definição do direito à moradia adequada”.¹⁰¹ Devido à complexidade, o termo “adequada” será tratado separadamente.

7.2.3 Conceito de adequação

Na opinião do Comitê, “o conceito de adequação é muito importante em relação ao direito à moradia uma vez que é destinado a destacar vários fatores a serem levados em conta para determinar se certas formas de abrigo podem ser consideradas ‘moradia adequada’ nos termos do Pacto. Embora a adequação seja determinada, em parte, por fatores sociais, econômicos, culturais, climáticos, ecológicos e outros, o Comitê acredita que, apesar disso, seja possível identificar certos aspectos do direito que precisam ser levados em conta para esta finalidade em todos os contextos. São eles”:¹⁰²

- **Garantia jurídica da posse:** Significa que “não obstante, o tipo de título de posse, todas as pessoas devem possuir um nível de segurança sobre a referida posse que garanta proteção jurídica contra ações de despejo, assédio ou ameaças”;¹⁰³

- **Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infra-estrutura:** “Uma moradia adequada precisa ter determinadas instalações destinadas à saúde, segurança, conforto e nutrição. Todos os beneficiários do direito à moradia adequada devem ter acesso garantido a recursos naturais e comuns, a água potável, energia para preparo de alimentos, calefação e iluminação, instalações sanitárias e de limpeza, meios para armazenar alimentos, coleta de lixo, fossa séptica e serviços de emergência”;¹⁰⁴

- **Preço acessível:** “As despesas individuais ou familiares ligadas à moradia devem ser limitada a um valor que não comprometa nem impossibilite a satisfação das demais necessidades básicas. Devem ser tomadas algumas providências pelos Estados signatários para garantir que o percentual do custo com habitação seja, em geral, proporcional aos níveis de renda”. Além disso, “os locatários devem ser protegidos pelos meios apropriados contra valores exorbitantes de aluguel ou de aumentos de aluguel”;¹⁰⁵

- **Habitabilidade:** “A moradia adequada precisa ser habitável, ou seja, prover aos moradores espaço adequado e proteção contra frio, umidade, calor, chuva, vento e outras ameaças à saúde, tais como perigos relacionados à estrutura e a animais transmissores de doenças. A segurança física dos moradores precisa ser garantida da

¹⁰¹ Ibidem, p. 25, para. 9.

¹⁰² Ibidem, p. 23, para. 8.

¹⁰³ Ibidem, p. 23, para. 8(a).

¹⁰⁴ Ibidem, p. 24, para. 8(b).

¹⁰⁵ Ibidem, p. 24, para. 8(c).

mesma forma. O Comitê recomenda que os Estados signatários apliquem amplamente os Princípios Sanitários da Habitação [da OMS]”,¹⁰⁶

- **Acessibilidade:** “A moradia adequada precisa ser acessível àqueles que têm direito a ela. É necessário que seja concedido aos grupos minoritários acesso integral e sustentável à moradia adequada. Dessa forma, às minorias como as compostas por idosos, crianças, portadores de deficiência física, doenças terminais, portadores de doença mental, soropositivos, portadores de doenças crônicas, vítimas de desastres naturais, pessoas residentes em áreas de perigo eminente, entre outras, deve ser conferida prioridade no direito à moradia. O direito e a política de habitação devem levar em consideração as necessidades especiais desses grupos”,¹⁰⁷

- **Local:** “A moradia adequada precisa estar em local que permita acesso a oportunidade de emprego, serviços de assistência médica, escolas, creches e outras dependências voltadas à assistência social. Isso é válido para as grandes cidades e para as áreas rurais”. Além disso, “a moradia não deve ser edificada em locais poluídos ou próximos à áreas poluídas que ameacem o direito à saúde dos moradores”,¹⁰⁸

- **Adequação cultural:** “O modo de construção, o material empregado e as políticas por detrás disso tudo deverão permitir que a identidade e a diversidade cultural em matéria de habitação sejam respeitadas. As atividades orientadas para o desenvolvimento e modernização no setor da habitação devem garantir que as dimensões culturais da moradia não sejam ignoradas e que, entre outras, se garanta acesso ao desenvolvimento tecnológico no setor”.¹⁰⁹

7.2.4 Obrigações jurídicas imediatas

Apesar da natureza progressiva das obrigações jurídicas assumidas pelos Estados signatários através do Pacto, o Comitê estabeleceu várias disposições que deverão ter **aplicação imediata**, independentemente do estado de desenvolvimento em que os referidos Estados se encontram,¹¹⁰ por exemplo:

- “Os Estados signatários precisam dar a devida prioridade àqueles grupos sociais em condições desfavoráveis, prestando-lhes especial atenção. No mesmo sentido, a política e a legislação não devem ser destinadas a beneficiar grupos sociais já favorecidos às custas de outros”,¹¹¹

- “Tendo em vista que os meios mais apropriados para obter o cumprimento integral do direito à moradia adequada possam variar inevitavelmente de forma significativa de um Estado signatário para outro, o Pacto exige claramente que cada

¹⁰⁶ Ibidem, p. 24, para. 8(d).

¹⁰⁷ Ibidem, p. 24, para. 8(e). Sobre o direito a acesso a moradia a portadores de deficiência, consulte também *General Comments* No. 5, p. 35, para. 33.

¹⁰⁸ Ibidem, *General Comments* No. 4, p. 24, para. 8(f).

¹⁰⁹ Ibidem, p. 25, para. 8(g).

¹¹⁰ Ibidem, p. 25, para. 10.

¹¹¹ Ibidem, p. 25, para. 11.

Estado signatário tome toda e qualquer medida necessária para atingir os objetivos. Em geral, exige-se a adoção de uma estratégia nacional para moradia” para definir “os objetivos para o desenvolvimento das condições de moradia, ... os recursos disponíveis para atingir tais metas e a forma mais econômica de usá-las e... as responsabilidades e o período da implementação das medidas necessárias”. Essa estratégia nacional “deve refletir uma consulta ampla com, e a participação de todos os envolvidos, incluindo as pessoas sem moradia, com moradia inadequada e seus representantes”.¹¹²

- Controle efetivo: “O controle efetivo da situação da moradia é outra obrigação de efeito imediato. Para que uma parte satisfaça suas obrigações em conformidade com o art. 11(1), terá de provar, entre outras coisas, que tomou todas as medidas necessárias, isoladamente ou em cooperação internacional, para apurar todos os dados dos indivíduos sem moradia e os dados daqueles com moradia inadequada dentro de seu território”.¹¹³

7.2.5 Recursos ao Judiciário

Sobre a questão dos recursos ao judiciário “o Comitê considera muitos dos elementos componentes do direito à moradia adequada, pelo menos, coerentes com as disposições acerca dos referidos remédios como sendo, pelo menos, coerente com a previsão de [tais] ferramentas”. Podem incluir, por exemplo:

- “recursos jurídicos destinados à prevenção de despejos premeditados ou demolições mediante medidas cautelares por ordem judicial”;
- “ação de indenização contra um despejo ilícito”;
- “ajuizamento de ações contra atos ilícitos praticados ou apoiados por locadores (públicos ou privados) relacionadas à locação, manutenção da residência, discriminação racial e outras formas de discriminação”;
- “alegações de formas de discriminação sobre a alocação e a disponibilidade do acesso à moradia”; e
- “ajuizamento de ações contra locadores pela falta de condições de moradia adequadas ou que tragam prejuízos à saúde”.¹¹⁴

O direito à moradia adequada é um componente fundamental do direito a boas condições de vida. Tem de ser interpretado não apenas à luz de outros direitos econômicos, sociais e culturais, mas também dos direitos civil e político.

¹¹² Ibidem, pp. 25-26, para. 12; grifo nosso.

¹¹³ Ibidem, p. 26, para. 13.

¹¹⁴ Ibidem, pp. 26-27, para. 17.

O princípio da adequação significa que:

- *deve haver garantia jurídica da posse;*
- *deve haver disponibilidade de serviços básicos, materiais, instalações e infra-estrutura:*
 - *a moradia deve ter custos acessíveis, deve ser habitável e nas proximidades do local de trabalho e de outras facilidades, tais como creches, escolas etc.;*
 - *a moradia deve ser edificada sem prejudicar a saúde dos moradores;*
 - *a moradia deve ser culturalmente adequada.*

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais impõe, especialmente, as seguintes obrigações de aplicação imediata aos Estados signatários que:

- *devem dar mais atenção aos grupos que morem em condições desfavoráveis;*
- *devem, quase que invariavelmente, adotar um plano de habitação de âmbito nacional para estabelecer os objetivos, recursos, responsabilidades e prazo para adoção das medidas necessárias;*
- *devem controlar, com eficiência, a questão da moradia.*

Os Estados signatários também têm de fornecer os recursos jurídicos a seus nacionais, principalmente para os casos despejo e demolição de casas, discriminação, ajuizamento de ação nos casos de atos ilícitos praticados por locadores e condições prejudiciais a saúde e moradia inadequada.

7.2.6 Despejos

No Comentário Geral nº 4, o Comitê declara que "casos de despejo são, à primeira vista, incompatíveis com as exigências do Pacto e podem ser justificadas apenas em circunstâncias excepcionais e em conformidade com os princípios relevantes do direito internacional."¹¹⁵ No Comentário Geral nº. 7, o Comitê define o termo "despejo" como:

“a remoção coercitiva de pessoas, famílias e comunidades, contra sua vontade, de suas casas e/ou propriedades, sem o fornecimento ou acesso às formas adequadas de proteção jurídica ou de qualquer outro tipo de proteção. Entretanto, a proibição de despejo não se emprega em despejos feitos à força, de acordo com a lei e em conformidade com as disposições dos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos.”¹¹⁶

¹¹⁵ Ibidem, p. 27, para. 18.

¹¹⁶ Ibidem, pp. 49-50, para. 3.

O Comitê destaca que tais despejos no momento em que "violarem explicitamente" os direitos consagrados no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, podem, devido ao inter-relacionamento e à interdependência existente entre todos os direitos humanos, "resultar em violações de direitos políticos e civis, como o direito à vida, o direito à segurança do indivíduo, o direito à não intervenção na vida privada, familiar e doméstica e o direito ao usufruto pacífico das posses".¹¹⁷ ***Em outras palavras, em casos de despejo, os Estados-signatários têm que cumprir com as exigências do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais bem como com as disposições relevantes do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.***

Em situações nas quais for necessário impor **limitações** sobre o direito à moradia adequado e o direito a não ser sujeito ao despejo, nos termos do pelo art. 11(1) do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "é obrigatório o fiel cumprimento do art. 4º do Pacto. Assim, os direitos assegurados podem estar sujeitos "unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo proporcionar o bem-estar geral em uma sociedade democrática".¹¹⁸

Portanto, as obrigações assumidas pelos Estados signatários em relação a despejos encontram respaldo no art. 11(1) do Pacto "cominado com outras disposições aplicáveis". Tais obrigações compreendem, em especial:

- "O próprio Estado deverá abster-se da prática de efetuar despejos e garantir o cumprimento da lei contra seus funcionários ou terceiros que executarem sentenças forçadas;"¹¹⁹
- Interpretando as palavras "todos os meios apropriados" que constam do art. 2º(1), o Comitê declara que "é evidente que a legislação contra despejos é a principal estrutura sobre a qual se deve construir um sistema de proteção eficiente. Tal legislação deve incluir medidas (a) que forneçam a maior segurança possível em relação à posse aos ocupantes de casas e terrenos, (b) que estejam em conformidade com o Pacto e (c) que sejam elaboradas para controlar com rigor as circunstâncias dos despejos permitidos por lei. A legislação deverá ... ser imposta a todos os aqueles que agem em nome do Estado ou que sejam responsáveis por ele. Além disso, ... os Estados signatários deverão garantir que medidas legislativas e demais medidas sejam apropriadas para impedir e, se necessário, punir despejos realizados por indivíduos ou entidades, sem a observância das garantias da lei;"¹²⁰

¹¹⁷ Ibidem, p. 50, para. 4.

¹¹⁸ Ibidem, p. 50, para. 5.

¹¹⁹ Ibidem, p. 50, para. 8.

¹²⁰ Ibidem, p. 51, para. 9.

- Os Estados signatários deverão cumprir com as disposições dos arts 2.º,(2) e 3.º do Pacto, que impõem uma obrigação suplementar, a de "garantir que, no caso de despejos, as medidas adequadas sejam tomadas para assegurar que não haja *nenhum tipo de discriminação*". Sobre esse aspecto, o Comitê observa que "mulheres, crianças, jovens, idosos, povos indígenas, tribais e outras minorias, e outros indivíduos ou grupos vulneráveis sofrem mais as ações de despejo;"¹²¹

- “Considerando que alguns despejos são justificáveis, tais como os casos de inadimplemento reiterado do aluguel ou nos casos de dano à propriedade alugada", as autoridades competentes deverão "assegurar a execução de tais despejos sejam executados de acordo com uma lei que seja compatível com o Pacto e que haja medidas judiciais e recursos jurídicos à disposição dos afetados";¹²²

- “O despejo e a demolição de moradia como punição não são...compatíveis com as normas do Pacto;”¹²³

- “Os Estados signatários assegurarão, antes de realizar qualquer despejo, especialmente despejos envolvendo grandes grupos, que todas as alternativas foram avaliadas juntamente com os indivíduos atingidos, com a intenção de evitar ou pelo menos minimizar a necessidade do uso da força. Os processos ou medidas judiciais deverão ser fornecidos aos indivíduos afetados pelas ações de despejo", bem como "a indenização apropriada referente a qualquer bem, móvel ou imóvel, afetado. Sobre esse aspecto, vale lembrar o art. 2.º, (3) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civil e Políticos, que estabelece que os Estados signatários assegurem 'um recursos jurídico eficaz' para os indivíduos cujos direitos tenham sido violados e a obrigação de as "autoridades competentes fazer valer tais medidas judiciais quando houver;”¹²⁴

- “Em casos nos quais o despejo é justificado, ele deve ser executado exatamente de acordo com as disposições de direitos humanos internacional e consoante *os princípios gerais da razão e da proporcionalidade*.” Sobre esse aspecto, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais considerou “particularmente cabível” citar os termos do Comentário Geral nº 16 do Comitê de Direitos Humanos, segundo o qual “a intervenção na moradia de um indivíduo só poderá ocorrer ‘em casos previstos em lei’”, devendo estar a referida lei “em conformidade com as disposições, intenções e objetivos do Pacto, e devendo ser, em qualquer circunstância, cabível”. O Comitê de Direitos Humanos acrescentou que a legislação pertinente deverá “detalhar as circunstâncias exatas nas quais as referidas intervenções são permitidas”;¹²⁵

- “Despejos não devem implicar indivíduos destituídos de moradia ou vulneráveis à violação de outros direitos humanos. Quando os indivíduos afetados forem incapazes de se sustentar, o Estado signatário deverá adotar todas as medidas necessárias,

¹²¹ Ibidem, p. 51, para. 10; grifo nosso.

¹²² Ibidem, p. 51, para. 11.

¹²³ Ibidem, p. 51, para. 12.

¹²⁴ Ibidem, pp. 51-52, para. 13.

¹²⁵ Ibidem, p. 52, para. 14; grifo nosso.

até o máximo de seus recursos disponíveis, para assegurar o acesso a moradia alternativa adequada, colonização ou acesso à terras produtivas, conforme o caso;”¹²⁶

• “As medidas processuais adequadas e os devido processo legal são aspectos fundamentais de todos os direitos humanos, mas são ainda mais fundamentais em questões de, tais como, as de despejo, que recorrem envolvem um grande número de direitos reconhecidos nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos. O Comitê considera necessária a aplicação de tais medidas processuais que devem ser aplicadas durante a ação de despejo, entre elas:

a. uma reunião com os indivíduos afetados para deliberar, em conjunto, acerca da questão;

b. notificação razoável e adequada a todos os indivíduos afetados previamente à data programada para o despejo;

c. comunicação dos despejos propostos e, quando aplicável informação acerca do motivo para o qual a terra ou moradia será utilizada, para que seja disponibilizada em prazo razoável para todos os indivíduos afetados;

d. principalmente quando grupos de pessoas estiverem envolvidos, autoridades governamentais ou os respectivos representantes do governo devem estar presentes durante o despejo;

e. todas as pessoas envolvidas no despejo devem ser devidamente identificadas;

f. não haverá despejos em condições de tempo ruim ou durante a noite, exceto se de outra forma dispuseram os indivíduos afetados;

g. existência de medidas judiciais à disposição das partes; e

h. existência de, se possível, de assistência judiciária àqueles que tenham necessidade de recorrer à justiça.”¹²⁷

Os despejos são, à primeira vista, incompatíveis não apenas com o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como também com o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos.

As leis de um país devem oferecer proteção efetiva contra despejos, inclusive despejos conduzidos por pessoas físicas. A lei deve oferecer, entre outras coisas, garantias:

Sempre que houver despejos, deverão estar em conformidade com as leis internacionais de direitos humanos e não deverá haver nenhum tipo de discriminação.

¹²⁶ Ibidem, p. 52, para. 16.

¹²⁷ Ibidem, p. 52, para. 15.

O despejo e a demolição de casas executados como forma de punição é proibido.

Os despejos deverão ser realizados apenas após notificação e visita aos indivíduos em questão, e deve haver o medidas judiciais adequadas e direito à indenização pela propriedade objeto de despejo.

Os despejos não devem implicar em indivíduos destituídos de moradia.

7.3 Jurisprudência Européia Relevante: A ação promovida por *Selçuk e Asker*

Embora o direito à moradia adequada não seja, em si, garantido pela Convenção Européia sobre Direitos Humanos, o direito ao respeito à vida privada e familiar e a moradia, bem como o direito de gozar pacificamente dos bens individuais são assegurados pelo art. 8º da Convenção e pelo art. 1.º do Protocolo da Convenção. Além disso, o art. 3º da Convenção dispõe que nenhum indivíduo “será sujeitoado à tortura ou a tratamento ou pena desumana ou degradante”.

Na ação promovida por Selçuk e Asker contra Turquia (*Selçuk and Asker v. Turkey*), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos teve que se manifestar sobre as acusações de que a propriedade dos autores havia sido destruída pelo exército turco. A Sra. Selçuk era viúva e mãe de cinco filhos e a Sra. Asker era casada e tinha sete filhos. As duas eram cidadãs turcas de origem curda e viviam no povoado de Islamköy. Os fatos, comprovados de acordo com o nível de verossimilhança exigido pelo ônus da prova (“*proved beyond reasonable doubt*”), foram os seguintes:¹²⁸

Na manhã de 16 de junho de 1993, um grande batalhão da polícia chegou em Islamköy, e diversos integrantes sob o “comando evidente” do oficial de comando Cömert, atearam fogo à casa da Sra. Asker, causando a destruição da propriedade e de praticamente tudo que se encontrava dentro dela. Os moradores locais que foram ver o que estava acontecendo foram impedidos de apagar o fogo. O Sr. e a Sra. Asker entraram na casa para tentar salvar seus pertences no momento em que ou um pouco antes de os policiais atearam fogo na casa com gasolina. Diversos policiais, inclusive o oficial de comando Cömert, foram até a casa da Sra. Selçuk e, apesar dos protestos dela, espalharam gasolina pela casa e colocaram fogo “pelas ordens do oficial de comando CO Cömert”. Mais uma vez, os moradores locais foram impedidos de apagar o fogo fazendo com que a casa da Sra. Selçuk e seus pertences ficassem completamente destruídos. Aproximadamente dez dias depois, um batalhão da polícia voltou a Islamköy e ateou fogo a um moinho pertencente à Sra. Selçuk e a outros indivíduos, destruindo-o. O oficial de comando Cömert foi visto com os policiais no moinho nessa ocasião.

¹²⁸ Para saber sobre o resumo dos fatos, de acordo com a definição, consulte *Eur. Court HR, Case of Selçuk and Asker v. Turkey, judgment of 24 April 1998, Reports 1998-II*, p. 900, paras. 27-30; Consulte também pp. 904-905, paras. 50-57.

A princípio, o Tribunal examinou os fatos de acordo com o art. 3º da Convenção, ressaltando que o artigo “consagra um dos principais valores da sociedade democrática” e que “até mesmo nas situações mais difíceis, como na luta contra o terrorismo e no crime organizado, a Convenção proíbe a tortura ou o tratamento ou pena desumana ou degradante”.¹²⁹ O Tribunal concluiu que o tratamento conferido às autoras foi tão grave que constituiu uma violação do art. 3º. Principalmente em virtude do fato de que as casas e a maioria da propriedade dos requerentes

“foram destruídas pelo batalhão da polícia que destituiu as autoras de seus meios de subsistência, forçando-as a deixar o povoado. Aparentemente, foi uma prática premeditada e realizada com desprezo e falta de respeito pelos sentimentos das autoras. Elas foram pegas desprevenidas; ficaram inertes, assistindo a próprias casas serem queimadas; não foram tomadas as devidas precauções para assegurar a segurança do Sr. e da Sra Asker; os protestos da Sra. Selçuk foram ignorados e eles não receberam nenhum auxílio posteriormente.”¹³⁰

“Levando em conta principalmente a maneira pela qual a casa das autoras foi destruída ... e a situação de cada uma, está claro que elas devem ter sofrido com a austeridade dos atos do batalhão da polícia, que devem ser classificados como *tratamento desumano* segundo o do art. 3º.”¹³¹

Além disso, “mesmo no caso dos atos em questão terem sido realizados sem nenhuma intenção de punir as autoras, mas de evitar que suas casas fossem usadas por terroristas e para dar exemplo aos outros, *isso não justificaria os maus-tratos.*”

132

O Tribunal também julgou que houve uma violação do art. 8º da Convenção e do art. 1º do Protocolo n.º1. Sobre esse aspecto, o Tribunal afirmou que “ficou definido que o exército destruiu intencionalmente a casa e os pertences das autoras, bem como o moinho do qual a Sra. Selçuk era co-proprietária, obrigando-as a deixar Islamköy ... Não [poderia] haver dúvidas de que os referidos atos, além de implicarem violações do art. 3º, constituem intervenções sérias e injustificáveis nos direitos das autoras no que diz respeito a sua vida privada e familiar e residência, e ao gozo pacífico de suas posses.”¹³³

O Tribunal concluiu que o governo turco violou o art. 13 da Convenção Européia, uma vez que não realizou “uma investigação completa e eficaz” conforme disposto no artigo. Entretanto, o país não possuía um meios jurídicos eficientes à

¹²⁹ Ibidem, p. 909, para. 75.

¹³⁰ Ibidem, p. 910, para. 77.

¹³¹ Ibidem, p. 910, para. 78; grifo nosso.

¹³² Ibidem, p. 910, para. 79; grifo nosso.

¹³³ Ibidem, p. 911, paras. 86-87.

disposição das requerentes para se defenderem das violações de seus direitos segundo a Convenção, art. 13.¹³⁴

O caso *Selçuk e Asker* é um ótimo exemplo não apenas de apreciação judicial dos atos que interferem no direito de respeitar a moradia do indivíduo, mas também da interdependência fundamental dos direitos e das conseqüências abrangentes e devastadoras enfrentadas pelo indivíduo quando da destruição de sua casa e de seus pertences. O caso a seguir, extraído da jurisprudência sul-africana, confirma essas conclusões.

7.4 Jurisprudência Relevante de Direito Interno: O exemplo da África do Sul

A questão do *despejo* foi analisada pelo Tribunal Constitucional da África do Sul no caso *Grootboom and Others*, iniciado pela Sra. Grootboom em seu nome e em nome de 510 crianças e 390 adultos que ficaram sem casa para morar, após o despejo de suas casas informais”.¹³⁵ A análise deste caso é de tal relevância para a proteção jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais que merece extensas considerações.

A seguir, uma breve descrição dos fatos sobre o caso.¹³⁶ A Sra. Grootboom e a maioria dos autores moravam em barracos em um assentamento ilegal chamado Wallacedene, em que não havia água, fossa séptica, nem serviços de coleta de lixo. Apenas 5 por cento da comunidade tinha eletricidade. Como não conseguiram adquirir moradia por preço reduzido e subsidiado, certo dia os deixaram Wallacedene e montaram seus barracos no terreno vazio, de propriedade privada, reservado para a construção de casas populares. O terreno foi chamado “New Rust”. O proprietário obteve uma ordem judicial de despejo e as casas foram destruídas e queimadas, e seus pertences destruídos. Montaram novos barracos no campo de esportes em Wallacedene com material extremamente precário, e quando as chuvas de inverno começaram logo depois”o toldo de plástico que servia de teto cedeu”. Como não conseguiram ajuda, a Sra. Grootboom e os outros réus fizeram um pedido diretamente às autoridades, com base no art. 26 da Constituição da África do Sul, para obterem “moradia adequada básica temporária ou casas para os autores e seus filhos até obterem acomodação permanente”.¹³⁷

O Juiz Yacoob, decidiu a ação em conjunto com outros juízes, e elaborou o acórdão, que contém uma análise jurídica extremamente valiosa sobre o direito de acesso a moradia adequada de acordo com a constituição sul-africana. Entretanto, os pontos principais do julgamento só podem ser analisados mediante um exame do que diz a Constituição da África do Sul em seu art. 26 que dispõe que:

¹³⁴ Ibidem, pp. 913-914, paras. 96-98.

¹³⁵ *The Government of South Africa v. Irene Grootboom and Others, Case CCT 11/00, judgment of 4 October 2000*, para. 4.

¹³⁶ Ibidem, paras. 7-11.

¹³⁷ Ibidem, para. 13. Este capítulo não trata do caso relacionado ao direito de crianças a moradia em conformidade com o artigo 28(1)(c) da Constituição da África do Sul.

- “(1) Todos têm o direito ao acesso a moradia adequada.
- (2) O estado é obrigado a tomar medidas legislativas, além de outras medidas, dentro dos recursos disponíveis, para cumprir este direito de forma progressiva.
- (3) Nenhuma pessoa poderá ser despejada de sua casa, nem ter sua casa destruída antes de uma ordem judicial ser nenhuma casa será demolida, sem ordem judicial e sem a apreciação dos fatos. Nenhuma lei autorizará despejos arbitrários”.

Sobre a questão da apreciação pelo judiciário: Sobre a questão de os direitos sócio-econômicos serem passíveis de apreciação pelo judiciário na África do Sul, o Tribunal estabelece claramente que foi “que sobre isso o texto d[a] Constituição não deixa pairara nenhuma dúvida de acordo com a interpretação do julgamento sentença”. Em resposta à alegação de que os referidos direito não eram passíveis de serem apreciados pelo judiciário e não deveriam constar da nova Constituição, o Tribunal sustentou que:

“[E]sses direitos são, pelo menos, até certo ponto, passíveis de apreciação pelo judiciário. Como foi estabelecido... muitos dos direitos civis e políticos fundamentados no [texto constitucional perante este Tribunal para apreciação nesse caso] implicarão conseqüências orçamentárias sem, contudo, comprometer a possibilidade de serem apreciados pelo judiciário. O fato de que os direitos sócio-econômicos, invariavelmente, trazem à tona essas implicações orçamentárias não parece ser uma barreira para a possibilidade de serem apreciados pelo judiciário. No mínimo, os direitos sócio-econômicos podem ser defendidos contra agressões injustas”.¹³⁸

A questão , portanto, não era sobre a possibilidade ou não de os direitos sócio-econômicos serem apreciados pelo judiciário nos termos da Constituição da África do Sul, “mas como aplicá-los a um caso específico”.¹³⁹

Sobre a interdependência dos direitos: Com a interpretação da Seção 26 sobre as obrigações impostas ao Estado, o Tribunal destacou que a Constituição fundamenta tanto os direitos civis e políticos, quanto os direitos sociais e econômicos, e que todos esses direitos “são inter-relacionados e se sustentam mutuamente”. Na visão do tribunal, “não pode haver dúvida de que a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade, valores básicos de nossa sociedade, sejam negadas àqueles que não possuem alimentação, vestimenta e habitação. A concessão de direitos sócio-econômicos a todos os indivíduos, portanto, permitirá que exerçam outros direitos fundamentados no Capítulo 2.º [da Constituição]. O cumprimento desses direitos também é a solução para o

¹³⁸ Ibidem, para. 20.

¹³⁹ Ibidem, loc. cit.

desenvolvimento da igualdade entre raça e sexo e o desenvolvimento de uma sociedade em que homens e mulheres estejam em igualdade para atingir seu pleno potencial”.¹⁴⁰

O tribunal acrescentou que o direito ao acesso à moradia adequada não pode ser analisado isoladamente. Há uma relação estreita entre esse direito e os outros direitos sócio-econômicos [que] que devem todos ser interpretados em conjunto no âmbito da Constituição como um todo”. Nas palavras do Tribunal:

“O estado é obrigado a tomar medidas *afirmativas* para atender as necessidades daqueles que vivem em extrema condição de pobreza, na carência ou na precariedade de moradia. Essas necessidades inter-relacionadas devem ser levadas em consideração ao se determinar se o Estado cumpriu com suas obrigações em relação a essas necessidades”.¹⁴¹

Sobre o impacto do direito internacional sobre o direito constitucional sul-africano: A Constituição da África do Sul prevê no artigo 1.º, (b) que, “Ao interpretar a Declaração dos Direitos, o tribunal, juízo ou fórum ... deverá levar em conta o direito internacional”. De acordo com o Tribunal, “o direito internacional correspondente pode servir de guia para a interpretação, mas o peso conferido a uma regra ou princípio de direito internacional poderá variar. Entretanto, em situações em que um princípio de direito internacional vincula a África do Sul, tal princípio poderá ser imediatamente aplicável”.¹⁴²

Na avaliação do quanto os arts. 11,(1) e 2.º, (1) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais podem servir como guia para a interpretação do art. 26 da Constituição da África do Sul, o Tribunal observou que há duas diferenças entre os diplomas legais no que toca à moradia: **primeiro**, “o Pacto prevê o *direito à moradia adequada*, enquanto o art. 26 prevê o *direito ao acesso* à moradia adequada” e, **segundo**, “o Pacto obriga os Estados signatários a tomarem as medidas apropriadas que devem incluir medidas legislativas, enquanto a Constituição obriga o Estado sul-africano a tomar medidas legislativas *cabíveis e outras medidas*”.¹⁴³

Em resposta à alegação feita ao Tribunal de que os Estados signatários do Pacto Internacional têm, conforme definição do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a obrigação de assumir um **núcleo obrigacional mínimo** para assegurar a satisfação de, no mínimo, um nível essencial de cada direito, o Tribunal observou que “a determinação de um núcleo mínimo no contexto do ‘direito ao acesso à moradia adequada’ apresenta questões complicadas”. Não achou necessário, na oportunidade, decidir se era ‘necessário que o judiciário determinasse, em primeira instância, o conteúdo do núcleo mínimo de um direito’.¹⁴⁴ Entretanto, o Tribunal observou que o Comitê não especificou o significado real do termo “núcleo mínimo”.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Ibidem, para. 23.

¹⁴¹ Ibidem, para. 24; grifo nosso.

¹⁴² Ibidem, para. 26; nota de rodapé omitida.

¹⁴³ Ibidem, para. 28.

¹⁴⁴ Ibidem, para. 33.

¹⁴⁵ Ibidem, para. 30.

Sobre as disposições de direito interno acerca do direito ao acesso à moradia adequada: Com relação às exigências constitucionais sul-africanas de que toda pessoa tem direito ao acesso à moradia adequada, o Tribunal determinou que todas as seguintes condições têm de ser atendidas:

“é necessário haver *terreno*”;

“é necessário haver *serviços*”;

“é necessário haver *uma habitação*”;

e
“acesso a terra para fins de edificação de moradia está, portanto, incluído no direito ao acesso à moradia adequada no art. 26”.¹⁴⁶

Nesse sentido, “o estado precisa criar condições para o acesso à moradia adequada para indivíduos de todos os níveis econômicos de nossa sociedade”.¹⁴⁷ Embora essa obrigação dependa de determinadas circunstâncias e do contexto de cada lugar ou das pessoas envolvidas, “os menos favorecidos economicamente são vulneráveis e suas necessidades requerem atenção especial”.¹⁴⁸

Sobre a obrigação constitucional positiva: A obrigação positiva imposta ao Estado, em conformidade com o art. 26,(2) da Constituição da África do Sul, “exige que o Estado desenvolva um plano extenso e viável para cumprir sua obrigação”. Entretanto, essa obrigação “não é absoluta nem sem qualificação”, mas é definida por “três elementos principais”:

- a obrigação de “tomar medidas legislativas cabíveis e outras medidas”;
- a obrigação de “atingir, de forma progressiva, o cumprimento” do direito,
- e
- a obrigação de agir “no limite dos recursos disponíveis”.¹⁴⁹

Com relação à imposição de que o Estado adote “*medidas legislativas e outras medida cabíveis*”, o Tribunal afirmou que “um programa cabível... precisa, obviamente, alocar responsabilidades e tarefas às diferentes esferas de governo, e garantir que os recursos financeiros e humanos adequados estejam disponíveis”.¹⁵⁰ Ademais, precisa ser um programa “abrangente”, e as “medidas precisam estabelecer um programa público de moradia coerente, destinado ao cumprimento, de forma progressiva, do direito ao acesso à moradia adequada nos limites dos meios disponíveis do Estado... O formato e conteúdo precisos das medidas a serem adotadas são principalmente uma questão para poder legislativo e executivo. Porém, esses poderes têm de garantir que as medidas adotadas são cabíveis”.¹⁵¹ Foi, entretanto, “necessário reconhecer que uma ampla gama de medidas possíveis poderiam ter sido adotadas pelo Estado para o cumprimento das obrigações. Muitas dessas atenderiam as exigências da

¹⁴⁶ Ibidem, para. 35; grifo nosso.

¹⁴⁷ Ibidem, loc. cit.

¹⁴⁸ Ibidem, paras. 35-37; aspas do para. 36.

¹⁴⁹ Ibidem, para. 38; grifo nosso.

¹⁵⁰ Ibidem, paras. 39; grifo nosso.

¹⁵¹ Ibidem, paras. 40-41.

razoabilidade”.¹⁵² Por outro lado, ainda segundo o Tribunal, “ meras leis não são o suficiente. O Estado é obrigado a agir para alcançar o resultado pretendido, e as medidas legislativas, [portanto], invariavelmente terão de ser apoiadas por programas e políticas bem direcionados e implementados pelo executivo. Esses programas e políticas precisam ser cabíveis tanto na concepção quanto na implementação ... E um programa cabível que não seja implementado dessa forma, não implicará o cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado”.¹⁵³

O que significa, portanto, o termo “cabível” neste contexto? O Tribunal acatou a seguinte opinião:

“43. Para determinar se um conjunto de medidas é cabível, será necessário considerar os problemas de moradia no contexto social, econômico e histórico, e considerar a capacidade de as instituições responsáveis implementarem o programa. ***O programa precisa ser equilibrado e flexível e fornecer os recursos necessários para atender problemas de moradia e as necessidades a curto e em longo prazo.*** Um programa que exclua um segmento importante da sociedade não pode ser definido como cabível. As condições não permanecem estáticas e, portanto, o programa não exigirá uma revisão contínua.

44. ***A razoabilidade também precisa ser compreendida no contexto da Declaração de Direitos como um todo.*** O direito ao acesso à moradia adequada é fundamental porque valorizamos o ser humano e queremos nos certificar de que ele terá acesso a suas necessidades básicas. É necessário que a sociedade procure garantir que as necessidades básicas de todos sejam atendidas se quiser ser considerada uma sociedade com base na dignidade humana, na liberdade e na igualdade. Para que sejam cabíveis, as medidas não podem deixar de lado o grau e a extensão da negação do direito que buscam garantir. Aqueles cujas necessidades são mais urgentes e cuja capacidade de exercício de todos os direitos está, portanto, mais ameaçada, não podem ser ignorados pelas medidas destinadas a fazer respeitar o referido direito. Talvez não seja suficiente passar pelo teste da razoabilidade para mostrar que as medidas são capazes de implicar um avanço estatístico em relação ao exercício do direito. Ademais, de acordo com a Constituição, todos devem ser tratados com cuidado e consideração. Se as medidas, embora estatisticamente bem-sucedidas, deixam de atender às necessidades dos mais carentes, talvez não passem no teste”.¹⁵⁴

¹⁵² Ibidem, para. 41.

¹⁵³ Ibidem, para. 42.

¹⁵⁴ Ibidem, paras. 43-44; grifo nosso.

Com relação à obrigação de atingir **a implementação progressiva do direito ao acesso à moradia adequada**, o Tribunal afirmou que o “termo ‘implementação progressiva’ prova que o direito não pode ser exercido imediatamente. Porém, o objetivo da Constituição é que as necessidades básicas de todos em nossa sociedade sejam efetivamente atendidas, e a exigência do cumprimento do direito de forma progressiva prova que precisamos ainda de outras medidas para alcançarmos essa meta. Isso significa mais especificamente:

“que o acesso deveria ser facilitado de forma progressiva: os obstáculos jurídicos, administrativos, operacionais e financeiros devem ser examinados e, onde for possível, reduzidos com o tempo. A moradia precisa ser mais acessível e não apenas para um número mais alto, mas para uma gama maior de pessoas com o passar do tempo”.¹⁵⁵

Para fundamentar a justificativa a respeito do termo “implementação progressiva”, no art. 26,(2) da Constituição da África do Sul, foi extraído um termo do art. 2º(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e o Tribunal citou o parágrafo 9 do Comentário Geral nº 3, que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “analisou oportunamente essa exigência no contexto de moradia”.¹⁵⁶ Embora no Comentário Geral, a intenção fosse a de explicar as obrigações dos Estados signatários assumidas no Pacto, o referido Comentário também foi “útil para ajudar a compreender o significado da expressão ‘implementação progressiva’ no contexto da”Constituição da África do Sul. De acordo com o Tribunal:

“O significado dado à frase está em harmonia com o texto em que a frase é usada em nossa Constituição, e não há nenhuma razão para não aceitar que contém o mesmo significado tanto na Constituição, quanto no documento do qual foi retirada”.¹⁵⁷

Ficou a cargo do Tribunal explicar o significado do “terceiro aspecto da definição da obrigação de tomar as medidas necessárias”, ou seja, “que **a obrigação não requer que o estado faça mais que seus recursos disponíveis permitam**”.¹⁵⁸ Na opinião do Tribunal, “isso significa que tanto o conteúdo do direito em relação ao índice em que é atingido, quanto a razoabilidade das medidas empregadas para alcançar o resultado são governados pela disponibilidade de recursos”. Em outras palavras, “há um equilíbrio entre as metas e os meios. As medidas precisam ser calculadas para atingir as metas rápida e efetivamente, mas a disponibilidade de recursos é um importante fator na determinação do que é cabível.”¹⁵⁹

¹⁵⁵ Ibidem, para. 45.

¹⁵⁶ Ibidem Este aspecto do Committee’s General Comments No. 3 foi tratado na sub-section 5.1.3.

¹⁵⁷ Consulte o Grootboom judgment, para. 45.

¹⁵⁸ Ibidem, para. 46; grifo nosso.

¹⁵⁹ Ibidem, loc. cit.

Sobre a aplicação das disposições constitucionais à Lei de Habitação nacional: O Tribunal analisou a Lei de Habitação nacional (*Housing Act*), que dispõe acerca dos deveres e funções de cada uma das esferas do governo para com a habitação. O Tribunal concluiu que “[o direito à moradia] surge dos princípios gerais, interpretados em conjunto com as funções do governo municipal, estadual e federal, de que o conceito de desenvolvimento da moradia, de acordo com a definição, é a base da Lei. O desenvolvimento de moradia, de acordo com a definição, procura dar aos cidadãos e residentes permanentes acesso às edificações permanentes com justo título que garantem a privacidade interna e externa, dão proteção adequada”.¹⁶⁰ Entretanto, a *Housing Act* não contempla “o dispositivo de moradia que fica aquém da definição do desenvolvimento de moradia na Lei”. Em outras palavras, não há dispositivo expresso

“para facilitar o acesso a uma *medida paliativa* para as pessoas que não possuem acesso a terra, moradia e que vivam em condições intoleráveis, e para as pessoas em situações de emergência resultantes de desastres como enchentes e incêndio, ou porque sua casa está sob ameaça de desabamento. São pessoas em estado de necessidade. A necessidade imediata pode ser atendida por medidas paliativas, na ausência de moradias, que preencham os requisitos de continuidade, habitabilidade e estabilidade abrangidos pela definição de desenvolvimento da moradia na Lei”.¹⁶¹

Apesar de caracterizar a implementação do programa de moradia como um “importante avanço”, o Tribunal teve de responder se as medidas adotadas eram “cabíveis consoante o art. 26 da Constituição”.¹⁶² Com isso, o Tribunal concluiu *que* a alocação de responsabilidades e funções tinha sido “coerentemente e amplamente abordada”; *que* o programa não era “mal planejado” mas representava “uma resposta sistemática às necessidades sociais emergentes”; *que*, embora os problemas de implementação existissem em algumas áreas, a prova sugere que o Estado tem “ativamente procurado combater essas dificuldades.”¹⁶³

Ainda está para ser decidido, entretanto, *se o programa de moradia no país foi “suficientemente flexível para atender aos necessitados em nossa sociedade e atender adequadamente as necessidades imediatas e de curto prazo”*. Isso tinha de ser feito “no contexto do escopo do problema da moradia” em Cape Metro cujo estado era “crítico”, “desesperador” e “agravado pelo crescente desemprego e pobreza”.¹⁶⁴ Era de “entendimento geral” que, exceto pelo novo projeto do programa de terras em Cape Metro, que não existia quando dos acontecimentos em Grootboom, não havia “nenhum dispositivo no programa nacional de moradia como o aplicado em Cape Metro para pessoas muito necessitadas”.¹⁶⁵ O programa, portanto, também ficou aquém das

¹⁶⁰ Ibidem, para. 51.

¹⁶¹ Ibidem, para. 52; grifo nosso.

¹⁶² Ibidem, paras. 53-54.

¹⁶³ Ibidem, para. 54.

¹⁶⁴ Ibidem, paras. 56, 58-59; grifo nosso.

¹⁶⁵ Ibidem, para. 63.

“obrigações impostas ao governo federal, pois [deixou] de reconhecer que o Estado precisa fornecer ajuda imediata aos muitos necessitados”. De acordo com a definição do Tribunal, essas pessoas “não devem ser ignoradas em prol dos interesses de um programa geral centrado em objetivos de longo e médio prazo. É fundamental que uma parte do orçamento nacional para a moradia seja dedicado a isso, mas a alocação de recursos deve ser decidida, em primeira instância, pelo governo”.¹⁶⁶

Em relação à *conduta dos apelantes em relação aos réus* neste caso, o Tribunal enfatizou que “todos os níveis do governo precisam garantir que o programa de moradia seja implementável razoável e adequadamente à luz de todos os dispositivos na Constituição... Cada etapa em cada nível do governo precisa estar em conformidade com o dever constitucional de tomar as medidas cabíveis para fornecer moradia adequada”.¹⁶⁷ Entretanto, o art. 26 da Constituição não foi “o único dispositivo relevante para se determinar se uma ação do estado, em qualquer um dos níveis de governo, é cabível e coerente com a Constituição”:

“83. ... O princípio de que os direitos são inter-relacionados e de que todos são igualmente importantes não é meramente um postulado teórico. O conceito tem um significado extremamente humano e prático em uma sociedade fundada na dignidade da pessoa humana, na igualdade e na liberdade do homem. É fundamental para a avaliar a razoabilidade de uma ação do Estado que seja levada em conta a dignidade inerente dos seres humanos. A Constituição valeria muito menos que o papel em que está escrita, se a razoabilidade da ação do Estado em relação à moradia for determinada sem se levar em conta o valor constitucional da dignidade da pessoa humana. O art. 26, interpretado de acordo com a Declaração de Direitos como um todo, significa que os réus têm o direito de ação justa pelo Estado em todas as circunstâncias e principalmente em relação à dignidade humana. Em suma, ênfase que os seres humanos têm de ser tratados como seres humanos. Este é o cenário em que a conduta dos réus para com os apelantes deve ser analisada”.¹⁶⁸

Embora a legislação tenha reconhecido isso, deve-se levar em conta “se a ação (ou inação) por parte do Estado em relação aos réus atendeu ao padrão constitucional exigido”.¹⁶⁹ O Tribunal destacou que “não houve nenhuma sugestão, entretanto, que a circunstância dos réus antes de se mudarem para New Rust era outra coisa senão desesperadora. Não há nada nos autos que indique que o município possua algum projeto sobre a ocupação de terrenos se eventualmente ocorressem”.¹⁷⁰ Entretanto, ao contrário do que se esperava, o município, nada fez quando os réus começaram a se mudar para New Rust “e a ocupação cresceu a todo vapor”.¹⁷¹ Quanto ao despejo, propriamente dito, foi promovido e conduzido pelo município, mas não há nenhuma prova de diálogo entre

¹⁶⁶ Ibidem, para. 66.

¹⁶⁷ Ibidem, para. 82.

¹⁶⁸ Ibidem, para. 83.

¹⁶⁹ Ibidem, paras. 84-85.

¹⁷⁰ Ibidem, para. 86.

¹⁷¹ Ibidem, para. 87.

as partes envolvidas. “O Estado tinha a obrigação de garantir, pelo menos, que o despejo fosse executado de forma mais humana. Entretanto, o despejo foi uma reminiscência do passado e em desacordo com os valores da Constituição. Os réus foram despejados um dia antes e para piorar ainda mais as coisas, seus pertences e material de construção não foram meramente retirados, mas destruídos e queimados”.¹⁷² O art. 26, (1) da Constituição “onera o Estado com pelo menos uma obrigação negativa em relação à moradia. A maneira pela qual o despejo foi conduzido resultou em quebra dessa obrigação”.¹⁷³

Resumindo o caso, o Tribunal afirmou que isso demonstrou “o desespero de centenas de milhares de pessoas que vivem em condições deploráveis em todo o país. A Constituição obriga o Estado a agir afirmativamente para melhorar essas condições. A obrigação é a de garantir acesso à moradia, assistência médica, alimentação e água potável, e seguridade social para os indivíduos que não têm condições econômicas de prover sua própria e a subsistência de seus dependentes. O Estado precisa criar mais condições para garantir aos cidadãos acesso a terra em condições equitativas. Os necessitados possuem um direito correspondente: o de exigir que isso seja feito”.¹⁷⁴ O Tribunal sabia que “cumprir com essas obrigações é uma tarefa extremamente difícil para o Estado” tendo em vista as atuais condições do país, porém, esse era um aspecto reconhecido pela Constituição, que “expressamente estabelece que o Estado não é obrigado a despender além dos recursos disponíveis nem cumprir esses direitos imediatamente”.¹⁷⁵ Destacou, entretanto, que “apesar de todas as qualificações, trata-se de direito, e a Constituição obriga o Estado a aplicá-lo. Trata-se de uma obrigação que o judiciário pode e, nas devidas circunstâncias, deve fazer cumprir”.¹⁷⁶

O Tribunal concluiu que, embora o art. 26 da Constituição não confira aos réus o direito “a pedir uma moradia imediatamente”, obriga, de fato, o Estado a “desenvolver e implementar programas coerentes e coordenados objetivando cumprir o disposto no art. 26”. Entretanto, o programa em curso em Cape Metro à época em que a ação foi interposta, “ficou aquém dos deveres impostos ao Estado pelo art. 26, (2) no sentido em que não forneceu nenhuma medida paliativa àqueles em estado de extrema necessidade de acesso a moradia”.¹⁷⁷

Por todas essas razões, na opinião do Tribunal, foi “necessário e adequado fazer uma ordem declaratória” segundo a qual o Estado era obrigado a “tomar medidas para cumprir o dever a ele imposto pelo art. 26, (2) da Constituição. Isso inclui a obrigação de planejar, fundar, implementar e supervisionar medidas para dar atender àqueles em estado de extrema necessidade”.¹⁷⁸

¹⁷² Ibidem, para. 88.

¹⁷³ Ibidem

¹⁷⁴ Ibidem, para. 93.

¹⁷⁵ Ibidem, para. 94.

¹⁷⁶ Ibidem, loc. cit.

¹⁷⁷ Ibidem, para. 95.

¹⁷⁸ Ibidem, para. 96.

O trabalho do Comitê de Direitos Econômicos, Culturais e Sociais, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Tribunal Constitucional da África do Sul em relação ao direito à moradia adequada confirma vários aspectos relevantes das obrigações jurídicas gerais do Estado de aplicar os direitos econômicos, sociais e culturais, a saber:

- *é indispensável considerar a implementação efetiva dos direitos econômicos, sociais e culturais também à luz da efetiva implementação dos direitos civis e políticos;*
- *os direitos econômicos, sociais e culturais ou pelo menos alguns aspectos de tais direitos são passíveis de apreciação pelo judiciário e, conseqüentemente, sujeitos à aplicação mediante as decisões deste poder;*
- *as disposições feitas em diplomas legais são criadas para terem efeito e, conseqüentemente:*
 - *os termos como, por exemplo, “tomar medidas” para “progressivamente” atender a plena realização dos direitos impõem obrigações positivas aos Governos em termos de conduta, resultado e efeito;*
 - *a afirmação “todos os meios adequados” implica a existência de uma flexibilidade inerente que torna possível, em qualquer caso, encontrar um equilíbrio entre os deveres jurídicos de um Estado e os recursos disponíveis para cumpri-los.*

8. Estudo de Caso II: O Direito à Saúde

O segundo direito a ser examinado em detalhe neste capítulo é o direito à saúde. A análise fundamentar-se-á no art. 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e demonstrará como o direito à saúde foi tratado pelas Supremas Cortes do Canadá e da Índia. Ao contrário do direito constitucional da África do Sul, nem o direito constitucional do Canadá nem o da Índia prevêm o direito à saúde de forma expressa.

8.1 O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: art. 12

O direito à saúde está disposto no art. 12 do Pacto, que reza:

“1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados partes do presente Pacto deverão

adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

(a) a diminuição da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento sã das crianças;

(b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;

(c) a prevenção e tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;

(d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.”

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tratou do direito à saúde em diversos dos Comentários Gerais, os quais serão examinados quase que exaustivamente neste capítulo. Para mais informações, consultar o texto integral dos Comentários Gerais n.º 5, n.º6 e n.º14.¹⁷⁹

O direito protegido pelo art. 12 do Pacto é o direito de desfrutar do “mais elevado nível possível de saúde física e mental”. No Comentário Geral n.º. 14, o Comitê aborda detalhadamente o conteúdo normativo do art. 12 e das respectivas obrigações jurídicas assumidas pelos Estados signatários.

O direito à saúde é garantido em diversos tratados internacionais, tais como:

- A Declaração Universal dos Direitos Humanos – art. 25,(1);
- A Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial – art. 5º,(e),(iv);
- A Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulheres – art. 11,(1),(f);
- A Convenção sobre os Direitos da Criança – art. 24;
- A Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos – art. 16;
- O Protocolo Adicional à Convenção Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – art. 10;
- A Carta Social Européia (Revista) – art. 11

Como ponto de partida, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ressalta que a saúde “é um direito fundamental indispensável ao exercício dos

¹⁷⁹ Consulte, por exemplo, *United Nations Compilation of General Comments by Human Rights Treaty Bodies*, pp. 28, 38 e 90 respectivamente.

demais direitos humanos” e que todo ser humano tem o direito a gozar do “mais elevado nível de saúde possível para que possa viver uma vida digna”.¹⁸⁰ Mais especificamente:

“O direito à saúde é intimamente relacionado e dependente da efetivação de outros direitos humanos, dispostos na Carta Internacional de Direitos Humanos, incluindo os direitos a alimentação, moradia, trabalho, educação, dignidade humana, vida, não-discriminação, igualdade, proibição contra a tortura, privacidade, acesso à informações e liberdade de associação, assembléia e movimento. Esses e outros direitos e liberdades abordam importantes componentes do direito à saúde.”¹⁸¹

Segundo o Comitê, a alusão ao “padrão de saúde física e mental atingível mais elevado” não se restringe o direito à saúde ao direito à assistência médica, mas inclui também “uma ampla gama de fatores socioeconômicos que proporcionam condições para que os indivíduos tenham uma vida saudável e estende o conceito aos fatores subjacentes determinantes da saúde, como alimentação, nutrição, moradia, acesso a água potável e saneamento adequado, condições de trabalho saudáveis e seguras e um ambiente saudável”.¹⁸²

Além disso, de acordo com o Comitê, o direito à saúde inclui alguns componentes passíveis de serem aplicados pela lei. “Por exemplo, o princípio da não-discriminação em relação às instalações, bens e serviços de saúde é passível de ser aplicado pela lei de diversos dos Estados signatários.”¹⁸³

8.1.1 O conteúdo normativo do art. 12,(1)

Primeiramente, o direito à saúde conforme a definição dada pelo art. 12,(1) “não deve ser interpretado como o direito de ser *saudável*”. Em segundo lugar, trata-se de um direito que inclui “tanto direitos, quanto liberdades”.¹⁸⁴ O Comitê observa que “as *liberdades* compreendem o direito de o indivíduo controlar a própria saúde e o próprio corpo, incluindo a liberdade sexual e reprodutiva, e o direito à integridade física, como o direito de estar livre da tortura, de ser submetido a tratamento e experiências médicas sem seu consentimento. Por outro lado, os *direitos* compreendem o direito a um sistema de proteção à saúde que oferece igualdade de oportunidade aos indivíduos no gozo do mais elevado nível de saúde possível.”¹⁸⁵

Além disso, “o conceito o ‘mais elevado nível de saúde possível’... leva em conta condições prévias biológicas e socioeconômicas do indivíduo e os recursos

¹⁸⁰ Ibidem, General Comments No. 14, p. 90, para. 1.

¹⁸¹ Ibidem, p. 90, para. 3.

¹⁸² Ibidem, pp. 90-91, para. 4; Para obter mais detalhes, consulte também p. 92, para. 11.

¹⁸³ Ibidem p. 90, para. 1, inclusive nota de rodapé on p. 106.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 91, para. 8.

¹⁸⁵ Ibidem, loc. cit.; grifo nosso.

disponíveis do Estado.” Como, por diversas razões, a saúde boa não pode ser assegurada pelo Estado, “o direito à saúde deverá ser interpretado como *um direito ao gozo de diversas instalações, bens e serviços e condições necessárias para a realização do mais elevado nível de saúde possível.*”¹⁸⁶

Isso significa, mais especificamente, que “o direito à saúde em todas as formas e em todos os níveis contém os seguintes elementos essenciais inter-relacionados, cuja aplicação dependerá das condições predominantes em um determinado Estado signatário”:

- **disponibilidade:** “Um sistema de saúde e instalações públicos, bem como bens e serviços, e programas de saúde pública e de assistência médica que funcionem fornecido pelo Estado e acessíveis em quantidade suficiente ;”
- **acesso:** “Todos os indivíduos têm direito ao acesso a instalações, bens e serviços ... dentro do território do Estado signatário.” As quatro dimensões deste item são: o *princípio do acesso físico sem discriminação*, *acesso econômico* e *acesso a informações*, que compreendem o direito de buscar, receber e transmitir informações e idéias sobre questões de saúde;
- **aceitação:** “Todas as instalações, bens e serviços de saúde deverão respeitar a ética médica e ser adequados à cultura local;”
- **qualidade:** “Além de serem aceitos pela cultura local, as instalações, bens e serviços de saúde deverão ... estar de acordo com a ciência e a medicina e ser de boa qualidade.”¹⁸⁷

8.1.2 O significado das disposições do art. 12(2)

Enquanto o art. 12(1) apresenta uma definição do direito à saúde, o art. 12(2), “enumera exemplificativamente, de forma não exaustiva as obrigações dos Estados signatários”.¹⁸⁸ Em suma, essas obrigações são as seguintes:

- **“A diminuição da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças” – art. 12,(2),(a):** Segundo o Comitê, esta disposição “deve ser interpretada como determinando medidas necessárias para melhorar a saúde da mãe e das crianças, os serviços médicos de assistência sexual e reprodutiva, incluindo o acesso a planejamento familiar, tratamento pré e pós natal, atendimento obstetrício e acesso a informações, bem como os recursos necessários para por em prática as referidas medidas de acordo com as informações”. Ao interpretar essa disposição, é necessário considerar os termos da Convenção sobre os Direitos da Criança.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Ibidem, p. 91, para. 9; grifo nosso.

¹⁸⁷ Ibidem, pp. 92-93, para. 12; grifo nosso; notas de rodapé omitidas.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 91, para. 7.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 93, para. 14, and pp. 95-96, para. 22; notas de rodapé omitidas.

- “**A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente**” – **art. 12,(2),(b)**: Esta obrigação compreende, entre outras coisas: “medidas preventivas sobre acidentes e doenças decorrentes do trabalho; a exigência de assegurar o fornecimento adequado de água potável e sistema de saneamento básico, a prevenção e a redução da exposição da população a substâncias prejudiciais”. O termo “higiene do trabalho” diz respeito a “minimizar, tanto quanto for possível, as causas de riscos à saúde decorrentes do ambiente de trabalho”. O art. 12, (2), (b) também compreende, entre outras coisas, moradia adequada e condição de trabalho seguras e salubres.¹⁹⁰

- “**A prevenção e tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças**” – **art. 12(2)(c)**: Esta disposição “exige a implementação de programas educacionais e de prevenção sobre questões de saúde relacionadas ao comportamento, principalmente acerca de doenças sexualmente transmissíveis, principalmente HIV/AIDS, e doenças que afetam a saúde reprodutiva e sexual, e o incentivo de indicativos sociais de boa saúde, como segurança ambiental, desenvolvimento econômico e educacional e igualdade entre os sexos. O **direito a tratamento** compreende a criação de um sistema de pronto socorro para casos de acidentes, epidemias e riscos à saúde semelhantes, e o fornecimento de assistência em caso de força maior e assistência humanitária em situações de emergência. O **controle de doenças** corresponde aos trabalhos individuais e conjuntos dos Estados para, entre outros, disponibilizar tecnologias relevantes, ... a implementação e intensificação de programas de imunização e outras estratégias para controlar doenças infecciosas.”¹⁹¹

- “**A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade**” – **art. 12(2)(d)**: Esta disposição se refere à saúde física e mental e “compreende a garantia de acesso tempestivo e igualitário à assistência médica, visando prevenir e curar doenças e reabilitar o paciente, bem como à educação sobre saúde; programas regulares de triagem; tratamento adequado de doenças, moléstias, ferimentos e incapacidades predominantes, principalmente no plano comunitário; o fornecimento dos medicamentos básicos e do tratamento e assistência adequados à saúde mental. Um outro aspecto importante desta obrigação é o incentivo à participação da população nos serviços médicos, por meio da organização do setor da saúde e do sistema de seguros.”¹⁹²

Ao implementar o art. 12 do Pacto, os Estados signatários também têm que levar em consideração suas **obrigações jurídicas para que não ocorra a discriminação entre as pessoas em geral ou entre homem e mulher** (arts. 2.º, (2) e 3.º do Pacto).¹⁹³ Para evitar a discriminação contra mulheres no setor da saúde, há uma “necessidade de se desenvolver e implementar uma estratégia nacional abrangente para promover o direito das mulheres à saúde no decorrer de sua vida. A referida estratégia

¹⁹⁰ Ibidem, pp. 93-94, para. 15.

¹⁹¹ Ibidem, p. 94, para. 16; grifo nosso.

¹⁹² Ibidem, p. 94, para. 17.

¹⁹³ Ibidem, pp. 94-95, paras. 18-19.

deve conter intervenções planejadas na prevenção e no tratamento de doenças que afetam mulheres, bem como as diretrizes para fornecer acesso a uma ampla gama de assistência médica disponível de alta qualidade, incluindo assistência médica sexual e reprodutiva.”¹⁹⁴

Além disso, *deficientes e idosos* têm o direito à saúde, conforme o art. 12,(1) do Pacto e eles têm o direito de receber assistência equivalente à recebida por outros membros da sociedade em que vivem. Além disso, o direito à saúde física e mental pressupõe, por exemplo, “o direito ao acesso e ao uso da assistência médica e social, incluindo aparelhos ortopédicos – que permitem a independência de deficientes físicos, previnem o agravamento do quadro clínico e promovem a integração social”.¹⁹⁵ No caso dos idosos, a prevenção por meio de consultas regulares adequadas às necessidades de cada um têm um “papel decisivo”, bem como a reabilitação e manutenção da capacidade funcional dos idosos, “resultando na diminuição de despesas com investimentos em assistência médica e serviços sociais”.¹⁹⁶ Os *povos indígenas* também têm direito, consoante o art. 12, “a medidas específicas para melhorar o acesso aos serviços e tratamentos médicos. Esses serviços médicos devem ser adequados à cultura local, levando em consideração os tradicionais meios de tratamento e recuperação, bem como os remédios tradicionalmente usados.”¹⁹⁷

O direito à saúde conforme assegurado pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais representa o direito a usar instalações, bens e serviços de saúde e às condições necessárias para a realização do mais elevado nível de saúde possível. O direito compreende a liberdade para controlar a saúde e o corpo do indivíduo e o direito ao acesso a um sistema de proteção à saúde sem discriminação.

As instalações de saúde deverão estar disponíveis, acessíveis, ser satisfatórias e de boa qualidade.

Os grupos mais vulneráveis, como deficientes, mulheres, idosos e povos indígenas têm o direito a medidas específicas conforme as necessidades de cada um.

8.1.3 As obrigações dos Estados signatários

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais divide as obrigações jurídicas dos Estados signatários do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em quatro categorias: obrigações gerais, específicas, internacionais e essenciais. Alguns dos principais elementos das primeiras três categorias serão resumidos neste item e as obrigações principais serão abordadas separadamente.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 95, para. 21.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 96, para. 26, leia em conjunto com o General Comments No. 5, p. 35, para. 34.

¹⁹⁶ Ibidem, General Comments No. 14, p. 96, para. 25, leia em conjunto com o General Comments No. 6, p. 45, para. 35.

¹⁹⁷ Ibidem, General Comments No. 14, pp. 96-97, para. 27.

- **Obrigações jurídicas gerais:** “O Pacto prevê a realização progressiva e reconhece as restrições devido aos limites dos recursos disponíveis. Além disso, ele impõe aos Estados signatários diversas obrigações de *efeito imediato*.” Dessa forma, o direito à saúde, conforme disposto no art. 12, deverá ser exercido “sem nenhum tipo de discriminação” (art. 2º,(2)) e as medidas necessárias deverão ser tomadas (art. 2º,(1)) para o cumprimento pleno desta disposição. “Tais medidas deverão ser examinadas, *deliberadas, concretas e direcionadas à plena realização* do direito à saúde ... [R]ealização progressiva significa que os Estados signatários têm *obrigação específica e continuada de agir da forma mais rápida e eficiente possível* visando a realização integral do art. 12.” Medidas regressivas intencionais, que são completamente inadmissíveis, têm que ser devidamente justificadas em conformidade com todos os direitos assegurados pelo Pacto e com o “máximo de recursos disponíveis” dos Estados signatários.¹⁹⁸

Por fim, os Estados signatários têm a obrigação de “*respeitar, proteger e cumprir* ... A obrigação de *respeitar* exige que os Estados se abstenham de interferir direta ou indiretamente no gozo do direito à saúde A obrigação de *proteger* exige que os Estados adotem medidas para impedir que terceiros interfiram nas garantias do art. 12. A obrigação de *cumprir* exige que os Estados adotem as medidas legislativas, judiciais, orçamentárias, judiciais e promocionais adequadas para a realização integral do direito à saúde.”¹⁹⁹

- **Obrigações jurídicas específicas:** As obrigações de respeitar, proteger e cumprir o direito à saúde foram examinadas detalhadamente pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Comentário Geral nº. 14. A obrigação de *respeitar* o direito à saúde significa que o Estado deverá abster-se “de privar ou limitar igual acesso a todos os indivíduos, incluindo prisioneiros ou detentos, minorias, refugiados e imigrantes ilegais, a serviços médicos preventivo, curativo e paliativo; abster-se de impor práticas discriminatórias como parte da política dos Estados; e abster-se de impor práticas discriminatórias relacionadas às necessidades e condição das mulheres.” Além disso, os Estados deverão abster-se de, entre outras coisas, “comercializar medicamentos perigosos e de empregar tratamentos médicos coercitivos, exceto para o tratamento de doenças mentais ou para a prevenção e o controle de doenças contagiosas”. Eles também devem abster-se “de limitar acesso a contraceptivos e outros meios de preservar a saúde sexual e reprodutiva” e “de poluir ilegalmente o ar, a água e o solo, com, por exemplo, lixo industrial”. Finalmente, armas nucleares, biológicas ou químicas não devem ser usadas nem testadas “se os referidos testes liberarem substâncias prejudiciais à saúde humana”.²⁰⁰

A obrigação de *proteger* compreende “os deveres de o Estado adotar legislação ou tomar outras medidas que assegurem acesso igualitário a serviços médicos e outros relacionados à saúde fornecidos por terceiros; de garantir que a privatização do setor da saúde não ameace a *disponibilidade, acesso, aceitação e qualidade* de instalações de saúde, alimentação e serviços; de controlar a comercialização de equipamentos médicos e

¹⁹⁸ Ibidem, pp. 97-98, paras. 30-32; grifo nosso.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 98, para. 33.

²⁰⁰ Ibidem, p. 98, para. 34.

remédios por terceiros; e de garantir que médicos e outros profissionais do setor de saúde atendam aos padrões adequados de educação, habilidade e código ético de conduta. Os Estados também são obrigados a garantir que práticas tradicionais ou sociais prejudiciais não impeçam o acesso ao tratamento pré e pós-natal e ao planejamento familiar; a impedir que terceiros obriguem mulheres a submeter-se a procedimentos culturais, tais como o da mutilação genital feminina; e a tomar medidas para proteger todos os grupos vulneráveis ou marginalizados da sociedade, principalmente mulheres, crianças, adolescentes e idosos, considerando manifestações de violência devido ao sexo do indivíduo.”²⁰¹

A obrigação de **realizar** “exige que os Estados signatários, dentre outras coisas, dêem a importância necessária ao direito à saúde em todos os sistemas jurídicos e políticos, preferencialmente por meio da implementação de leis; e adotem uma política nacional de saúde com um plano detalhado para a realização do direito à saúde. Os Estados deverão garantir a assistência médica, incluindo programas de imunização contra as principais doenças infecciosas, e garantir acesso igualitário a todos os indivíduos aos indicativos de saúde, como alimento nutritivo e água potável, saneamento básico, e moradia e condições de vida adequadas.” Também fazem parte das obrigações “a criação de um sistema de seguro saúde público, privado ou misto disponível a todos os indivíduos”. Finalmente, o dever jurídico de **cumprir também diz respeito** às obrigações específicas de **facilitar, fornecer e promover** o direito à saúde.²⁰²

- **Obrigações internacionais:** Os Estados signatários têm a obrigação de “tomar medidas, individualmente e/ou por meio de auxílio e cooperação internacional, principalmente técnicas e econômicas, para a implementação integral dos direitos reconhecidos no Pacto, como o direito à saúde”. Segundo a interpretação do art. 56 da Carta das Nações Unidas, dos art.s 12, 2,(1) e (2), 22 e 23 do Pacto e da Declaração de Alma-Ata sobre Assistência Primária à Saúde, “os Estados signatários devem reconhecer o papel fundamental da cooperação internacional e do cumprimento com seus compromissos para realizar ações conjuntas ou isoladas para a implementação do direito à saúde.” Os Estados signatários também “têm que respeitar o gozo do direito à saúde em outros países e impedir que terceiros violem o direito ali” se assim o direito internacional permitir. Os Estados signatários têm “responsabilidade conjunta e individual” conforme a Carta das Nações Unidas e as resoluções adotadas pela Assembléia Geral e pela Assembléia Mundial de Saúde, “de cooperar no fornecimento de assistência em caso de força maior e auxílio humanitário em situações de emergência, incluindo assistência a refugiados e pessoas deslocadas”. Por fim, os Estados signatários devem “abster-se de impor embargos ou medidas semelhantes que restrinjam o fornecimento a outro Estado de medicamentos e equipamento médico adequados”.²⁰³

8.1.4 As obrigações essenciais

As obrigações essenciais referentes ao direito à saúde destinam-se a assegurar o cumprimento dos padrões mínimos essenciais do referido direito. Elas são as

²⁰¹ Ibidem, pp. 98-99, para. 35; grifo nosso.

²⁰² Ibidem, p. 99, paras. 36-37; consulte também p. 98, para. 98.

²⁰³ Ibidem, pp. 99-100, paras. 38-41.

obrigações que os Estados signatários deverão cumprir sempre, pois são consideradas irrevogáveis.²⁰⁴ Essas obrigações básicas foram definidas pelo Comitê em conformidade com o art. 12, combinado com o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e a Declaração Alma-Ata. Na opinião do Comitê, elas compreendem pelo menos as obrigações a seguir:

- “Garantir o direito de acesso a instalações, bens e serviços de saúde, de forma não discriminatória, especialmente para grupos marginalizados ou vulneráveis”;
- “Garantir o acesso à alimentação mínima necessária, adequada, nutritiva e saudável; garantir que nenhum indivíduo passe fome”;
- “Garantir acesso a abrigo, moradia e sistema de saneamento básico, e o fornecimento de água potável”;
- “Fornecer os medicamentos essenciais, conforme determinado periodicamente pelo Programa de Ação sobre Medicamentos Essenciais da OMS”;
- “Garantir a distribuição igualitária de todas as instalações, bens e serviços de saúde”;
- “Adotar e implementar um plano de ação e uma estratégia pública nacional, mediante indício de epidemia, a respeito das questões de saúde de toda a população. O referido plano de ação e a estratégia serão planejados e examinados periodicamente, de forma transparente e participativa; eles [também] serão compostos de métodos, como indicativos e paradigmas relacionados ao direito à saúde, pelos quais é possível controlar de perto o andamento de estratégias e de planos de ação. O planejamento dos referidos planos de ação e estratégias, bem como o conteúdo dos mesmos, dará atenção especial a todos os grupos marginalizados e vulneráveis.”²⁰⁵

O Comitê também confirmou que “as obrigações a seguir são igualmente importantes”:

- “Garantir assistência médica à reprodução, às mães (pré e pós-natal) e às crianças”;
- “Garantir imunização contra as principais doenças infecciosas que acometem a comunidade”;
- “Tomar medidas para impedir, administrar e controlar doenças endêmicas e epidêmicas”;
- “Garantir educação e acesso a informações sobre os principais problemas de saúde da comunidade, incluindo métodos de prevenção e controle”;

²⁰⁴ Ibidem, p. 101, para. 43, and p. 102, para. 47.

²⁰⁵ Ibidem, p. 101, para. 43.

- “Fornecer treinamento adequado aos profissionais da saúde, incluindo treinamento sobre a saúde e os direitos humanos”.²⁰⁶

Essas onze obrigações essenciais relacionadas ao direito à saúde são um guia bastante útil para auxiliar os Estados signatários na implementação nacional das obrigações assumidas no pacto. Deve-se observar que o direito a abrigo e moradia é mencionado como requisito para assegurar o direito à saúde de forma eficiente. A importância do acesso à moradia adequada para a saúde do indivíduo é ressaltada também pela Organização Mundial da Saúde.

8.1.5 Desrespeito ao art. 12

A seguir, alguns exemplos de disposições acerca das ações ou omissões do Estado que resultariam em uma transgressão dos deveres jurídicos dispostos no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com relação ao direito à saúde:

- “O Estado que relutar em empregar o máximo dos recursos disponíveis para a realização do direito à saúde”. Se um país sofre de limitação de recursos, “ele tem o dever de justificar que, apesar de tudo, envidou todos os esforços para utilizar todos os recursos disponíveis para cumprir com as obrigações indicadas acima, conforme a prioridade”;
- As ações ou omissões que violam as onze obrigações essenciais descritas acima, que deverão ser cumpridas em todas as circunstâncias;
- “Leis, políticas ou ações do Estado que infrinjam as normas dispostas no art. 12 ... e que possam acarretar danos corporais, enfermidade desnecessária e enfermidade evitável. Alguns exemplos são: recusa do acesso a instalações, bens e serviços de saúde a indivíduos ou grupo de indivíduos, em virtude de discriminação de fato e de direito; retenção intencional ou interpretação errônea de informações vitais à proteção da saúde e a tratamentos.” (*infração da obrigação de respeitar*);
- A omissão de um Estado em “tomar todas as medidas necessárias para salvaguardar indivíduos sob sua jurisdição de violações do direito à saúde cometidas por terceiros”. Isso compreende “a omissão da regulamentação de atividades de indivíduos, grupos ou corporações para impedi-los de violar o direito à saúde de outrem; a omissão da proteção de consumidores e trabalhadores de atividades prejudiciais à saúde, como por empregadores e fabricantes de alimentos; ... a omissão da proteção de mulheres contra a violência ou a não condenação de criminosos” (*infração da obrigação de proteger*);
- Os Estados signatários deixarem de “tomar todas as medidas necessárias para assegurar a implementação do direito à saúde. Alguns exemplos são: a omissão na adoção ou implementação de uma política interna de saúde, desenvolvida para assegurar o direito à saúde para todos os indivíduos; gastos menores que o necessário ou alocação inadequada de recursos , impossibilitando o exercício do direito à saúde por indivíduos

²⁰⁶ Ibidem, pp. 101-102, para. 44.

ou grupos, especialmente os mais vulneráveis ou marginalizados; omissão no controle da implementação do direito à saúde dentro do país” (*infração da obrigação de cumprir*).²⁰⁷

8.1.6 Implementação nos Estados

O Comitê admite que “as maneiras mais adequadas e viáveis para implementar o direito à saúde variarão significativamente de um Estado para o outro. Cada Estado tem seu próprio critério para avaliar quais são as maneiras mais adequadas para atender circunstâncias específicas. Contudo, o Pacto impõe claramente a cada Estado o dever de adotar todas as medidas necessárias para assegurar que todos os indivíduos tenham acesso a instalações, bens e serviços de saúde para que possam gozar, tão logo quanto possível, do mais elevado nível possível de saúde física e mental.”²⁰⁸ Para esse fim, cada Estado signatário deverá adotar uma estratégia interna e formular políticas com os indicativos e paradigmas do direito à saúde. Os planos de ação e as estratégias nacionais “devem respeitar, entre outros, os princípios da não-discriminação e a participação de pessoas” e “devem também estar fundamentados nos princípios da responsabilidade, transparência e independência do judiciário”.²⁰⁹ Finalmente, “Os Estados devem considerar a adoção de uma estrutura legislativa para operacionalizar sua estratégia referente ao direito à saúde.” A lei deve criar mecanismos para o controle da implementação da estratégia e do plano de ação.²¹⁰

Sobre a questão de *medidas judiciais e responsabilidade jurídica*, o Comitê afirma que “qualquer indivíduo ou grupo que sofrer desrespeito de seu direito à saúde deve ter acesso às medidas judiciais adequadas na esfera nacional e internacional. As vítimas devem ter o direito a uma reparação adequada, seja na forma de restituição, remuneração, satisfação ou garantias de não repetição.”²¹¹ Dessa forma, os Estados signatários são incentivados a incorporar a suas medidas jurídicas internas instrumentos internacionais para o reconhecimento do direito à saúde, pois essa incorporação “amplia significativamente o âmbito e a eficiência das medidas judiciais”. “A incorporação de medidas permite ao judiciário julgar ofensas ao direito à saúde, ou pelo menos das obrigações básicas correspondentes, fazendo referência direta ao Pacto.”²¹² O Comitê declara também que “juízes e profissionais do direito, no exercício de suas funções, devem ser incentivados pelos Estados signatários a dar especial atenção às ações de desrespeito ao direito à saúde.”²¹³

Os Estados Signatários têm o dever jurídico de tomar providências deliberadas, concretas e planejadas que visem a implementação plena do direito à saúde. Enquanto algumas obrigações podem ser implementadas gradualmente, outras são de aplicação imediata.

²⁰⁷ Ibidem, pp. 102-103, paras. 46-52.

²⁰⁸ Ibidem, pp. 103-104, para. 53.

²⁰⁹ Ibidem, p. 104, paras. 54-55.

²¹⁰ Ibidem, p. 104, para. 56.

²¹¹ Ibidem, p. 105, para. 59.

²¹² Ibidem, p. 105, para. 60.

²¹³ Ibidem, p. 105, para. 61.

Os Estados signatários têm que respeitar, proteger e implementar as obrigações que assumiram.

A obrigação de implementar também implica o dever de o Estado signatário facilitar, fornecer e promover o direito à saúde.

Os Estados signatários do Pacto Internacional têm, pelo menos, onze obrigações essenciais que deverão ser cumpridas sempre.

Todas as supostas vítimas de ofensas ao direito à saúde devem ter acesso a medidas judiciais ou outras medidas adequadas no âmbito nacional, e ao uma reparação adequada.

Os juízes e os profissionais do direito em geral devem ser incentivados a dar atenção especial às violações do direito à saúde no exercício de suas funções.

Apesar de os dois casos apresentados a seguir não envolverem a interpretação do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, eles são, assim mesmo, muito relevantes. Em ambos os juízes encontraram formas de interpretação extensiva das disposições existentes sobre direitos humanos constitucionais. Dessa forma, abriram caminho para a introdução do direito à saúde no contexto mais amplo do direito à igualdade (Canadá) e do direito à vida (Índia).

8.2 Jurisprudência relevante I: Exemplo do Canadá

A ação *Eldridge v. British Columbia*, que foi julgado pela Suprema Corte do Canadá em 1997, trata do respeito **da igualdade de direitos em conformidade com o fornecimento de serviços médicos a indivíduos com deficiência física**.²¹⁴ A análise feita neste caso é de suma importância; assim, requer uma apreciação mais detalhada. A análise é de autoria do Juiz La Forest, em julgamento unânime da Suprema Corte.

Dos Fatos:²¹⁵ Os apelantes eram surdos de nascença e se comunicavam por meio da linguagem dos sinais. Eles se queixavam que a ausência de intérpretes impedia que se comunicassem com os médicos e com outros profissionais da saúde, aumentando o risco de um diagnóstico errôneo e de tratamento ineficiente. No estado da British

²¹⁴ (1997) 3 S.C.R. *Eldridge v. British Columbia* (Attorney General) 624. O texto usado neste capítulo pode ser encontrado no seguinte site da Web: http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3_0624.html

²¹⁵ *Ibidem* Este resumo é baseado em fatos de acordo com a sentença, paras. 2-7.

Columbia, a assistência é prestada por meio de dois mecanismos básicos, a *Hospital Insurance Act*, R.S.B.C. 1979, c. 180 (rebatizada posteriormente de R.S.B.C. 1996, c. 204), que reembolsa os hospitais pelos serviços médicos fornecidos ao público, e a *Medical and Health Care Services Act*, S.B.C. 1992, c. 76 (rebatizada posteriormente de *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286). Nenhum desses programas previa o reembolso para serviços de interpretação da linguagem dos sinais para deficientes auditivos. Um médico declarou em juízo que a comunicação sem um intérprete “era impossível e frustrante” e outro ressaltou que a comunicação adequada era “imprescindível durante o parto” para obter a ajuda da paciente durante o parto e reduzir o risco de complicações.²¹⁶

Os apelantes ajuizaram uma ação na Suprema Corte da British Columbia buscando, especialmente, “uma declaração de que deixar de fornecer serviços de interpretação na linguagem dos sinais, conforme previsto no Plano de Serviços Médicos” violava o art.15(1) da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá,²¹⁷ segundo a qual:

“Todos os indivíduos são iguais perante a lei e têm o direito a igual proteção e vantagens da lei, sem que possa prevalecer qualquer discriminação; sobretudo, em razão de raça, nacionalidade, origem étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência mental ou física.”

A primeira instância não deu provimento ao pedido e, em apelação, o Tribunal de Apelação da British Columbia, por maioria, determinou que a falta de serviços de interpretação nos hospitais não era discriminatória “pois a *Hospital Insurance Act* não prevê ‘nenhum benefício da lei’ de acordo com o art. 15, (1) da Carta”.²¹⁸

Obtiveram autorização para recorrer à Suprema Corte do Canadá, que julgou os diplomas legais, *Medical and Health Care Services Act* e *Hospital Insurance Act*, não compatíveis com a constituição. ***A possível violação do art. 15,(1) da Carta decorreu do poder de tomada de decisão delegado à autoridade subordinada.*** Em outras palavras, a legislação em si “implícita ou explicitamente” não proibia os hospitais (*Hospital Insurance Act*) ou Conselhos de Medicina (*Medical and Health Care Services Act*) de fornecer intérpretes, nem os proibia de considerar que tal serviço “fosse um serviço ‘médico necessário’” e, portanto, um benefício da lei”.²¹⁹

O Tribunal não deu provimento ao argumento dos apelados de que a Carta dos Direitos e Liberdades não se aplica aos hospitais. O Tribunal considerou que havia “uma ‘relação direta e ... explicitamente definida’ entre uma política de governo

²¹⁶ Ibidem, paras. 5 and 7.

²¹⁷ Ibidem, para. 11.

²¹⁸ Ibidem, para. 13.

²¹⁹ Ibidem, para. 29 (relacionado à Lei ‘*Medical and Health Care Services Act*’) e para. 34 (relacionado à Lei *Hospital Insurance Act*).

específica e a conduta atribuída ao hospital”. A suposta discriminação, isto é, a falta de interpretação da linguagem dos sinais, estava “intimamente relacionada ao sistema de fornecimento de serviço médico instituído pela legislação”.²²⁰ O fornecimento desses serviços era “uma expressão da política governamental”, com hospitais agindo “no papel de agentes do governo para o fornecimento dos serviços médicos previstos na [*Hospital Insurance*] Act. Portanto, o Legislativo [não pode] esquivar-se de suas obrigações previstas no art.15(1) da *Carta*, a saber, as de fornecimento dos referidos serviços sem discriminação, nomeando os hospitais para atingir esse objetivo.”²²¹ Segundo as disposições da *Medical and Health Care Services Act* sobre o Conselho de Medicina, não foi contestado que o Conselho de Medicina tinha que estar em conformidade com a *Carta* no exercício do poder que lhe é conferido, poder este que lhe foi delegado pelo Governo, para determinar se um serviço é um “benefício” de acordo com a lei e portanto um serviço “médico obrigatório” a ser fornecido gratuitamente.²²²

O Tribunal concluiu “que a *Carta* aplica-se à omissão dos hospitais e à do Conselho de Medicina que não forneceram intérpretes da linguagem dos sinais”, ficando pendente a determinar se a omissão infringiu o direito à igualdade dos apelantes segundo disposto no Inciso 15(1) da *Carta*. No início, o Tribunal ressaltou que, como outros direitos da *Carta*, o art. 15, (1) “deve ser interpretado de forma abrangente e útil”, pois uma constituição que incorpora declarações de direitos requer “uma interpretação ampla, impedindo o tão conhecido ‘rigor da interpretação literal’, adequado para conceder aos indivíduos a amplitude total dos direitos e liberdades fundamentais correspondentes.”²²³

O Tribunal afirmou, ainda, que o art. 15, (1) da *Carta* atende a “dois objetivos distintos, mas correlatos. Primeiramente, ela expressa um compromisso - profundamente arraigado na cultura social, política e jurídica - igual valor das pessoas e dignidade humana de todos. ... Em segundo lugar, ela exemplifica o desejo de retificar e impedir a discriminação contra determinados grupos ‘em desvantagem social, política e jurídica na sociedade’.”²²⁴ No que diz respeito à situação especial de indivíduos portadores de deficiência:

“56. Infelizmente, a história dos portadores de deficiência no Canadá está repleta de rejeição e marginalização. Indivíduos portadores de deficiência são frequentemente excluídos da força de trabalho, lhes é negado acesso a oportunidades de avanço e integração social, são estereotipados, hostilizados e rejeitados pelas instituições ... Essa desvantagem histórica foi modelada e perpetuada pela noção de que a deficiência é uma anomalia ou um defeito. Conseqüentemente, os portadores de deficiência não costumavam ser tratados com ‘a mesma

²²⁰ Ibidem, para. 51.

²²¹ Ibidem, loc. cit.

²²² Ibidem, para. 52.

²²³ Ibidem, para. 53.

²²⁴ Ibidem, para. 54.

preocupação, respeito e consideração’ determinados no art. 15,(1) da *Carta*. Pelo contrário, eles são expostos a atitudes paternalísticas de pena e caridade, e a inclusão dos referidos indivíduos no âmbito social ficou condicionada à tentativa de cada um de se adequar aos padrões de normalidade física ... Uma das conseqüências dessas atitudes é a desvantagem social e econômica permanente dos portadores de deficiência. Os dados indicam que indivíduos portadores de deficiência, em comparação a indivíduos não portadores de deficiência, têm nível educacional mais baixo, são mais sujeitos a serem excluídos da força de trabalho, enfrentam índices de desemprego mais elevado e são os que recebem menos renda quando desempregados na escala de pagamento.”²²⁵

O Tribunal acrescentou que “deficientes auditivos não escaparam dessa situação” e que “a desvantagem sofrida por deficientes auditivos é decorrente das barreiras na comunicação com a população que ouve”.²²⁶

Em relação à questão da possibilidade de os apelantes terem recebido “igual benefício da lei sem discriminação” de acordo com o art. 15, (1) da *Carta*, o Tribunal ressaltou que a reivindicação anterior era “um dos ‘efeitos contrários’ da discriminação”, visto que “aparentemente, o sistema médico de British Columbia aplica-se igualmente a portadores de deficiência auditiva e àqueles capazes de escutar. Não há ‘distinção’ explícita baseada em deficiências, destinando tratamento diferenciado a deficientes auditivos.”²²⁷ O Tribunal acrescentou que o “art. 15, (1) da *Carta* protege contra esse tipo de discriminação”, uma vez que foi “destinada a assegurar uma medida de igualdade real e não meramente formal”.²²⁸ Uma conclusão desse princípio foi “que a intenção ou propósito de discriminação não constitui necessariamente uma condição para a violação do art. 15, (1) ... Basta que o *efeito* da legislação tenha sido o de deixar de conferir a alguém proteção igual ou o benefício da lei.”²²⁹

No caso *Eldridge*, as conseqüências sofridas pelos deficientes auditivos resultaram “não da imposição de um ônus não enfrentado pela maioria da população, mas sim do deixar de possibilitar que os deficientes auditivos usassem os serviços oferecidos a todos”.²³⁰ Portanto, a Suprema Corte reformou a decisão das instâncias inferiores, segundo as quais a interpretação da linguagem dos sinais era “um serviço ‘auxiliar’ não médico e distinto” e que não negava aos deficientes auditivos um benefício disponível à população ouvinte. Em sua opinião, a referida linguagem era, ao contrário, “a maneira pela qual os deficientes auditivos podiam receber assistência médica de qualidade igual à recebida pela população ouvinte”.²³¹ Ou seja, sempre que

²²⁵ Ibidem, para. 56.

²²⁶ Ibidem, para. 57.

²²⁷ Ibidem, para. 60.

²²⁸ Ibidem, para. 61.

²²⁹ Ibidem, para. 62.

²³⁰ Ibidem, para. 66.

²³¹ Ibidem, paras. 68 and 71.

necessário para uma comunicação eficiente, “a interpretação da linguagem dos sinais não deve ... ser considerada um serviço ‘complementar’”.²³²

Em resposta às sugestões dos apelados “de que o governo deve poder fornecer benefícios para a população como um todo, mas sem ter que assegurar que membros da sociedade menos privilegiados tenham os recursos necessários para tirar o maior proveito desses benefícios”. O Tribunal decidiu que “essa posição indica uma visão estreita e empobrecida do art. 15,(1). Além disso, tal visão não encontra respaldo na jurisprudência sobre igualdade proferida neste Tribunal.”²³³

Em análise exaustiva do conceito de igualdade e não-discriminação, o Tribunal ainda afirmou que “o princípio de que a discriminação pode resultar de uma omissão na tomada de medidas positivas para assegurar a grupos desfavorecidos o gozo igualitário dos serviços oferecidos ao público em geral é amplamente aceito no âmbito dos direitos humanos.” Conforme ressaltado pelo Tribunal, “também é o alicerce da jurisprudência dos direitos humanos ... que o dever de tomar medidas positivas para assegurar a integrantes de grupos desfavorecidos o gozo igualitário dos serviços oferecidos ao público em geral esteja sujeito ao princípio do atendimento razoável”, a qual, nesse contexto, “equivale ao conceito de ‘limites razoáveis’”.²³⁴

Assim, o Tribunal concluiu que “a omissão do Conselho de Medicina e dos hospitais em fornecer interpretação da linguagem dos sinais em situações em que referida interpretação for necessária para uma comunicação efetiva constitui, *prima facie*, uma violação do art. 15,(1) referente aos direitos dos deficientes auditivos. Essa omissão retira-lhes o benefício igualitário da lei e representa discriminação dos referidos deficientes auditivos em relação a indivíduos que ouvem.”²³⁵ Entretanto, a decisão do Tribunal não significa “que a interpretação da linguagem dos sinais terá que ser fornecida em toda situação médica. O padrão de ‘comunicação eficiente’ é flexível e leva em consideração certos fatores, como a complexidade e a importância das informações a serem transmitidas, e o contexto no qual a comunicação ocorrerá e o número de pessoas envolvidas ... Contudo, para portadores de deficiência auditiva analfabetos ou semi-analfabetos, talvez a interpretação da linguagem dos sinais seja necessária na maioria dos casos.”²³⁶

Por fim, o Tribunal respondeu que não a questão da possibilidade de haver alguma justificativa para essa violação *prima facie* do art. 1.º da Carta, ***segundo o qual o direito e liberdades assegurados na Carta podem estar “sujeitos apenas aos limites razoáveis previstos na lei conforme comprovado em uma sociedade livre e democrática”***(grifo nosso). As conclusões do juiz La Forest são de grande valia, uma vez

²³² Ibidem, para. 71.

²³³ Ibidem, paras. 72-73.

²³⁴ Ibidem, paras. 78-79.

²³⁵ Ibidem, para. 80.

²³⁶ Ibidem, para. 82.

que a essência desse argumento é igualmente relevante a outros grupos desfavorecidos de nossas sociedades, os quais não podem gozar de assistência médica igualitária:

“94. Em suma, em minha opinião a omissão em custear a interpretação da linguagem dos sinais não representa um ‘impedimento mínimo’ dos direitos dos portadores de deficiência auditiva em relação ao art. 15, (1), direito ao benefício igualitário da lei sem discriminação decorrente de sua deficiência física. As provas demonstram claramente que, como uma classe, os portadores de deficiência auditiva recebem serviços médicos de qualidade inferior aos recebidos pela população que ouve. Dado o papel principal da saúde na qualidade de vida de todos os indivíduos na sociedade, fornecer serviços médicos de padrão inferior aos portadores de deficiência auditiva diminui a qualidade de vida geral dessas pessoas. O Estado simplesmente não provou que essa situação desfavorável deveria ser tolerada com o objetivo de conter os gastos com assistência médica. Em outras palavras, o Estado não realizou uma ‘adequação razoável’, isto é, não tratou adequadamente da deficiência dos apelantes. Na linguagem da jurisprudência sobre direitos humanos desse Tribunal [*sic*], ele [o Estado] não tratou das necessidades apelantes e, portanto, submeteu-os a um ‘ônus não justificado’.”²³⁷

8.3 Jurisprudência Relevante II: O exemplo da Índia

O direito à vida previsto pelo art. 21 da Constituição da Índia recebeu interpretação extensiva da Suprema Corte daquele país na ação *Consumer Education & Research Centre and Others v. Union of India and Others*. Esta ação abordou os riscos à saúde e doenças relacionados ao trabalho que atingiam os empregados da indústria de amianto.²³⁸ A Suprema Corte decidiu que “o direito à saúde, assistência médica para proteger a saúde e o vigor do trabalhador no exercício de sua atividade ou durante a aposentadoria é um direito fundamental assegurado pelo art. 21, combinado com os arts. 30, (e), 41, 43, 48-A e demais artigos relacionados e essenciais aos direitos humanos que visam tornar a vida do trabalhador compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana”.²³⁹

Nota-se que, sem necessariamente adentrar as minúcias do caso, os autores da ação buscaram “suprir as necessidades e a falta de medidas reparadoras que protegessem à saúde dos trabalhadores da indústria de mineração e amianto, com instrumentos adequados para o diagnóstico e controle de uma doença fatal e silenciosa: a asbestose”.²⁴⁰ O Tribunal apreciou exaustivamente as informações sobre os perigos da exposição ao amianto e concluiu tratar-se de uma “longa e trágica cadeia de consequências médicas, jurídicas e sociais nefastas” e emitiu uma declaração lembrando

²³⁷ Ibidem, para. 94.

²³⁸ (1995) 3 Supreme Court Cases 42.

²³⁹ Ibidem, p. 70.

²⁴⁰ Ibidem, p. 47.

“os empregadores e fabricantes de sua responsabilidade jurídica e social de não por em risco seus trabalhadores, nem a comunidade, nem a sociedade”. E, ainda, que:

“O empregador ou o fabricante não está isento de responsabilidade perante os trabalhadores e a sociedade como um todo. Eles têm responsabilidades – jurídica, moral e social de fornecer medidas de proteção aos trabalhadores e às pessoas ou a todos aqueles expostos às conseqüências maléficas de seus produtos. A mera adoção de leis não possui nenhum significado nem eficácia sem recursos profissionais, industriais e governamentais e sem vontade moral e jurídica de implementar tais leis.”²⁴¹

O Tribunal, então, apreciou a ação à luz do Preâmbulo e dos arts. 38 e 21, entre outros, da Constituição da Índia. De acordo com o parágrafo primeiro do Preâmbulo, a todos os cidadãos da Índia são assegurados direitos “jurídicos, sociais, econômicos e políticos”. O art. 38 que está sob o título “Princípios Diretivos da Política do Estado” trata do dever do Estado de assegurar uma ordem social para promover o bem-estar do povo. O art. 21 garante o direito à vida.

Sobre o Preâmbulo e o art. 38 da Constituição, o Tribunal, entre outras coisas, afirmou que:

“18. ... a lei suprema, considera a justiça social o meio para se garantir que a vida seja provida de sentido e de dignidade humana... O Direito é o principal objetivo de toda sociedade civilizada, é um sistema-chave em uma dada era para atingir as exigências e as necessidades de sua época ... A Constituição dispõe que a justiça, a liberdade, a igualdade e a fraternidade são os valores supremos que instituem uma democracia igualitária, em matéria social, econômica e política. A justiça social, a igualdade e a dignidade da pessoa humana são a pedra de toque da democracia social ... A justiça social é um mecanismo dinâmico feito para mitigar o sofrimento dos pobres, dos oprimidos, dos *dalits*, das tribos e dos grupos carentes da sociedade e elevá-los à condição de igualdade para que possam viver de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana. A justiça social não é uma idéia simples nem isolada da sociedade, mas parte essencial de uma mudança social complexa para retirar o pobre etc. das dificuldades, da penúria e para tornar sua vida passível de ser vivida, para o bem da sociedade como um todo. Em outras palavras, o objetivo da justiça social é o de atingir um determinado grau de igualdade social, econômica e política que é uma expectativa legítima. A seguridade social, condições justas e humanas de trabalho e lazer para o trabalhador são parte do direito à vida e do direito de se

²⁴¹ Ibidem, pp. 66-67.

manifestar e do direito de gozar a vida com dignidade; o Estado deverá proporcionar meios e oportunidades para que se atinja, pelo menos, condições mínimas de saúde, de segurança econômica e de vida, ao mesmo tempo em que [eles] partilhem, de acordo com sua capacidade, do patrimônio cultural e social.

19. Em um país em desenvolvimento como o nosso, agravado pela insuperável e crescente falta de igualdade de classes e de oportunidade, o direito é um catalisador, um limite a ser atravessado pelos pobres etc. para alcançar a escada da justiça social ... O que lhes é devido não pode ser definido por um padrão absoluto que está em constante mudança dependendo do tempo, lugar e circunstância. A preocupação da constituição com a justiça social, tida por um processo contínuo e elástico, é a de fazer justiça em todos os setores da sociedade promovendo meios e oportunidades para extinguir os obstáculos e dificuldades que fazem o pobre etc. perecer e para assegurar a dignidade da pessoa humana. A Constituição, portanto, ordena o Estado a aplicar a justiça a todos os membros da sociedade em todos os tipos de atividade humana. O conceito de justiça social abrange a igualdade de gozar e aproveitar o conteúdo prático da “vida”. A justiça social e a igualdade se complementam para que ambas possam manter sua vitalidade. O estado de direito é, portanto, um instrumento importante da justiça social para viabilizar a igualdade de resultado.”²⁴²

Em seguida, o Tribunal afirmou que, consoante o art. 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Carta das Nações Unidas “ressalta a confiança nos direitos humanos fundamentais e na dignidade e valor da pessoa humana previstos nos Princípios Diretivos da Política do Estado, parte integrante da Constituição. A jurisprudência acerca da personalidade ou da filosofia do direito à vida previsto no art. 21 aumenta seu alcance para abranger a personalidade da pessoa humana em todos seus aspectos, incluindo a saúde que, para o trabalhador, é um bem muito valioso para que ele seja capaz de ganhar a vida, manter sua dignidade e viver com dignidade e igualdade.”²⁴³ Ainda, segundo o Tribunal:

“22. A expressão ‘vida’ prevista no art. 21 da Constituição não se refere à mera existência física ou à labuta diária. É um conceito muito mais amplo que inclui o direito à subsistência, a melhores condições de vida, a condições de higiene no trabalho e lazer ... Se o direito à subsistência não é tratado como parte integrante do direito constitucional à vida, a forma mais fácil de privar uma pessoa de sua vida seria privá-la de todos os meios

²⁴² Ibidem, pp. 67-68.

²⁴³ Ibidem, p. 68.

necessários à sua subsistência. Uma privação dessa natureza não apenas retiraria da vida da pessoa seu conteúdo e sentido, mas também impossibilitaria essa própria vida, pois descartaria aquilo que torna a vida possível de ser vivida. O direito à vida com dignidade abrange alguns aspectos da vida humana que faz com que a vida valha à pena ser vivida. O conceito ampliado de vida representaria a tradição e patrimônio cultural das pessoas humanas envolvidas.”²⁴⁴

Sobre o direito à saúde e o direito à vida do trabalhador, o Tribunal se manifestou assim:

“24. O direito à saúde do trabalhador é parte integrante do direito à vida; trata-se do direito de não apenas viver no desempenho de sua função, mas também do direito de gozar de boa saúde e vigor corporal, sem os quais o trabalhador levaria uma vida ruim. A ausência de saúde priva o indivíduo de sua subsistência. O trabalhador não deve pagar o preço de ganhar o pão de cada dia com sua própria vida ou saúde em virtude das mazelas econômicas. As ferramentas e as oportunidades previstas no art. 38 devem ser implementadas para proteger a saúde do trabalhador. Consultas e tratamento médico melhoram a saúde do trabalhador, aumenta a produção e a eficiência do trabalho. O tratamento continuado, durante o trabalho ou na aposentadoria, é um dever moral, jurídico e constitucional do empregador e do Estado. ***Assim, julgamos que o direito à saúde e à assistência médica é um direito fundamental garantido pelo art. 21, combinado com os arts. 39, (e), 41 e 43 da Constituição e é um direito que dá sentido e função à vida digna do trabalhador. O direito à vida inclui proteção à saúde e vigor do trabalhador e é o mínimo necessário para viabilizar que a pessoa humana viva com dignidade.***”²⁴⁵

Em decorrência disso, por serem a saúde e o vigor do trabalhador parte integrante do direito à vida, “o Estado, seja a União ou o Governo Estadual ou um setor da indústria, público ou privado, tomarão todas as medidas necessárias para promover a saúde, força e vigor do trabalhador durante o vínculo empregatício e lazer e saúde até mesmo durante a aposentadoria como elementos essenciais para uma vida saudável e feliz.”²⁴⁶

²⁴⁴ Ibidem, pp. 68-69.

²⁴⁵ Ibidem, p. 70; grifo nosso. O Artigo 41 da Constituição diz respeito ao direito ao trabalho, educação e assistência do governo em determinados casos; o Artigo 43 determina que o Estado deverá “procurar assegurar a todos os trabalhadores, por meio de legislação adequada ou organização econômica ou qualquer outra forma, a garantia a um padrão decente de vida e pleno direito de lazer e a oportunidades sociais e culturais para os trabalhadores”, p. 68.

²⁴⁶ Ibidem, p. 70.

Dentre as numerosas diretivas proferidas pelo Tribunal, estava a ordem para que “todas as fábricas abrangidas pela legislação trabalhista (Employees’ State Insurance Act ou Workmen’s Compensation Act entre outros) adotassem seguro de saúde obrigatório para seus empregados”.²⁴⁷

As ações julgadas pelas Supremas Cortes do Canadá e da Índia mostram que, apesar de o direito à saúde não fazer parte do direito interno destes países, o juiz não está desprovido de meios jurídicos para proteger o direito à saúde dos grupos mais vulneráveis:

- *No Canadá, isto foi alcançado em relação ao direito igual de acesso aos serviços de saúde. Neste caso, o direito à igualdade recebeu uma interpretação dinâmica e útil;*
- *Na Índia, por uma interpretação extensiva do direito à vida interpretado à luz de outras disposições constitucionais, entre elas, a da justiça social.*

9. O Papel dos Juízes, Promotores e Advogados na Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Lições Aprendidas

Como foi visto no decorrer deste capítulo, os profissionais do direito têm papel fundamental na promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Papel este que é ainda mais importante para os membros mais vulneráveis da sociedade. Apesar de ainda haver países cujo judiciário reluta em sancionar o desrespeito aos referidos direitos alegando se tratar de questões da esfera do poder executivo, tal inércia, em virtude dos problemas sociais, tem sido considerada um anacronismo, e sobretudo despida de fundamentação jurídica. Sem concluir *todas* as questões relacionadas ao exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais devem ser apreciadas pelo judiciário, este capítulo deixa claro que *muitas* questões devem sim ser apreciadas pelo judiciário e, ao menos que haja instrumentos jurídicos eficientes à disposição, principalmente, dos pobres e oprimidos, estes ou os demais grupos talvez não tenham nenhuma outra alternativa em momentos de desespero se não a de fazer justiça com suas próprias mãos com o intuito de se proteger, como aconteceu no caso da África do Sul.

²⁴⁷ Ibidem, p. 73.

10. Considerações Finais

A amplitude e a complexidade dos direitos econômicos, sociais e culturais foram responsáveis pela necessidade de optarmos por limitar este capítulo à abordagem de apenas alguns dos importantes aspectos dos referidos direitos. Este capítulo mostrou que a opinião consagrada desde a elaboração da Carta das Nações Unidas é a de que os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, estão intimamente relacionados e são necessariamente interdependentes para que atinjam sua plena consecução. Esta abordagem integrada também foi enfatizada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e mantida na jurisprudência de diversos países como ficou demonstrado.

Por meio dos Comentários Gerais, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais forneceu interpretações detalhadas das obrigações assumidas pelos Estados signatários em relação a vários dos direitos previstos pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incrementando, assim, a precisão jurídica do conteúdo normativo dos referidos direitos. Este detalhamento é uma ferramenta valiosa não apenas para os Governos, mas também para os juízes que atuam nos Estados signatários, seja na interpretação, seja na aplicação do Pacto e de outros diplomas legais.

Entretanto, esta versão mais elaborada do conteúdo das obrigações assumidas pelos Estados signatários em relação à proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais deverá, obrigatoriamente, passar de mão em mão, com o firme propósito de fazer cumprir os direitos civis e políticos, porque sem uma proteção efetiva destes últimos, os primeiros não passarão de promessas vazias.



..... **Capítulo 15**
PROTEÇÃO E REPARAÇÃO
PARA VÍTIMAS DE CRIMES
E VIOLAÇÕES AOS
DIREITOS HUMANOS

Objetivos para o Aprendizado

- *Para sensibilizar os participantes sobre os efeitos que os crimes e direitos humanos violados podem causar às vítimas*
- *Para familiarizar os participantes sobre a existência de regras internacionais que governam a proteção e reparação das vítimas de crimes e direitos humanos violados*
- *Para identificar os passos que os Estados devem tomar no sentido de compensar e proteger as vítimas de crimes e direitos humanos violados*
- *Para aumentar a consciência dos participantes sobre sua capacidade, no papel de juízes, promotores e advogados, de protegerem as vítimas de crimes e violações aos direitos humanos*

Questões

- *Quais são as necessidades, problemas e interesses, na sua visão, da vítimas de crimes comuns?*
- *Quais são os tipos de proteção legal e/ou reparação existentes em seu país para vítimas de crimes comuns? Dê exemplos, tais como casos de pessoas que sofreram abusos ou mau tratamento por criminosos comuns?*
- *As vítimas de crimes sofrem algum tipo de problema em especial no país em que você exerce suas atividades profissionais?*
- *Se positivo, quais são e o que vem sendo feito para solucionar a situação?*
- *Há algum grupo de vítimas particularmente vulnerável em seu país, tais como mulheres que sofrem abusos ou crianças?*
- *Se positivo, o que vem sendo feito para protegê-las e denunciar o autor dos abusos?*
- *Quais medidas são tomadas no país que você trabalha, se existirem, para ajudar a proteger outras testemunhas, por exemplo informantes, cujas vidas se ponham em perigo em decorrência de seu testemunho?*

- *Quais são os tipos de proteção legal e/ou reparações existentes em seu país para, entre outros, as seguintes categorias de pessoas no caso de violação de direitos humanos?*
 - detentos que se consideram detidos de forma arbitrária;
 - detentos sujeitos a mau-tratamento, e, em particular, mulheres e crianças;
 - detentos mantidos incomunicáveis;
 - vítimas ou seus dependentes nos casos de raptos ou extermínio;
 - infratores que não obtiveram garantias de devido processo legal durante seu processo judicial;
 - mulheres e crianças sujeitas a abusos, ou ameaças de abusos, por parte do Estado, da sociedade ou em situações domésticas;
 - pessoas discriminadas por conta do sexo, raça ou outras particularidades;
- *As vítimas de violações aos direitos humanos sofrem algum tipo de problema em particular no país em que você exerce suas atividades profissionais?*
- *Se positivo, quais são e o que vem sendo feito para solucionar esta situação?*
- *Há algum grupo de vítimas particularmente vulnerável, neste sentido, em seu país?*
- *Se positivo, quem são, quais são seus problemas e o que vem sendo feito para ajudá-los?*
- *Como vocês vêem seu papel de juizes, promotores e/ou advogados para se garantir proteção e reparações eficazes para vítimas de direitos humanos violados?*
- *Qual sua visão sobre leis de anistia e inimizabilidade que impliquem que os autores de crimes e infratores dos direitos humanos não sejam processados por seus atos ilegais?*

Regras Legais Relevantes

Regras Universais

- Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1966
- Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966
- Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, 1965
- Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher,

1979

- Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, 1984
- Convenção para os Direitos da Criança, 1989
- Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Internacional, 2000, e o Protocolo para Prevenir, Reprimir e Punir o Tráfico de Pessoa, Especialmente Mulheres e Crianças, que completou a Convenção

- Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948
- Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder, 1985
- Declaração de Viena e o Programa de Ação, 1993

Regras Regionais

- Carta Africana sobre Direitos Humanos, 1981
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969
- Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, 1994
- Convenção Européia sobre Direitos Humanos, 1950
- Convenção Européia para Reparação de Vítimas de Crimes Violentos, 1983

Recomendações do Comitê de Ministros No. R (85) 11 para os Estados Membros do Conselho da Europa sobre a Situação da Vítima nas Regras de Lei Penal e Processual, 1985

1. Introdução

O presente capítulo abordará duas questões nitidamente relacionadas, porém distintas, quais sejam a proteção e reparação às vítimas de crimes, de um lado, e a proteção e reparação de vítimas de violações aos direitos humanos, de outro lado. Em termos gerais, crimes comuns são aqueles cometidos por pessoas, na qualidade de entes particulares, contra a lei penal e, a princípio os Governos não são responsáveis pela conduta ilícita em questão. Atos que constituam violações a direitos humanos são cometidos por órgãos ou pessoas agindo em nome ou por parte do Estado, por exemplo, pelo Governo, pelo Poder Legislativo, pelo Judiciário, por promotores, policiais e outras pessoas envolvidas com a aplicação da lei. Porém, como se verá abaixo, também os Governos também podem, em casos específicos, ser responsáveis por atos de certas pessoas. Esses atos podem constituir violações a direitos fundamentais e liberdades protegidas por regras internacionais de direitos humanos e/ou por legislação doméstica constitucional ou ordinária. Todavia, deve-se admitir que a distinção entre as vítimas de crimes comuns e de violações a direitos humanos nem sempre é clara, mas serve como um bom ponto de partida para a apresentação dos problemas legais tratados neste capítulo.

Dito isto, é importante ter em mente, ao longo deste capítulo, que as vítimas de crimes comuns e de violações a direitos humanos têm muitos interesses e necessidades em comum, tais como a possível necessidade de assistência médica, incluindo ajuda em problemas psicológicos, ressarcimento de prejuízos e várias formas de proteção e/ou assistência especiais. Os princípios tratados abaixo em relação às vítimas de crimes em violação aos direitos humanos podem, portanto, ser vistos como mutuamente aplicáveis sempre que se tenha que avaliar as necessidades das vítimas, bem como uma resposta adequada da sociedade a tais necessidades..

Também deve-se notar que, dentro de uma estrutura tão limitada, é impossível descrever e analisar por completo as necessidades das vítimas de crime e violações a direitos humanos, e a resposta às vítimas, incluindo a criação de programas para vítimas. Atenção cada vez maior tem sido dada aos direitos das vítimas nos últimos anos, e significativas pesquisas têm sido feitas que podem ajudar e estimular os operadores do direito, assistentes sociais e outros profissionais que sejam chamados para ajudar as vítimas em sua recuperação dos efeitos adversos dos atos ilegais. Como sugestão de leitura sobre este tópico, veja o **Anexo I**.

A *primeira* parte deste capítulo tratará da proteção e reparação para vítimas de crimes. Como se verá, o direito internacional não regula em detalhes a questão da proteção e reparação para vítimas de crimes comuns, apesar de existirem esforços para aumentar o foco na difícil situação de tais vítimas, a fim de encorajar Governos a prover ajuda e amparo adequados. O capítulo analisará as limitadas regras que existem, na esperança de que possam inspirar novas discussões sobre os problemas das vítimas de crimes, sendo que o propósito

principal é aumentar a atenção dos participantes para seus sentimentos, necessidades e interesses todos os estágios do processo judicial.

Ademais, deve-se notar que os crimes presentes em convenções não são apenas aqueles tradicionais como maus-tratos, assassinato, tráfico, abuso sexual e de outras formas, furto, roubo, entre outros, mas também vários tipos de crimes organizados e corrupção, como também, por exemplo, a nova categoria de crimes eletrônicos¹. Por outro lado, não será possível considerar em detalhes os vários interesses que as diferentes categorias de vítimas possam ter, e o capítulo tratará, apenas, em termos gerais, dos problemas de vítimas de crimes.

A *segunda* parte deste capítulo examinará as regras internacionais que governam o dever legal dos Estados de prover proteção e reparação a vítimas de crimes e violações de direitos humanos. Deste modo, existem algumas regras relativamente claras de cunho internacional no campo dos direitos humanos, que foram esclarecidas de forma substancial pelo precedentes jurisprudenciais de organismos internacionais de monitoração. O capítulo analisará, especialmente, o dever legal dos Estados de assegurar a proteção eficaz dos direitos humanos, e seus deveres específicos para *impedir* violações de direitos humanos, fornecer *soluções domésticas eficazes* contra alegadas violações de direitos humanos de uma pessoa, e *investigar, processar e punir* tais violações e fornecer *reparação* à vítima. O capítulo discutirá também a questão da *impunidade* para violações dos direitos humanos. Por último, fará as recomendações a respeito do papel das profissões operadoras do direito para fornecer a proteção e a reparação para vítimas de crimes e violações aos direitos humanos, concluindo com algumas considerações finais.

2. Proteção e Reparação para Vítimas de Crimes

2.1 Regras Legais Relevantes

2.1.1 O nível Universal

¹ Sobre uma convenção internacional sobre este tema, *Convenção sobre Ciber-crime* (ETS No. 185) assinada em Budapeste em 23 de Novembro de 2001. A Convenção está aberta para assinaturas aos Estados partes do Conselho da Europa e outros que participaram de sua elaboração, e está aberta a acesso a outros Estados. É necessário 5 ratificações de pelo menos 3 Estados membros do Conselho da Europa para colocá-lo em vigor. Até 23 de junho de 2003, somente a Albânia havia ratificado a Convenção. Veja mais em: <http://conventions.coe.int>

-
- ² Veja documento ONU E/CN.15/1997/16, Uso e aplicação da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder, visto pelo Secretário Geral, par. 1.
- ³ Documento ONU A/CONF.144/20, Anexo, Guia para os Profissionais do Direito sobre Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder (referido a seguir como documento ONU A/CONF.144/20, Anexo, Guia para Profissionais do Direito).
- ⁴ Documento ONU A/CONF.144/20
- ⁵ Documento ONU A/CONF.144/20, Anexo, Guia para Profissionais do Direito, p. 3, par. 1
- ⁶ *Ibid.*, p.3, par. 2.
- ⁷ Veja ETS No. 116, Escritório de Tratados em <http://conventions.coe.int>
- ⁸ Veja o Relatório Explicativo sobre a Convenção Europeia sobre Reparação de Vítimas de Crimes Violentos, <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/116.htm> (website do Conselho da Europa), p. 1, par. 1 (doravante Relatório Explicativo). Contudo, este Relatório Explicativo “constitui um instrumento com interpretação autorizada sobre a Convenção para facilitar as disposições contidas” par. II.
- ⁹ *Ibid.*, p. 3, par 7.
- ¹⁰ *Ibid.*, p.1, par. 1.
- ¹¹ *Ibid.*, p.2, par. 3.
- ¹² Parágrafos quinto e sétimo do preâmbulo.
- ¹³ Parágrafos segundo, terceiro e quarto do preâmbulo.
- ¹⁴ Parágrafo sexto do preâmbulo.
- ¹⁵ Relatório Explicativo, p. 6, par 20.
- ¹⁶ Documento ONU A/CONF.144/20, anexo, Guia aos Profissionais do Direito, p. 3, par. 5.
- ¹⁷ *Ibid.*, p. 3, par. 6.
- ¹⁸ *Ibid.*, loc. cit.
- ¹⁹ *Ibid.*, p. 4, paras. 7-8 e 11.
- ²⁰ *Ibid.*, p.4, par 9.
- ²¹ *Ibid.*, veja p. 10, par. 31.
- ²² *Ibid.*, p. 10, par. 36.
- ²³ *Ibid.*, p; 11, par. 38.
- ²⁴ *Ibid.*, p. 11, par. 39-41.
- ²⁵ *Ibid.*, p. 11, par. 39.
- ²⁶ *Ibid.*, p. 11, par. 41.
- ²⁷ *Ibid.*, loc. cit.
- ²⁸ *Ibid.*, p. 14, par. 51.
- ²⁹ *Ibid.*, p. 14, par. 52.
- ³⁰ *Ibid.*, p. 15, par. 54.
- ³¹ *Ibid.*, loc. cit.
- ³² *Ibid.*, veja p. 15, par. 55.
- ³³ *Ibid.*, loc. Cit
- ³⁴ *Ibid.*
- ³⁵ *Ibid.*, p. 15, paras. 56-57
- ³⁶ *Ibid.*, p. 15, para. 57
- ³⁷ Nos casos em que a conduta criminal tenha causado “danos substanciais ao ambiente, a restituição, se pedida, deve incluir a restauração do ambiente, reconstrução da infra-estrutura, recolocação de bens públicos e reembolso de despesas, sempre que tais danos causarem um remanejamento da comunidade” (parágrafo 10 da Declaração dos Princípios Básicos). Em tais casos, restituição pode ser um forte meio para encorajar produção ecológica de novidades, prevenindo futuros desastres. Outro ponto é o transporte de produtos tóxicos ou que sejam prejudiciais ao ambiente devem utilizar meios próprios de transporte. No entanto, na hipótese de incêndio de grandes proporções, a restituição é apenas ilusória.
- ³⁸ Documento ONU A/CONF.144/20, anexo, Guia aos Profissionais do Direito, p. 21, par 83.
- ³⁹ Relatório Explicativo , p. 5, par. 16.
- ⁴⁰ *Ibid.*, p. 5, par. 17,
- ⁴¹ *Ibid.*, p. 5, par. 18.
- ⁴² *Ibid.*, p. 5, par. 19.
- ⁴³ *Ibid.*, loc. cit.
- ⁴⁴ *Ibid.*, veja p. 6, par. 21.
- ⁴⁵ *Ibid.*, p. 7, par. 25.
- ⁴⁶ *Ibid.*, p. 7, par. 27.
- ⁴⁷ *Ibid.*, p. 7, par. 28.
- ⁴⁸ *Ibid.*, loc. cit.
- ⁴⁹ *Ibid.*, p. 8, par. 28.
-

Como não há nenhuma convenção universal que trata dos direitos das vítimas de crimes comuns, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou, em 1985, a **Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder**, cujo texto fora aprovado pelo Sétimo Congresso das Nações Unidas a Prevenção de Crimes e Tratamento de Infratores². Para promover a implementação, um **Guia para os Profissionais do Direito a Respeito da Implementação da Declaração** foi produzido³, e Comitê Econômico e Social das Nações Unidas, pela resolução 1990/22 de 24 de Maio de 1990, conclamou o Oitavo Congresso das Nações Unidas a Prevenção de Crimes e Tratamento de Infratores a dar ampla distribuição ao Guia⁴.

A Declaração define a noção de vítima de crime e abuso de poder e especifica os direitos específicos de acesso à justiça e tratamento justo, restituição, reparação e assistência. No tocante a vítimas de abuso de poder, o assunto será tratado na seção 3 *infra*.

Como foi ressaltado no Guia para Profissionais do Direito, os princípios básicos contidos na Declaração “aplicam-se, sem discriminação, a todos os países, em qualquer estágio de desenvolvimento e em todos os sistemas, como também a todas as vítimas”⁵. Desta maneira, eles “atribuem correspondentes responsabilidades aos governos centrais e locais, àqueles responsáveis pela administração da justiça penal e a outras agências que venham a ter contato com a vítima, bem como aos profissionais”⁶. O parágrafo 3º da Declaração dispõe expressamente que:

“As disposições contidas neste capítulo serão aplicáveis a todos, sem distinção de qualquer tipo, tal como raça, cor, sexo, idade, língua, religião, nacionalidade, opinião política ou de outra natureza, crenças ou práticas culturais, propriedade, condição de nascimento ou de família, origem étnica ou social, e incapacitação física”.

⁵⁰ Ibid., p. 8, par. 29.

⁵¹ Ibid., p. 8, par. 30.

⁵² Ibid., p. 8, par. 31.

⁵³ Ibid., p. 8-9, par. 32.

⁵⁴ Ibid., p. 9, para. 34.

⁵⁵ Ibid., p. 9, para. 35.

⁵⁶ Ibid., p. 9, para. 36.

⁵⁷ Ibid., p. 9, para. 37.

⁵⁸ Ibid., p. 9, para. 38.

⁵⁹ Ibid., p. 9, para. 39.

⁶⁰ Ibid., loc. cit.

⁶¹ Ibid., p. 10, par. 42.

⁶² Ibid., loc. cit.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Documento ONU A/CPNF.144/20, anexo, Guia aos Profissionais do Direito, p. 23, par 92.

⁶⁵ Ibid., p. 25, paras. 99-100.

⁶⁶ Ibid., p. 25, paras. 101-102.

⁶⁷ Ibid., p. 25, para. 104.

⁶⁸ Ibid., p. 25, para. 107.

Por último, é interessante notar que, apesar de não estar em vigor em 24 de Junho de 2002, a *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Internacional*, adotada pela Assembleia Geral em 15 de novembro de 2000, contém regra específica em seu art. 25 sobre “Assistência e proteção às vítimas”. O art. 6 do *Protocolo para Prevenir, Reprimir e Punir o Tráfico de Pessoa, Especialmente Mulheres e Crianças*, complementando tal convenção, contém regras mais detalhadas sobre “Assistência e ajuda para vítimas de tráfico de pessoas”. O texto destes documentos poderão ser encontrados no Anexo 2. Contudo, como em 24 de junho de 2002 a Convenção contra o Crime Organizado Internacional contava com apenas 15 dos 40 países necessários para ratificá-la e colocá-la em vigor, ela não será tratado neste capítulo. Até a mesma data, o Protocolo havia sido ratificado por 12 países.

2.1.2 O nível regional

No nível regional, os Estados Parte do Conselho da Europa celebraram, em 1983, a *Convenção Europeia para Compensação de Vítimas de Crimes Violentos*, que iniciou sua vigência em 1º de fevereiro de 1988. Em 23 de junho de 2002, ela tinha conseguido um total de quinze ratificações e adesões⁷. Este tratado foi elaborado em resposta a um aumento da consciência de que o auxílio a vítimas "deve ser uma preocupação constante das políticas de combate ao crime, juntamente com as medidas penais aos criminosos. Tal auxílio inclui medidas para atenuar os danos psicológicos bem como para recompor danos físicos das vítimas⁸." Também se considerou necessário compensar a vítima " a fim de pacificar o conflito social causado pela ofensa e facilitar a aplicação de políticas racionais e eficazes de combate ao crime⁹".

Uma das preocupações da Convenção era criar um esquema de compensação que permitisse aos Estados agirem e compensarem a vítima, ou seus dependentes, os quais raramente obtinham alguma reparação, na prática, pela não apreensão, desaparecimento ou falta de meios do criminoso¹⁰. Outro ponto de preocupação foi o de dar proteção aos estrangeiros que se deslocavam entre os Estados Partes do Conselho da Europa¹¹.

O Comitê Europeu de Problemas Criminais do Conselho da Europa deve “manter-se informado sobre a aplicação da Convenção” e os Estados Parte devem transmitir ao Secretário-Geral do Conselho “qualquer informação relevante sobre a legislação própria ou outras normas que se relacionem com a Convenção” (art. 13).

Para mais detalhes sobre os princípios estabelecidos por esta Convenção, que é limitada a *compensações*, veja abaixo os subitens 2.2 e 2.4.3.

Em virtude das *Recomendações No. R (85) 11 sobre a Situação da Vítima no Arcabouço da Lei Penal e Processual*, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa ampliou a necessidade de se protegerem as vítimas que possam sofrer danos físicos, psicológicos, materiais e sociais cujas necessidade “devam ser consideradas de forma abrangente, em todos os estágios do processo criminal¹²”. O preâmbulo da Recomendação dispõe que a operação do sistema judiciário penal “às vezes costumam aumentar ao invés de diminuir os problemas da vítima”, que “a satisfação das necessidades da vítima e a

salvaguarda de seus interesses devem ser função fundamental do judiciário penal, e que “é igualmente importante aumentar a confiança da vítima na justiça criminal e encorajar sua cooperação, especialmente na qualidade de testemunha”¹³. Além disso, medidas para ajudar as vítimas “não têm necessariamente que estar em conflito com outros objetivos da justiça penal e seus procedimentos, tais como o reforço de normas sociais e a reabilitação de criminosos, mas podem ajudar na conquista de uma eventual reconciliação entre o condenado e a vítima”¹⁴. O membro dos Estados do Conselho da Europa foram solicitados a “rever suas legislações” de acordo com as regras contidas na Recomendação em relação a:

- força policial
- promotoria
- audiência às vítimas
- procedimentos judiciais
- etapa de cumprimento da decisão
- proteção à privacidade
- proteção especial da vítima
- formas de resolução de conflitos
- pesquisa

As recomendações referentes aos primeiros sete destes estágios de administração da justiça penal serão tratadas abaixo, dentro do contexto apropriado. Por outro lado, este capítulo não analisará a solução de conflitos nem a promoção de pesquisa adicional na área. Deve-se notar, ainda, que a mediação entre o criminoso e a vítima poderá, especialmente em casos de crimes de menor potencial ofensivo, ser uma boa maneira de se obter justiça e lidar com comportamento anti-social. Todavia, as vantagens e desvantagens de se recorrer a um esquema de resolução de conflitos no campo da justiça penal é uma discussão multifacetária que foge aos interesses deste capítulo.

2.2 A noção de vítima

De acordo com o parágrafo 1 da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder, o termo “vítimas”

“significa as pessoas que, individualmente ou coletivamente, sofreram algum dano, incluindo lesão física ou mental, sofrimento emocional, perda econômica ou perda substancial de seus direitos fundamentais, com atos ou omissões decorrentes da violação das leis penais dentro dos Estados Parte,

incluindo aquelas leis contra o abuso criminoso de poder”.

Esta definição abarca várias categorias de prejuízos sofridos por pessoas em consequência da conduta criminal, abrangendo do dano físico e psicológico ao financeiro, com como outras formas de danos a seus direitos, independentemente de ser, o prejuízo ou danos em questão, consequência de um ato realizados ou de uma omissão.

Importante notar, de acordo com o parágrafo 2 da Declaração, a pessoa pode ser considerada como vítima “independentemente do o criminoso ser identificado, preso, processado ou condenado e da relação familiar entre ele e a vítima”. De acordo com o mesmo artigo:

“O termo”vítima” inclui, quando for o caso, os familiares diretos ou dependentes da vítima imediata e pessoas que sofreram algum dano ao intervirem para ajudar vítimas abaladas ou prevenir sua vitimização.”

Por último, como informado na subseção 2.1.1 supra, as disposições da Declaração, em total coerência com o princípio da igualdade e com a proibição de discriminação sob as regras dos direitos humanos internacionais tratados no capítulo 13 deste Manual, são, de acordo com o parágrafo 3, aplicável a todos, sem distinção de qualquer tipo enumerados no parágrafo ou em outras disposições.

A Convenção Européia para Compensação de Vítimas de Crimes Violentos não contém definição certa sobre o conceito de “vítima” e, como está claro pelo seu título, suas regras são um tanto quanto limitadas, na medida em que obrigam o Estado a prover reparação a vítimas de crimes somente quando “reparação proveniente de outras fontes não estiver disponível plenamente”. Além disso, somente as seguintes categorias de vítimas podem se qualificar à reparação:

- “aquelas que sofreram lesões corporais graves ou problemas de saúde diretamente atribuídos a crimes dolosos e com violência”, e
- “os dependentes da vítima que tenha morrido em virtude de tal crime” – artigo 2(1)(a) e (b).

Todavia, para fins desta Convenção, a vítima pode ser uma pessoa que tenha sofrido lesões ou sido morta ao tentar impedir o ato ou “ao ajudar a polícia a impedir o delito, prender o criminoso ou ajudar a vítima”¹⁵.

Como esclarecido no capítulo 2, a Convenção não dá direito a compensação no caso de crimes em geral, mas apenas em crimes com violência, nem prevê outros tipos de

auxílio e assistência para as vítimas. Esta estrutura bastante limitada tende a diminuir o impacto que a Convenção poderia ter em auxiliar as vítimas de crimes, auxílio este que deveria estar disponível no sistema penal. Todavia, as Recomendações do Comitê de Ministros sobre a Situação da Vítima na Estrutura de Lei Penal e Processual (1985), apesar de não ser de observância obrigatória, adota uma abordagem de cunho mais holístico para os problemas enfrentados pelas vítimas, uma abordagem sob a perspectiva da vítima cobrindo todos as etapas dos procedimentos judiciais, do caráter policial ao de repressão, e leva em consideração a possível necessidade de proteção especial para a vítima.

É importante que os operadores do direito estejam cientes de que o impacto nas vítimas do crime não se restringe necessariamente a lesões físicas ou perdas materiais, mas pode também incluir a "perda de tempo para obter a reparação financeira e em substituir bens danificados"¹⁶. Ademais, sob o aspecto psicológico, as vítimas podem se tornar descrentes, uma reação que pode ser seguida de um estado de choque, desorientação e até medo e raiva¹⁷. De fato, ao procurarem explicação para o crime, as vítimas podem se sentir culpadas pelo ocorrido¹⁸. Apesar das pessoas reagirem de forma diferente ao crime e de nem todas sofrerem por longos períodos, reações emocionais podem afetar a todos e uma falta de resposta ou uma resposta inadequada a estas emoções por parte das autoridades pode exacerbar sentimentos de medo e raiva.¹⁹ Como visto no Guia dos Profissionais do Direito,

“Uma resolução de conflitos pacífica e ordenada depende de se demonstrar compaixão e respeito pela dignidade da vítima por meio do atendimento às suas expectativas.”²⁰

2.3 Tratamento das vítimas na administração da justiça

As tentativas feitas até o momento no espectro internacional para melhorar a posição das vítimas na administração da justiça são reconhecimento do fato de que os sistemas nacionais da justiça têm focalizado frequentemente no criminoso e em seu relacionamento com o Estado, com a exclusão de direitos, necessidades e interesses das vítimas. Embora a lei internacional seja ainda rudimentar neste campo, alguns princípios úteis foram desenvolvidos e serão tratados abaixo dentro da ordem lógica de sua relevância para o funcionamento prático da administração da justiça.

Pode-se dizer que a preocupação fundamental deveria ser, de modo geral, assegurar que aqueles cujos direitos tenham sido violados de alguma forma sintam que a justiça foi feita. É importante, portanto, ter em mente que, a fim de se evitar desolação adicional às vítimas do crime, todos que trabalham no sistema criminal devem mostrar o respeito e a compreensão com seus interesses e necessidades. Indiferença e falta de consideração podem levar as vítimas um sentimento de tristeza e desapontamento²¹.

Para assegurar justiça às pessoas que se tornam vítimas, também é vital implantar e fortalecer um bom sistema de administração judiciária. Como nota o parágrafo 5 da Declaração dos Princípios Básicos, vítimas deveriam poder “obter reparação através de procedimentos formais e informais céleres, justos, barato e acessível”. De acordo com o mesmo dispositivo, as vítimas “devem ser informadas dos seus direitos ao buscarem reparação através de tais mecanismos”. Como se verá abaixo, este dever de informar constitui parte essencial das atribuições dos órgãos de segurança pública em relação às vítimas de crimes.

2.3.1 Tratamento das vítimas pela polícia

Depois de um crime ser cometido, o primeiro contato da vítima com o sistema judicial se dá normalmente através da força policial, e este contato permanece por longo tempo no processo. A resposta policial neste primeiro encontro tem um impacto decisivo na atitude da vítima sobre a justiça penal. Seu papel é de suma importância neste estágio inicial²²

A Declaração de Princípios Básicos fornece pouco balizamento sobre conduta policial, apesar do parágrafo 4 determinar que as vítimas “devem ser tratadas com compaixão e respeito por sua dignidade”, o que deverá ser observado pela polícia. A única referência explícita a polícia está no parágrafo 16, segundo a qual o corpo policial constitui um dos grupos que deveriam receber treinamento para as necessidades das vítimas e orientação para assegurar a ajuda pronta e apropriada.

Todavia, de acordo com o parágrafo 6, que deve ser entendido como aplicável também às investigações policiais, “a efetividade dos processos judiciais e administrativos em satisfazer as necessidades da vítima deveriam ser facilitados por”, dentre outros,

- “Informações às vítimas de seu papel e objetivos, bem como do tempo e evolução do procedimento e do arquivamento de seus casos, especialmente quando se tratar de crimes graves e quando tiverem pedido tal informação” - parágrafo 6(a);
- “Encorajamento a que a visão e preocupações das vítimas sejam apresentadas e consideradas nos momentos processuais próprios quando seus interesses pessoais forem afetados, sem prejuízo para o acusado e em consonância com o sistema judicial criminal.” – parágrafo 6(b);
- “Oferecimento de assistência apropriada para as vítimas ao longo do processo judicial” – parágrafo 6(c).

De acordo com Recomendação do Conselho Europeu sobre a Situação de Vítima:

- “Policiais devem ser treinados para tratar as vítimas de uma forma considerada, construtiva e animadora”. Parte IA, parágrafo 1;
- “O policial deve informar a vítima sobre a possibilidade de obter assistência,

aconselhamento jurídico e aconselhamento prático, indenização do criminoso e do Estado” – Parte IA, parágrafo 2;

- “A vítima deve ter o direito de obter informação sobre o resultado da investigação policial” – Parte IA, parágrafo 3;
- “Em qualquer ofício dirigido à promotoria, o policial deve descrever de modo claro e completo todas as lesões e perdas sofridas pela vítima” – Parte IA, parágrafo 4.

Diante destas disposições, um *primeiro* aspecto importante do papel da polícia é demonstrar cortesia e respeito. Eles também devem cuidar para que a vítima sinta “que o caso está sendo considerado de forma individual e própria”. Conseqüentemente, para prevenir sensação de frustração entre as vítimas, ou elevação do medo, insegurança e raiva, o policial deve evitar passar a impressão de que o crime é trivial ou que não está sendo levado a sério²³. Respeito, compaixão e compreensão das vítimas deve ser a marca da conduta policial, incluindo a tendência de conversar com a vítima de maneira compreensível, evitando jargões profissionais se possível.

Segundo, o policial deve saber informar às vítimas como elas podem obter ajuda, reparação e outros tipos de assistência. Para tanto, eles podem dirigir as vítimas a agências oficiais de auxílio e devem prestar informações de forma escrita e oral, uma vez que a vítima, neste estágio, deve estar nervosa e pode não entender tudo aquilo que é dito²⁴. Neste sentido, o policial deve re-assegurar e dar ênfase que o crime não é tolerado²⁵ e que eles farão o melhor para garantir uma investigação do crime.

Um *terceiro* aspecto importante para a polícia é transmitir para a vítima várias informações essenciais sobre o processo criminal. A contínua prestação de informações que seja relevante para a vítima e seus interesses é de fundamental importância para assegurar o seu envolvimento nos procedimentos judiciais, um aspecto que não vem sendo observado na esfera penal. Em particular, as vítimas necessitam de informações adequadas sobre seu papel no processo²⁶. Novamente, todas as informações devem ser fornecidas de forma escrita e falas às vítimas. Para este fim, guias bem escritos podem ser suficientes²⁷.

Com relação à informação, é importante reiterar que, de acordo com as Recomendações do Conselho da Europa sobre a Situação da Vítima, a vítima deve poder receber informações sobre a investigação e, por fim, “em qualquer informação prestada à promotoria, o policial deve informar as lesões e os danos de forma clara e completa”. Ambos os pontos são importantes para assegurar que as autoridades competentes estejam dando a atenção necessária para o problema. A falta em prestar informações sobre o resultado da investigação policial pode minar a confiança no sistema legal e sua capacidade de lidar com crimes e seus efeitos. Além disso, a menos que a promotoria já possua detalhes suficientes sobre o crime e as vítimas envolvidas, provavelmente ela não poderá avaliar a gravidade do fato delituoso, que pode fazer com que a vítima se sinta prejudicada ou perca a confiança no sistema judicial.

A polícia deve sempre demonstrar respeito e cortesia em relação à vítima de crime.

A polícia deve fornecer às vítimas dos crimes informação sobre auxílio disponível, assistência e reparação pelas lesões e perdas sofridas em decorrência do crime.

A polícia deve compartilhar outras informações relevantes com as vítimas, incluindo o papel que elas possam exercer no processo judicial penal.

A polícia deve informar as vítimas sobre o resultado da investigação, detalhando o efeitos ou efeitos que o crime em questão geraram e continuarão a gerar sobre as vítimas respectivas.

Ao tratar as vítimas com respeito e consideração, e compartilhando informações relevantes sobre crime, a polícia ajuda a promover a confiança no sistema judicial.

2.3.2 Tratamento da vítima pela promotoria

Assim como no caso da polícia, a Declaração de Princípios Básicos não trata de forma expressa como a promotoria deve lidar com as vítimas do crime, mas os mesmos princípios gerais são válidos. Assim, o promotor deve tratar a vítima “com compaixão e respeito por sua dignidade”, e mantê-las informadas sobre seu papel, progresso e perspectivas dos procedimentos e resultado das investigações. Mais ainda, pelas mesmas razões acima descritas, deve-se permitir às vítimas expressarem suas visões e preocupações.

De acordo com as Recomendações do Conselho da Europa sobre a Situação da Vítima:

- “A decisão sobre processar o criminoso não deve ser tomada sem antes ouvir as questões sobre reparação da vítima, incluindo qualquer esforço verdadeiro feito para tal fim pelo denunciado” – Parte. IB, parágrafo 5;
- “A vítima deverá ser informada sobre a decisão final relacionada ao oferecimento da denúncia, a menos que não queira receber tal informação” – Pare. IB, parágrafo 6;
- “A vítima deve ter o direito de pedir a revisão da decisão de não processar o ofensor, ou o direito de instituir ação penal privada” – Parte IB, parágrafo. 7.

Como visto no Guia dos Profissionais do Direito, a justiça penal é diferente em cada país, e bem assim o papel da vítima. Por exemplo, em alguns países a vítima pode servir

apenas como testemunha da promotoria, enquanto que em outros ela pode iniciar uma ação penal²⁸. De qualquer modo, independente de qual sistema judicial seja, a questão de informação às vítimas – como demonstrado pela Declaração de Princípios e Recomendações da Situação das Vítimas – segue tendo fundamental importância para os procedimentos, também quando o caso está nas mãos da promotoria. Além das informações gerais que o promotor possa dar à vítima, algum material específico também deve ser fornecido sobre seu caso. Para permitir que as vítimas tenham um papel útil na investigação, e prevenir desilusões com a justiça penal, as informações da promotoria devem ser relevantes e adequadas²⁹.

É particularmente importante "que as vítimas acreditem que seu caso foi inteira e cuidadosamente considerado, e que tenham confiança na decisão tomada de iniciar ou não o processo³⁰". Como reconhecido do lado Europeu, também é importante que as vítimas estejam insatisfeitas com decisão de não processar tenham o direito de pedir a revisão de tal decisão ou iniciar um processo próprio. Com relação ao direito de revisão, diferentes mecanismos têm sido tomados na prática tais como revisão promotores superiores, pelo tribunal ou por um "ombudsman". Outra possibilidade é a ação penal privada³¹.

Os promotores sempre devem demonstrar respeito e cortesia com as vítimas dos crimes.

Os promotores também devem manter as vítimas informadas sobre seu papel na investigação, progresso e efetividade dos procedimentos.

Os promotores também devem informar as vítimas sobre o resultado da investigação a não ser que, no âmbito europeu, a vítima tenha indicado que não quer receber esta informação.

Quando a promotoria decide não processar o ofensor, a vítima deve ter o poder de rever tal decisão ou instalar uma ação penal privada.

2.3.3 Audiência das vítimas durante o processo penal

O dever de tratar as vítimas de crimes "com compaixão e respeito pela sua dignidade" (Princípio 4 da Declaração dos Princípios Básicos) é particularmente relevante no âmbito do depoimento das vítimas, seja ele conduzido pela polícia, promotor ou juiz. Depor em juízo pode ser uma experiência intimidadora, especialmente se a vítima nunca teve contato a justiça criminal³². Assistência específica às vítimas pode ser útil "para assegurar que a vítima sinta que participou adequadamente e que a justiça obtenha provas de boa qualidade"³³. Assistência especial às vítimas que tenham que testemunha em juízo pode ter um valor especial nos casos de estupro e abuso de menores. O uso de assistentes sociais treinados, vídeos gravados ou transmissões diretas de vídeo conferência podem ajudar neste aspecto, como também assistência jurídica para que as vítimas tenham seu próprio advogado.

Isto tem importância especial quando o procedimento civil é concomitante ao o criminal³⁴.

De acordo com a Recomendação do Conselho da Europa sobre a Situação da Vítima, a vítima deve, em todas as fases do procedimento, “ser questionada de forma a considerar sua situação pessoal, seus direitos e sua dignidade. Sempre que possível, as crianças, bem como as pessoas com deficiência mental, devem ser ouvidas na presença de seus pais, tutores ou outras pessoas habilitadas a assisti-las” (Parte IC, para. 8).

Além daquelas categorias de crimes supra citadas, dentre as pessoas que podem necessitar de ajuda e auxílio compreendem-se aquelas relacionadas ao crime de tráfico, atos criminosos relacionados à discriminação racial ou decorrentes de terrorismo. Sempre que a vítima for, por exemplo, um estrangeiro e não souber falar a língua local, deve-se dar atenção especial para que sejam tratadas com dignidade e que as informações relevantes sejam passadas no em um idioma que possa ser compreendido. Também deve ser fornecida ajuda especial para vítimas que pertençam a grupos de minorias.

O interrogatório realizado pela polícia, promotoria ou juiz deve ser feito com compaixão e respeito, de forma a enaltecer a dignidade da vítima. Também deve ser dado cuidado especial à vítima quando esta participar de audiência judicial, para que ela se sinta encorajada e pois exerça um papel adequado no processo.

Pode ser necessária ajuda especial para vítimas de crimes relacionados a sexo, abuso de menores, tráfico, terrorismo, contra estrangeiros, minorias ou pessoas com deficiências.

2.3.4 O procedimento judicial e as vítimas

O parágrafo 6 da Declaração de Princípios também cobre os procedimentos judiciais, o que significa que as vítimas, por exemplo, sejam informadas das datas e tipos de trabalhos que serão realizados e o papel delas. Como visto na seção anterior, é importante dar assistência especial neste estágio também. Tal ajuda está disposta no parágrafo 6(c) da Declaração. Também é importante evitar que as vítimas sofram atrasos desnecessários na resolução do caso (parágrafo 6(e)).

De acordo com o Conselho da Europa sobre a Situação da Vítima, a vítima deve ser informada

- da data e lugar onde será processado o crime;
- de suas oportunidades para obter restituição e reparação através do processo penal, bem como assistência legal e social;

- de como ele pode ter conhecimento do resultado do processo” (Parte ID, para. 9).

“A justiça penal deve ter o poder de determinar compensação da vítima pelo criminoso” e a “legislação deve prever reparação seja a sanção penal, ou um substituto à sanção ou algo em acréscimo à sanção penal” (Parte ID, paras. 10-11).

Para dar confiança ao sistema legal, o juiz responsável deve tomar medidas para que as vítimas tomem conhecimento do julgamento e que suas visões sejam transmitidas adequadamente em juízo. As vítimas devem ser notificadas sobre atrasos ou suspensão do processo e o que devem fazer para obterem a sentença. É essencial que o juiz informe as vítimas sobre seus direitos relacionados à reparação e restituição para que elas possam, de forma correta, formular seus pedidos adequadamente.

As vítimas devem ser informadas sobre a data e lugar dos procedimentos e do crime relacionado e deve ser informada de qualquer atraso ou suspensão do processo.

As vítimas devem ser regularmente informadas sobre o direito de obter restituições ou compensações decorrentes do crime.

As vítimas devem ser informadas como proceder para obter uma cópia da sentença relativa ao crime.

2.3.5 O direito da vítima de manter sua privacidade e segurança

De acordo com o parágrafo 6 (d) da Declaração dos Princípios Básicos, as responsabilidades dos procedimentos administrativos e judiciais devem ser facilitadas pela:

“Tomada de medidas para diminuir inconvenientes às vítimas, proteger sua privacidade e, quando necessário, protegê-las, bem como à sua família e sua testemunha, de qualquer ato de intimidação ou retaliação”.

Neste aspecto, o Conselho da Europa sobre a Situação da Vítima determina que:

“Políticas de relações públicas e divulgação de informações sobre as investigações e julgamento de condutas criminosas deve considerar adequadamente a necessidade de se proteger a vítima contra qualquer publicidade que afete indevidamente sua privacidade ou dignidade. Se o tipo de crime ou situação da vítima fizer com que ela necessite de tal

segredo de justiça ou então quaisquer publicações ou divulgação de informações pessoais devem ser restritas ao mínimo necessário” (Parte IF, para. 15).

Também é recomendado que, “sempre que parecer necessário, especialmente quando crime organizado é envolvido, a vítima e sua família devem receber proteção especial contra riscos, retaliações e intimidações dos criminosos” (Parte IG, para. 16).

Enquanto a publicidade é importante para educar profissionais legais ou o público sobre os efeitos nas vítimas, pode se tornar também um prejuízo para vítima e sua identidade deve ser preservada³⁵. A publicidade pode ter efeitos devastadores no caso de abuso sexual, incluindo abuso infantil, como também no caso de crime organizado e terrorismo quando a notoriedade pode colocar pessoas em perigo. Como regra, antes de se publicar as informações, deve se obter o consentimento da vítima³⁶.

Sempre que a segurança da vítima, testemunhas e suas famílias estiverem em perigo por conta de retaliação, talvez não seja suficiente guardar segredo sobre a identidade. As autoridades judiciais deverão tomar medidas adicionais, como não divulgar certas informações e dar proteção especial. Em casos particulares, talvez seja necessário manter sigilo do processo judicial, apesar de que os direitos humanos internacional criem restrições para este tipo de decisão (veja art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, artigo 8(5) da Convenção Americana dos Direitos Humanos e artigo 6(1) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos). Em casos extremos, as autoridades devem prestar guarda policial para as vítimas, bem como para seus parentes e testemunhas.

Sempre que necessário, as autoridades competentes devem proteger a privacidade das vítimas e a integridade delas, de seus familiares e de testemunhas para evitar retaliações e intimidações.

Proteção especial para o direito de privacidade e proteção são indicadas no caso de abuso sexual, crime organizado e terrorismo.

Como regra, é sempre preferível obter o consentimento das vítimas antes de publicar seu nome na mídia.

2.4 Restituição, reparação e assistência às vítimas de crimes

2.4.1 Visão geral

Sobre a questão da restituição, reparação e assistência a vítimas de crimes deverão, necessariamente, ser expostas em termos gerais no presente contexto, já que os problemas são bastante complexos e necessitam de análises profundas. Esta seção, assim, é limitada a determinar os princípios gerais que devem ser observados pelas autoridades para

dar um senso de justiça às vítimas, cujas necessidades variam de acordo com crime cometido, o lugar e a situação particular de cada uma.

2.4.2 Restituição

De acordo com o parágrafo 8 da Declaração dos Princípios da Justiça:

“Criminosos ou outras pessoas responsáveis por seu comportamento, quando for o caso, deverão realizar uma restituição correta para a vítima, familiares e dependentes. Tal restituição deve incluir o retorno de bens e pagamentos de perdas, reembolso de custos relacionados ao crime, como os serviços para restaurar os direitos”

O Parágrafo 9 dita que “o Governo deve rever sua práticas, regulamentos e leis no que concerne à restituição como uma opção em casos penais, em adição a outras sanções”.

O termo “restituição” significa neste contexto que o ofensor devolva à vítima os direitos violados pelo ato ilegal. A restituição, obviamente, só é possível quando o objeto do crime ainda está disponível. Restituição, assim, não é viável em casos de assassinato, já que não há como devolver direitos.

Em adição ao pagamento por conta das perdas e lesões sofridas e da restituição da propriedade, a vítima pode reclamar o pagamento de certos custos. Tais reclamações devem observar uma lista clara de custas que sejam relacionadas com crime em si³⁷.

Sempre que possível, as pessoas responsáveis pelo cometimento do crime devem restituir a vítima de forma correta por conta de suas perdas e lesões. Através disto, o criminoso restabelece o direito violado da vítima.

2.4.3 Reparação

Independentemente se o Estado fornece reparação, a restituição financeira a partir do criminoso por conta de lesões físicas e psicológicas tem um elemento importante na consciência da vítima i porque é “vista como um reconhecimento do dano causado à vítima”. Quando um pedido deste é feito perante a justiça, “também é um considerado um simbolismo do Estado para a vítima”³⁸. Este tipo de reconhecimento pode ter um importante papel na melhoria da vítima e sua confiança na justiça penal.

Sobre este assunto, o parágrafo 12 da Declaração dos Princípios Básico determina que “quando a reparação não está completamente disponível do criminoso, o

Estado deve promover uma restituição financeira para:

- a. Vítimas que sofreram lesões corporais significativas, danos psicológicos ou de saúde relacionados ao crime;
- b. A família, em particular os dependentes das pessoas que foram mortas ou se tornaram física e mentalmente incapazes de tal crime.”

Por último, o parágrafo 13 da Declaração, diz que “o estabelecimento, reforço e expansão de fundos nacionais devem ser encorajados. Quando possível, outros fundos pode ser criados para este propósito, incluindo naqueles casos em que o Estado cuja a vítima é cidadã não pode compensá-la.”

De acordo com o art. 1 da Convenção Européia para Reparação de Vítimas de Crimes , os Estados devem “tomar as medidas necessárias para efetivar os princípios da Parte I desta Convenção”. Isto quer dizer que “quando a reparação não é disponível a partir de outras fontes, o Estado deve contribuir para compensar:

- a. àqueles que sofreram lesão corporal grave ou problemas de saúde relacionados com a violência do crime;
- b. os dependentes da vítima que faleceu devido ao crime” (art. 2(1)).

Diante desta regra, para que uma vítima possa se qualificar para receber reparação do Estado o crime deverá ser:

- “intencional”;
- “violento”;
- “a causa direta de lesões corporais ou danos à saúde³⁹”.

A razão para limitar a Convenção para crimes intencionais é “que eles são sérios nem sempre recebem reparação como os crimes não intencionais, que inclui acidentes de trânsito e são cobertas por outras modalidades” como seguradoras privadas⁴⁰.

O dano não precisa ser físico, e a reparação pode ser paga “nos casos de violência psicológica (sérias ameaças) causando lesões ou morte⁴¹”. A lesão, de todo modo, deve ser “séria e diretamente atribuída ao crime” Em outras palavras, deve haver uma relação entre causa e feito do crime e a lesão⁴².

Assim, a Convenção não cobre “lesões leves ou lesões que não foram causadas pelo ato ilegal” nem “danos de outras naturezas, como de propriedades”. Todavia, envenenamento, estupro e incêndio premeditado “devem ser considerados crimes intencionais⁴³”.

De acordo com o art. 2 (2) da Convenção, reparação”deve ser dada em todos os casos mesmo que o ofensor não possa ser processado ou punido”. Deste modo, menores ou deficientes mentais não podem ser processados por crime ou não podem ser considerados

responsáveis por seus atos, e um criminoso pode até escapar do processo por conta de legítima defesa. Mas é essencial, nestes casos, que a vítima possa obter reparação do estado se não for possível obter de outras fontes⁴⁴.

O artigo 3 ainda especifica que “deve ser paga reparação pelo Estado onde ocorreu o crime tanto para os cidadãos dos Estados partes da Convenção como para os cidadãos do Estado do Conselho da Europa que sejam residentes no Estado em que o crime foi cometido”. O propósito de incluir este grupo é aumentar a proteção de trabalhadores migrantes⁴⁵. A Convenção, que fornece aspecto mínimos, não preveni, obviamente, os Estados partes de aumentar a gama de reparação para seus cidadãos que sejam vítimas de crimes violentos no exterior ou mesmo para estrangeiros⁴⁶. Deve ser ressaltado ainda que o parágrafo 3 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Básicos proíbe a distinção por conta da nacionalidade.

Também deve ser lembrado que, de acordo com as Recomendações do Conselho da Europa sobre a Situação da Vítima de 1985, reparação como sanção penal “deve se cobrada da mesma forma que os impostos e taxas, ou outras imposições financeiras contra o ofensor” Em todos os outros casos, a vítima deve obter auxílio na execução do dinheiro” (Parte IE, para. 14).

Itens compensáveis: Reparação de qualquer caso que esteja sob a Convenção do Conselho da Europa deve lidar com “pelo menos com os seguintes termos”:

- receitas cessantes;
- custas médicas e hospitalares;
- custos de funeral ;
- relacionados com dependentes (art. 4).

Estes são os requisitos mínimos para que “uma razoável reparação” deva ser paga, dado que a perda deve ser verificada caso a caso⁴⁷. Dependendo dos termos da legislação nacional, outros itens que podem ser compensados são:

- “dor e sofrimento (*pretium doloris*);
- perda de expectativa de vida;
- custos ulteriores decorrentes dos distúrbios causados pelo crime”⁴⁸.

De acordo com o Relatório Explicativo, “reparação destes itens deve ser calculada da mesma forma que o estado paga através da previdência social ou seguradora privadas nos modos da legislação civil.⁴⁹”

Condições para reparação: A Convenção impõe várias condições para fornecer a reparação. Primeiro, isto permite a criação de um esquema com “um limite mínimo que não poderá ser ultrapassado para pagar a reparação” (art. 5). Segundo, “o esquema deve

determinar o período que a reparação deva ser paga” (art. 6).

Um limite máximo também pode se estabelecido, uma vez que os fundos a serem compensados não são ilimitados e um limite mínimo é justificável pelo princípio da *de minimis non curat praetor*, que quer dizer que os pequenos danos que podem ser arcados pelas vítimas não interessam ao juiz⁵⁰. A Convenção não determina “limites rígidos de valores” pela simples razão que as fontes financeira e custo de vida variam de país para país⁵¹.

Com relação ao tempo limite para se pedir uma reparação, é importante que o pedido seja feito o mais rápido possível após o crime para que:

- “a vítima seja ajudada no caso de mau físico ou psicológico;
- os danos devem ser percebidos facilmente sem necessidade de exames complexos⁵²”.

Com uma rápida ajuda profissional, a chance de uma rápida recuperação aumentam para as vítimas, proporcionando redução de custos e cuidados médicos.

Terceiro, a reparação pela Convenção de 1983 pode ser recusada ou reduzida “de acordo com a situação financeira do reclamante”(art. 7). A idéia é que, uma vez que a reparação advém de fundos públicos “isto se tornar um ato de solidariedade social, e pode ser o caso de vítimas e dependentes que tenham uma vida confortável”. De outra maneira, nada há na Convenção que proíba o Estado de fornecer reparação “por conta da situação financeira da vítima e seus dependentes⁵³”.

Por último, a reparação pode ser “recusada ou reduzida”

- “de acordo com a conduta da vítima ou o reclamante antes ou durante a ocorrência do crime, ou em relação à lesão ou morte” - artigo 8(1);
- “de acordo com o envolvimento da vítima ou do reclamante no crime organizado ou em associações que promovam crimes violentos” - artigo 8(2);;
- “se um benefício fosse contrário ao senso de justiça da população (ordre public)” - artigo 8 (3).

A primeira disposição se relaciona com um comportamento inapropriado da vítima em relação ao crime ou dano sofrido, e “a casos em a vítima provoque o crime como, por exemplo, ao atuar de forma instigante ou agressiva, ou cause violência pior através de retaliação, ou em casos que o comportamento da vítima contribua para causa ou agravamento do dano (por exemplo, recusa indevida de auxílio médico)”. Outra razão para reduzir ou não fornecer a reparação pode se dar por conta da recusa da vítima “de informar o ato ilegal à polícia ou de cooperar com a justiça penal⁵⁴”.

Outro evento para reduzir ou recusar uma reparação ocorre quando “a vítima pertencer a grupo do crime organizado (por exemplo, tráfico de drogas) ou de organizações

que cometem atos de violência (grupos terroristas)”. A vítima, nestes casos “pode ser considerada como não merecedora da simpatia ou solidariedade da sociedade para receber ou reduzir a reparação, mesmo que o crime não tenha relações direitas com as atividades⁵⁵”.

Por último, Estados partes podem reduzir ou recusar uma reparação à vítima quando isto possa se tornar repugnante ao senso de justiça ou contrário à ordem pública (ordre public). Nestes casos, deve se tomar cuidado com a reparação recusando “em alguns casos onde o gesto de solidariedade seja contrário ao apelo público ou, ainda, seja contrário à legislação local”. Por exemplo, “um reconhecido criminoso que tenha sido vítima de violência pode não ser compensado mesmo que o crime em questão não relação com suas atividades ilegais⁵⁶.”

Os princípios supra descritos para reduzir ou recusar uma reparação à vítima são também aplicáveis aos dependentes das vítimas falecidas por conta de crimes violentos⁵⁷.

Outras situações importantes: A Convenção também contém provisões para evitar reparação duplicadas e sub-rogação de direitos, e requer que os Estados partes tomem medidas apropriadas a “assegurar que a informação sobre os esquemas estejam disponíveis ao interessados” (arts. 9-11).

A propósito, para prevenir compensações duplicadas sob o art. 9 da Convenção, “reparação já recebida do ofensor ou de outras fontes pode ser deduzida do total pago pelos fundos públicos. As partes devem especificar quais as somas que serão deduzidas⁵⁸”. Os Estados devem determinar que a reparação recebida pela vítima do ofensor *depois* de ter recebido dos fundos públicos seja devolvido, em todo ou em parte, dependendo das somas envolvidas⁵⁹. Esta situação pode ocorrer, por exemplo, “quando a vítima receber do Estado reparação enquanto estiver em curso uma ação contra o ofensor, não sabido no momento do pagamento pelo Estado, e depois é condenado a pagar, reparando a vítima⁶⁰”.

Para que esquemas de reparação pública sejam utilizadas, o público deve saber de sua existência. Mas, estudos descobriram que, por conta do desconhecimento público, tais esquemas são raramente usados⁶¹. Para reverter esta situação, o art. 11 da Convenção impões como dever do Estado de informar o público sobre os esquemas de reparação decorrentes de crimes. De acordo com o Relatório Explicativo, “a maior responsabilidade de informar a vítima sobre seus direitos à reparação devem ser das autoridades que lidam diretamente com a vítima (polícia, hospitais, juiz, promotoria, etc.). Informação, especialmente utilizadas pelas autoridades públicas, deve ser disponibilizada para que estas agências distribuam, sempre que necessário, para as pessoas interessadas⁶²”. A mídia de massa também tem um importante papel em informar as possibilidades de reparação às vítimas⁶³.

A reparação às vítimas de crimes por conta de danos físicos e psicológicos é um importante reconhecimento sobre a importância da vítima.

Quando tal reparação não está disponível pelo ofensor ou de outras fontes como seguradoras, o Estado deve fornecer isto à vítima ou seus dependentes, dependendo do caso. Na Europa, Estados partes do Conselho da Europa tem a obrigação por tratado para compensar as vítimas caso não haja outras fontes.

Tal reparação poderá, de alguma forma, ser reduzida ou recusada, dependendo do comportamento da vítima como, por exemplo, com organizações criminosas, tráfico de drogas ou terrorismo.

2.4.4 Auxílio

Além das necessidades financeiras, as vítimas de crimes violentos podem necessitar de ajuda médica imediata ou acompanhamento por longo prazo. Estas necessidades são reconhecidas pelo parágrafo 14 da Declaração dos Princípios Básicos das Nações Unidas que determina:

“As vítimas devem receber assistência médica, material, psicológica e social através do governo, agentes voluntários e associações”.

Esta regra engloba várias formas de assistência não apenas do Estado, mas também da comunidade e de entidades especializadas. Muito pode ser feito pelas vítimas ao se promover associações locais ou agências com pessoas especializadas treinadas a lidar com vítimas⁶⁴. As necessidades de ajuda podem variar de acordo com a vítima e a sua situação frente ao crime. Tal ajuda também é importante para documentar os efeitos da ofensa sobre a vítima para dar subsídios a ações penais e civis contra o criminoso⁶⁵.

O parágrafo 17 da Declaração dos Princípios Básicos ressalta que “ao fornecer ajuda e serviços às vítimas, deve se dar atenção especial para aquelas que tenham necessidades especiais decorrentes da natureza do crime” ou por conta de discriminação contida no parágrafo 3 da Declaração. Certos grupos de vítimas, como as de crimes sexuais, deverão necessitar de ajuda especializada, incluindo assistência social por longo prazo com pessoal especializado em lidar com, por exemplo, vítimas de estupro. Tais pessoas devem receber cuidados especiais relacionados a HIV/AIDS⁶⁶. Em muitos casos, vítimas de ataques terroristas necessitam não apenas de ajuda médica de longo prazo, mas também de auxílio psicológico de profissionais treinados a lidar com experiências traumáticas. Eventos criminosos de grande repercussão, como atentados terroristas, podem necessitar de residência temporária, restaurantes comunitários, e outros estabelecimentos. Os Estados devem estar preparados para lidar com este tipo de situação ao estabelecer plano de contingência de nível

nacional, regional e local e manter listas atualizadas de pessoal e material⁶⁷.

Vítimas também podem necessitar ajuda prática após a ocorrência do crime. Em casos de arrombamento, quebra ou outros danos à propriedade, estas deverão ser reparadas, bem como na eventualidade de incêndio ou violência doméstica pode requisitar residência temporária⁶⁸. Outras vítimas podem necessitar de ajuda da sociedade após os crimes, como ajuda para realizar compras, limpeza ou cuidar de crianças.

Para que os esquemas de ajuda possam funcionar, informação sobre suas existência é, como enfatizada neste capítulo, essencial. O parágrafo 15 da Declaração de Princípios Básicos determina que:

“As vítimas devem ser informadas sobre as possibilidades de ajuda social e médica disponíveis e terem garantido o acesso a elas”.

Como dito acima, a questão de treinamento para pessoas que lidam com vítimas de crimes é importante, e como especificado no parágrafo 16 da Declaração:

“A polícia, justiça, saúde pública, assistência social e outros agentes envolvidos devem receber treinamento para perceber as necessidades das vítimas, e recomendações para fornecer um cuidado certo e efetivo”.

É particularmente importante que membros da polícia e que operadores do direito, como juizes, promotores e advogados, sejam treinados a perceber quanto traumático um crime pode ser na vida de uma pessoa. Eles devem ser versados sobre as possibilidades de reparação e assistência às vítimas de crimes para terem certeza que estas informações cheguem a elas.

Além de necessidades financeiras, vítimas de crimes podem ter necessidades de natureza material, médica, psicológica e social.

A necessidade de assistência irá variar de acordo com a situação da vítima e da natureza do crime. Para possibilitar uma rápida e eficiente ajuda, todos os grupos profissionais relevantes, como juizes, promotores e advogados devem saber as necessidades das vítimas e os esquemas de ajuda disponíveis.

3. Proteção e reparação para vítimas de crimes contra os direitos humanos

A segunda parte deste capítulo irá lidar exclusivamente com as vítimas de crimes contra os direitos humanos. Diferentemente da situação das vítimas de crimes comuns, as regras de direitos humanos internacionais estabelecem uma série de regras sobre a responsabilidade do Estado e o abuso de poder que constitui violação a direitos individuais e liberdades. Ademais, estas regras foram desenvolvidas por organismos internacionais de monitoramento. Contudo, apenas uma parte das obrigações dos estados é factível para *assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos* à norma mais importante é: o dever de *prevenir* violações aos direitos humanos; o dever de promover *soluções domésticas*, e o dever de investigar alegações de violações aos direitos humanos, de processar os acusados e *punir* os condenados. Por último, o dever de prover *restituição e ou reparação* para as vítimas, enquanto a *impunidade* será analisada⁶⁹.

Antes de ver os deveres do Estado, a noção de vítima será analisada.

3.1 O conceito de vítima

De acordo com o parágrafo 18 de Declaração de Princípios Básicos das Nações Unidas:

“vítima ‘significa as pessoas que, individualmente ou coletivamente, sofreram algum dano, incluindo lesão física ou mental, sofrimento emocional, perda econômica ou perda de seus direitos fundamentais, com os atos ou as omissões que não sejam violações das leis, mas sim aos direitos humanos e normas internacionais reconhecidas como direitos fundamentais”.

Esta definição é um tanto peculiar, pois, em primeiro lugar, presume que as violações aos direitos humanos são limitadas no campo da lei pena. Contudo, este não é o caso. Tais violações podem ocorrer sob a lei civil, como direito de família e sucessões. Outros campos do direito que podem ser relevantes são a lei de imprensa, direito do trabalho, previdenciário e ambiental.

Segundo, um ato de omissão pode ser contrário a uma lei penal nacional e ainda constituir uma infração aos direitos humanos. Apesar da lei local, um Estado pode ser considerado culpado num nível internacional por agir ou omitir ação que constitua violação aos direitos internacionais reconhecidos como humanos até que comprove solução para as vítimas.

Terceiro, a palavra “substancial” pode trazer dificuldades para se entender e pode não ser entendida de forma abstrata. Assim, um ato de omissão por parte do Estado pode violar direitos humanos internacionais apesar do resultado na vítima não seja “substancial”. A vítima continua sendo uma “vítima” pelo direito internacional, mas a resposta à violação irá variar. Ao fornecer restituição ou concertos, o organismo internacional de monitoramento pode, por exemplo, descobrir que a violação já era suficiente para saber o dano causado. Em muitos casos, todavia, as violações são graves e requerem, como será demonstrado a seguir, medidas variadas para auxiliar na recuperação ou, pelo menos, minorar as conseqüências das violações. Desta maneira, o propósito da segunda parte deste capítulo é demonstrar que é necessário uma definição mais simples de “vítima” para as violações contra os direitos humanos:

A “vítima” é a pessoa que cuja violação aos direitos humanos ou liberdades tenham sido conseqüências de atos ou omissões de governos e reconhecidas como tal no plano nacional e internacional.

É importante notar que “vítima” pode ser um membro da família que esteja sofrendo por conta de desaparecimento ou assassinato. O Comitê dos Direitos Humanos e a Corte Inter-Americana e Européia de Direitos Humanos aceitaram que mães de vítimas de violações aos direitos humanos também podem ser assim consideradas. A tristeza profunda, estresse e angústia que mães sofrem por conta como resultado de sérias violações aos direitos humanos constituem, per si, uma violação ao direito de não serem mau tratadas, côm proibidas por normas internacionais côm o parágrafo 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, artigo 5(2) da Convenção Americana dos Direitos Humanos e artigo 3 Convenção Européia dos Direitos Humanos⁷⁰.

Um aspecto particular e importante de abuso de poder como uma violação de direitos humanos é que eles são cometidos por – ou pelo menos com o conhecimento de – pessoas ou autoridades que deveriam *proteger* o indivíduo e seus direitos, ao invés de usurpá-los. Em outras palavras, a noção de confiança que deveria existir foi quebrada. A situação se torna alarmante quando violações ao direito à vida, segurança e liberdade e são amplas, como raptos, desaparecimentos sem causa e torturas começam a se tornar parte da administração do Estado. As vítimas sofrem muito mais desta forma do que através de crimes comuns. Para vítimas do Estado, ou sob o conhecimento deste, é importante, para efeito de retaliação, é importante obter o reconhecimento do Estado e receber várias formas de ajuda e assistência.

A “vítima” é a pessoa que cuja violação aos direitos humanos ou liberdades tenham sido conseqüências de atos ou omissões de governos e reconhecidas como tal no plano nacional e internacional.

Parentes próximos de vítimas de desaparecimento, tortura e assassinato podem ser consideradas vítimas de violações de seus próprios direitos sem mesmo ter sofrido mau tratamento.

Violações aos direitos humanos é um tipo particular de abuso de poder quando cometido por – ou com o conhecimento de pessoas ou autoridades cujo dever é proteger os indivíduos e seus direitos.

Vítimas de violações aos direitos humanos podem precisar de várias formas de ajuda e assistência para enfrentar os efeitos do crime, incluindo reconhecimento do Estado pelos erros cometidos.

3.2 O dever legal para assegurar o cumprimento dos direitos humanos

Esta seção irá descrever algumas considerações gerais sobre o dever legal do Estado para proteger os direitos humanos e os direitos fundamentais. As questões que falem especificamente de prevenção, soluções domésticas, investigações e outras nas seções seguintes com maiores detalhes.

3.2.1 O nível universal

Segundo o artigo 2(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, cada Estado parte “tomará as medidas para **respeitar e assegurar** a todos os indivíduos em seu território e sujeito à sua jurisdição os direitos reconhecidos neste Pacto” (grifo nosso). Ao interpretar o artigo 2, O Comitê dos direitos Humanos considera necessário que “direcionar atenção dos Estados partes para que a obrigação do Pacto não se resume apenas a **respeitar** os direitos humanos, mas devem também **assegurar** que todos gozem destes direitos⁷¹.” A obrigação de assegurar tais direitos faz com o Estado cumprir obrigações para que todos gozem tais direitos e liberdades em sua jurisdição. Segue também deveres básicos e positivos que os Estados devem seguir para investigar, processar e punir violações aos direitos humanos e liberdades⁷².

3.2.2 O nível regional

No nível regional, o artigo 1 da Carta Africana sobre Direitos Humanos pode parecer que usa uma linguagem mais simples que a Convenção Internacional quando afirma que os Estados “devem reconhecer os direitos, deveres e liberdades descritos nesta Carta e devem tomar medidas para adotar legislações e outras medidas que possam afetá-las”. Todavia, a referência a “outras medidas” indica que esta regra dá passos certos para cumprir

obrigações dispostas na Carta. Esta visão foi confirmada pela Comissão Africana dos Direitos Humanos, que em seu artigo 1, na seção Africana, Estados partes não apenas reconhecem os direitos, obrigações e liberdades determinadas na Carta, mas também se comprometem a respeitá-las e efetivá-las”⁷³.

Como uma regra geral, deve ser enfatizado que, apesar das obrigações legais de “respeitar” e “assegurar” direitos humanos não estão incluídos de forma expressa no tratado, Estados sempre tem o dever legal de realizar o direito através da boa-fé. Esta regra do direito internacional, também conhecida como *pacta sunt servanda*, foi positivada no art. 26 da Convenção de Viena sobre os Tratados e é, com certeza, aplicável ao caso dos direitos humanos e outros tratados internacionais. Caso haja falha na prevenção ou dever de investigação alegações de direitos humanos e, onde necessário, o seguimento da investigação através de um processo, um Estado quebra o tratado e torna-se um ofensor da lei e da responsabilidade internacional.

O artigo 1 da Convenção Americana dos Direitos Humanos usa termos referentes ao artigo 2 do Pacto Internacional em que os Estados “devem *respeitar* os direitos e liberdades reconhecidos e *assegurar* a todas as pessoas sujeitas a sua jurisdição com livre e completo exercício destes direitos sem qualquer discriminação” (grifo nosso).

Estes termos foram interpretados pela Corte Inter-Americana de Direitos Humanos no caso *Velásquez Rodríguez*, que lidava com o desaparecimento e aparente morte do Sr. Velásquez nas mãos do Comitê Hondurenho de Investigações das Forças Armadas. Com relação à obrigação de “respeitar direitos e liberdades” reconhecidos pela Convenção, a Corte enfatizou que “o exercício do poder público tem certos limites que deriva do fato dos direitos derivam da dignidade humana e são, assim, superiores ao poder do estado.” Isto também significa que “a proteção dos direitos humanos deve enaltecer a restrição do exercício do poder do estado”⁷⁴.

Ademais, a obrigação de “assegurar” o completo e livre exercício de direitos garantidos pela Convenção

“significa que os Estados Partes tem o dever de organizar o aparato governamental, todas as estruturas que o poder o público é exercido, para que sejam capazes de assegurar e exercer juridicamente os direitos humanos. Como consequência desta obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir as violações dos direitos reconhecidos pela Convenção e, ainda mais, fazer o possível para restaurar o direito violado dando reparação pelos danos resultantes”⁷⁵.

A Corte ainda disse:

“A obrigação para assegurar o livre e completo

exercício dos direitos humanos não é completa pela existência de um sistema legal desenhado para tanto – isto também requer conduta governamental para assegurar o completo e livre exercício de tais direitos⁷⁶.”

O fator “decisivo” é determinar se o direito reconhecido pela Convenção foi violado, segundo a Corte, se “foi realizado com ajuda e concordância do governo, ou se o Estado deixou que o ato fosse realizado sem tomar medidas para prevenir ou punir os responsáveis⁷⁷”.

Os deveres legais dos Estados partes segundo o artigo 1 da Convenção Americana cria uma rede de proteção, investigação, punição e reparação para efetivamente proteger os direitos das pessoas, que será detalhado mais abaixo.

Por último, o artigo da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos estipula que “as Altas Partes Contratantes devem **assegurar** a cada um em sua jurisdição os direitos e liberdades definidos na Seção I desta Convenção” (grifo nosso). Ao invés de dar uma interpretação independente do termo “assegurar” no artigo 1, A Corte Européia dos Direitos Humanos tem preferido usar este termo em outras significativas seções provisões da Convenção e do Protocolo. Desta forma, ao interpretar o direito à vida como garantido no artigo 2 da Convenção, a Corte decidiu que a primeira frase do artigo 2(1) “obriga o Estado a não apenas deixar de matar de forma ilegal, mas tomar passo concretos para salvaguardar as vidas daqueles que estão em sua jurisdição⁷⁸.” Em outras palavras, a Corte decidiu que:

“Isto envolve uma obrigação primária dos Estados de Assegurar o direito à vida efetivando as regras da lei penal para deter o cometimento de ofensas ou pessoas protegidas pela máquina administrativa par a prevenção, supressão e quebra de tais disposições. Há também provisões apropriadas de obrigações positivas de autoridades de prevenir através de operações pessoas que possam estar sob risco advindos do ato criminoso.⁷⁹”

No caso *McCann e outros v. o Reino Unido*, a Corte decidiu que “uma proibição legal de assassinatos arbítrios por agentes do Estado seria ineficiente, na prática, se não existisse qualquer procedimento para rever o uso ilegal de força letal pelas autoridades. A obrigação de proteger o direito à vida (no artigo 2(1), quando lido em conjunto com o dever geral do Estado sob o artigo 1 da Convenção para ‘assegurar a todos em sua jurisdição os direitos e liberdades definidos na Convenção’, requerem alguma forma de investigação quando indivíduos forme mortos como resultado do uso da força por agentes do Estado⁸⁰.”

Para assegurar o direito à vida conforme o artigo 2 da Convenção, As altas

Partes Contratantes estão sob uma obrigação de implementar medidas efetivas de prevenção, investigação, supressão e punição das violações a este direito. Além disto, a obrigação de prevenir o ofensas contra pessoas não é necessariamente relacionada à implementação da política de prevenção, mas pode, em certos casos, implicar no dever de tomar medidas positivas de natureza operacional. (veja abaixo, subseção 3.3).

As obrigações positivas que possam “significar um respeito efetivo dos direitos⁸¹” de acordo com a Convenção Européia não são limitadas ao artigo 2 e o direito à vida, mas também podem ter implicações na proteção de outros direitos ou liberdade como o direito ao livramento de torturas no artigo 3⁸², o direito de respeitar a família no artigo 8⁸³, o direito à liberdade expresso no artigo 10⁸⁴ e o direito à liberdade para associações pacíficas no artigo 11⁸⁵. A natureza e extensão de tais obrigações dependem, contudo, dos direitos e dos fatos do caso considerado.

Por último, deve ser ressaltado que o dever de *assegurar* os direitos e liberdades estabelecidos da Convenção Européia e seus protocolos pode criar um dever legal dos Estados Contratantes de tomar ação positiva para assegurar respeito a direitos e liberdades *entre cidadãos*⁸⁶.

Independente dos termos utilizados pelos tratados sobre direitos humanos internacionais, Estados partes devem promover uma efetiva proteção par às liberdades e direitos para todas as pessoas em sua jurisdição.

*Estas obrigações legais comprometem o dever de efetivamente **prevenir, investigar, processar, punir e compensar** as violações aos direitos humanos.*

Obrigações positivas estão ligadas à efetiva proteção dos direitos humanos reconhecidos por leis internacionais.

3.3 O dever de prevenir violações aos direitos humanos

Prevenção é o alfa e omega da efetiva proteção aos direitos e liberdades da pessoa humana, pois é a última função dos direitos humanos como a chave para a criação de uma sociedade nacional e internacional onde todas as pessoas podem viver em liberdade, paz e segurança. Prevenção, como foi enfatizado por todos os organismos internacionais, começa com a incorporação dos direitos humanos no sistema legal doméstico⁸⁷. A lei local deve, portanto, ser consistente e aplicável por todas as autoridades competentes, de forma independente do Executivo, porque a lei, não importa como foi escrita, só tem um potencial

preventivo se os ofensores potenciais sabem de antemão que serão processados se cometerem crimes. Neste passo, a segunda parte deste capítulo ilustra os componentes essenciais de prevenção, como a existência de remédios domésticos efetivos e a segura, vigorosa e imparcial investigação de violações aos direitos humanos.

Contudo, em muitos casos uma proteção efetiva requer medidas administrativas, sociais, educacionais e outras como cooperação internacional⁸⁸, dependendo das necessidades, problemas e circunstâncias do país envolvido. Alguns exemplos são fornecidos abaixo pelos organismos internacionais de monitoramento relacionados a assassinatos arbitrários, desaparecimentos sem causa e tortura.

3.3.1 O nível universal

Apesar do Comitê de Direitos Humanos não ter elaborado disposições sobre o dever dos Estados partes de prevenir violações aos direitos humanos, tem dado ênfase à necessidade de prevenir tais situações. Desta forma, Estados partes devem informar o Comitê periodicamente as medidas tomadas “pelo legislativo, judiciário e a Administração Pública em geral para prevenir e punir atos de tortura” e outras formas de mau tratamento em conformidade com as provisões do Comitê internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁸⁹. Mais especificamente, foi recomendado ao Uzbequistão que “instituísse um sistema independente de monitoração e checagem de todos os lugares onde há detenção e instituições penais periodicamente, assim pode-se prevenir tortura e outros abusos de poder cometidos por forças policiais⁹⁰”.

O Comitê ainda determinou que :

“3. A proteção contra a privação de vida que é explicitamente requerida pelo 6(1) é de suma importância. O Comitê considera que os Estados Partes devam tomar medidas não apenas para prevenir ou punir a privação de direito por atos criminosos, mas também através de suas próprias forças de segurança. A privação da vida por autoridades do Estado é um fato de muita gravidade. Assim, a lei deve controlar e limitar as circunstâncias em que as pessoas possam sofrer desta forma nas mãos das autoridades⁹¹.”

Na visão do Comitê, “estados Partes devem tomar medidas específicas e efetivas para prevenir o desaparecimentos de pessoas, algo que infelizmente se tornou muito freqüente e que gera uma arbitrária supressão de vida⁹².” Por último, quando o Comitê conclui que o Estado parte violou suas obrigações sob a Convenção através de um comunicado trazido pelo Protocolo Facultativo da Convenção, isto faz com que o Estado seja informado que está obrigado a prevenir tais violações no futuro⁹³.

3.3.2 O nível regional

A noção de prevenção foi analisada em maiores detalhes na Corte Inter-Americana de Direitos Humanos no caso *Velásquez Rodríguez*, em que ficou consignado que o Estado Parte que seja Convenção Americana sobre Direitos Humanos “tem o dever legal de tomar medidas para prevenir violações aos direitos humanos e usar meios para realizar investigações sérias sobre os atos cometidos em sua jurisdição, de identificar os responsáveis, de impor a punição adequada e garantir adequada reparação à vítima⁹⁴”. Neste sentido, a Corte ainda dispôs:

“175. Este dever de prevenir inclui todos os meios legais, políticos, administrativos e de natureza cultural que promova a proteção de direitos humanos e garanta que qualquer violação é considerada e tratada como ato ilegal, que, como tal, deverá tornar-se punição contra os responsáveis e a obrigação de indenizar as vítimas. Não é possível fazer uma lista de todas as medidas, uma vez que a lei e as condições variam em cada Estado parte. Com certeza, enquanto os Estados devem prevenir abusos aos direitos humanos, a ocorrência de uma violação, por si, não enseja prova que para que medidas sejam tomadas. De outra forma, sujeito à pessoa, a oficiais, grupos que praticam repressões, torturas e assassinatos com impunidade é uma quebra do dever de prevenir violações aos direitos à vida e integridade física da pessoa, mesmo que a pessoa não seja morta ou torturada, ou que estes fatos não possam ser comprovados⁹⁵.”

No caso *Street Children (criança de rua)*, A Corte novamente se referiu à declaração acima descrita pelo Comitê dos Direitos Humanos sobre a proteção contra supressão arbitrária de vida, enfatizando “uma gravidade particular” sobre o caso, que envolveu rapto, tortura e assassinato de muitas crianças e que violou também a obrigação do Estado “de adotar medidas especiais de proteção e assistência para as crianças em sua jurisdição⁹⁶”.

O uso de medidas domésticas com o intuito de prevenção também foi destacada pela Corte Inter-Americana, em especial com o procedimento do *habeas corpus*, cuja importância “não é apenas assegurar o direito à liberdade pessoal e integridade física, mas também prevenir desaparecimento de pessoas e sua manutenção em locais desconhecidos e, neste sentido, garantir seu direito à vida⁹⁷”.

No caso de *Kaya v. Turquia*, que teve a ocorrência de desaparecimento e subsequente tortura seguida de morte da vítima, a Corte Européia dos Direitos Humanos disse o seguinte sobre a obrigação da Turquia sob o artigo 1 da Convenção Européia dos Direitos Humanos, em conjunto com a proibição de tortura do artigo 3:

“115. A obrigação imposta às Altas Partes Contratantes segundo o artigo 1... de assegurar a todos em sua jurisdição os direitos e liberdades definidos na Convenção, analisado com o artigo 3, demandam que o Estado tome medidas feitas para assegurar que pessoas em sua jurisdição não estão sujeitas a tortura ou tratamento desumano, incluindo maus tratos por outros cidadãos ... A responsabilidade do Estado pode ser invocada onde houve falha no cumprimento de proteção devida ... ou onde autoridades deixem de tomar medidas certas para evita maus tratos que sabem terem ocorridos ...

116. A decisão da Corte descobriu que as autoridades sabiam ou deveriam saber que Hasan Kaya estava sob risco de morte uma vez que deu assistência às vítimas do grupo PKK. A falha de proteger sua própria vida através de medidas específicas e erros na política criminal colocou-o em perigo não apenas para execução extrajudicial, mas também a maus tratados por pessoas que eram irresponsáveis por seus atos. Assim, o Governo é responsável pelos maus tratos causados a Hasan Kaya depois de seu desaparecimento e antes de sua morte⁹⁸.”

Uma conclusão importante deste julgamento é o dever de prevenir violações aos direitos humanos incluí a proteção de pessoas de não serem torturadas não apenas por oficiais do Estado, mas também por outras pessoas. Em termos simples, Estados devem colocar uma pessoa onde ela possa estar sujeita a tratamentos contrários ao artigo 3 da Convenção.

Enquanto a grande maioria de casos relativos à prevenção de violações aos direitos humanos sejam sobre torturas, raptos e execuções, a obrigação de prevenir violações é igualmente aplicável a todos os direitos básicos e liberdades reconhecidos por leis nacionais e internacionais.

O dever de prevenir violações aos direitos humanos é tão importante quanto o dever legal de assegurar sua proteção.

Medidas preventivas podem ter cunho legal, administrativo, político, cultural, social, educacional, de remediar e de outras naturezas, dependendo do problema e do país envolvido.

O dever de prevenir violações aos direitos humanos determina que não se deve colocar uma pessoa em circunstâncias onde ela tenha risco de desaparecer, mesmo que tais ações sejam cometidas por outras pessoas.

3.4 O dever de dar soluções domésticas

Como visto acima, o dever legal de remediar a situação das vítimas faz parte do dever legal de fornecer efetiva proteção aos direitos humanos. A prática tem convencido e mostrando de forma constante que, a não ser que um indivíduo tenha o direito de recorrer a uma corte imparcial ou independente nem que seja de cunho administrativo, o gozo verdadeiro de dos direitos humanos será ilusão. Do ponto de vista dos Estados, a existência de remédios efetivos domésticos é uma vantagem, pois evita interferência de organismos internacionais e responsabilidade internacional.

Nesta seção, decisões e regras específicas irão dar uma idéia geral sobre a importância de organismos internacional de monitoramento tem ao avaliar a efetividade dos remédios contra as violações aos direitos humanos disponíveis no nível nacional.

3.4.1 O nível universal

No nível universal, o direito a remédios domésticos foi incluído pela primeira vez no artigo 8 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que determina que todos “têm o direito de uma solução efetiva pela autoridade competente do judiciário por atos de violação dos direitos fundamentais reconhecidos pela constituição ou pela lei”. Isto também foi incorporada no artigo 2(3) do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, em que cada Estado parte deverá tomar medidas para:

- a. “garantir que qualquer pessoa cujos direitos e liberdades são reconhecidos e que tenham sido violados devem ter uma solução efetiva, apesar de que pessoas possam ter cometido a violação com capacidade oficial;
- b. Garantir que qualquer pessoa que esteja pedindo tal solução tenha o direito de recorrer ao órgão competente, seja ele parte do judiciário, da administração ou do legislativo, ou por qualquer outra autoridade responsável pelo sistema legal do Estado, e para dar possibilidades de remédios judiciais;
- c. De assegurar que as autoridades competentes apliquem tais soluções sempre quando

necessário.”“.

Assim, isto está em concordância com a provisão dos remédios disponíveis sejam efetivas e sua cobrança garantida pelas autoridades competentes. As soluções podem ser, por exemplo, judiciais ou administrativas, apesar de que o artigo 2(3)(b) *in fine* dá demonstração que a Convenção prefira a solução judicial. Apesar disto, o propósito de cumprir com exaustão os remédios domésticos está na regra do artigo 5(2)(b) do Protocolo Facultativo á Convenção, em que o Comitê de Direitos Humanos que a vítima resolva com apenas tais remédios pois têm “uma imagem considerável” de serem “efetivas”. Ademais, o Governo é que deve comprovar que os remédios disponíveis são efetivos⁹⁹.

Apesar de remédios estarem disponíveis para todas as alegadas violações dos direitos garantidos pela Convenção, a necessidade por remédios disponíveis, efetivos, independentes e imparciais é particularmente urgente para pessoas cuja liberdade foi privada. O Comitê dos Direitos Humanos deu ênfase à necessidade de remédios efetivos e garantidos para pessoas presas de acordo com os atos proibidos pelo artigo 7 da Convenção, como tortura, crueldade, tratamento desumano e degradante como punição. Em seus relatórios periódicos, os Estados partes devem “indicar como o seu sistema legal efetivamente garante o fim de todos os atos proibidos pelo artigo 7 bem como a reparação apropriada¹⁰⁰”. Na visão do Comitê, o direito de reclamar contra os maus tratos, como proibidos pelo artigo 7, “devem ser reconhecidos na lei local” e as reclamações

“devem ser investigados de forma rápida e imparcial por autoridades competentes para que o remédio seja efetivo¹⁰¹”.

O relatório dos Estados partes “devem dar informações específicas nos remédios disponíveis às vítimas de maus tratos e o procedimento das reclamações deve seguir, com estatísticas sobre o número de reclamações e como foram consideradas¹⁰²”.

O comitê estava “muito preocupado com os relatórios de tortura e uso excessivo de força” por oficias da Venezuela, pelo fato do Estado parte “demorar em responder em tais casos e a falta de mecanismos para investigar a questão. O direito procurar o judiciário não substitui tais mecanismos. O Estado parte deve criar um órgão independente com força para processar e investigar os relatórios de abuso de força e outros abusos da polícia e outras autoridades de segurança que deverá, se for o caso, ser acompanhada por promotores contra os responsáveis¹⁰³”.

O Comitê também demonstrou preocupação no caso de Trinidad e Tobago “pela falta de remédios que a legislação doméstica dispunha, incluindo a Constituição, para as vítimas de discriminação apesar dos artigos 2.3 e 26 da Convenção. O Estado parte deve garantir remédios disponíveis para todos os tipos de discriminação conforme dispõe tais artigos¹⁰⁴”.

O artigo 13 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes determina que cada Estado parte assegure

“que qualquer indivíduo que alegue ter sido sujeito à tortura em qualquer território sob sua jurisdição tem o direito de reclamar e ter seu caso, de forma rápida e imparcial, examinada por autoridades competentes. Devem ser tomadas medidas para garantir o reclamante e as testemunhas estarão protegidas contra maus tratos e intimidação como consequência da denúncia.”

O Comitê contra a tortura recomendou que a China estabeleça “um sistema compreensível... para rever, investigar e lidar de forma efetiva com as reclamações de maus tratos, por aqueles que estão presos¹⁰⁵”. Também foi recomendado que a Jordânia “aumente a força par proteger os detentos, especialmente o acesso a juizes, advogados e médicos de sua livre escolha¹⁰⁶”. Acesso a um profissional legal é, com certeza, essencial para que os detentos possam reivindicar seus direitos. O Comitê gostou da iniciativa da Promotoria Pública do Panamá “sobre o sistema de correios da prisão para facilitar o exercício de reclamar e reivindicar interesses dos presos¹⁰⁷”.

O artigo 6 da Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação também impõe o dever do Estado parte de fornecer “proteção efetiva e soluções, através dos tribunais nacionais competentes e outras instituições estaduais, contra qualquer ato de discriminação racial que viole o direitos humanos de uma pessoa e a liberdade fundamental contrárias à Convenção”. Neste ponto, o Comitê para Eliminação de Discriminação recomendou que o Sudão “continue seus esforços para estabelecer uma ordem doméstica que forneça [artigos 4, 5 e 6] da Convenção e garantir acesso efetivo e igualitário para as soluções através de tribunais competes, ou outros órgãos do Estado, contra qualquer ato racial ou discriminação¹⁰⁸”. Com relação ao artigo 6, também foi recomendado à França que “reforce a efetividade das soluções disponíveis para as vítimas de discriminação¹⁰⁹”. O mesmo Comitê também começou a considerar “discriminação relacionadas ao sexo da pessoa”. Desta maneira, será dado “consideração particular” para os “meios de acesso a mecanismos de soluções e reclamações contra discriminação racial¹¹⁰”.

Segundo o artigo 2(c) da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, os Estados parte devem “estabelecer uma proteção legal aos direitos da mulher da mesma forma que respeitam os direitos dos homens para garantir através dos tribunais competentes e outras instituições públicas a efetiva proteção da mulher contra atos de descriminação”. O Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher reivindicou ao Belarus “que crie soluções adequadas para que mulheres obtenham reparação adequada por discriminação direta ou indireta, especialmente no local de trabalho, e melhorar o acesso das mulheres aos remédios, incluindo acesso à justiça, facilitando o auxílio legal e campanhas de conscientização¹¹¹”. O Comitê também recomendou que Camarões “forneça acesso a soluções legais” para mulheres vítimas de violência¹¹².

Por último, é interessante notar neste contexto que um remédio efetivo foi considerado também na Parte I, parágrafo 27, da Declaração de Viena e do Programa de

Ação, em que Estados participantes consentiram que:

“Todo Estado deve fornecer um sistema efetivo para remediar e compensar violações aos direitos humanos. A administração da justiça, incluindo a força institucional e a promotoria, especialmente, um judiciário independente e soluções legais condizentes com os instrumentos internacionais de direitos humanos, são essenciais para a completa e não discriminatória realização dos direitos humanos e indispensáveis para o processo da democracia e desenvolvimento sustentável¹¹³.”

3.4.2 O nível regional

O direito a uma solução doméstica é também, com certeza, garantido por tratados regionais sobre direitos humanos. O artigo 7(1)(a) da Carta Africana sobre Direitos Humanos estipula que todo indivíduo deve ter “o direito de apelar para órgãos nacionais competentes contra violações de seus direitos fundamentais reconhecidos e garantidos por convenções, leis, regulações em vigor”. Esta regra foi violada no caso da Zâmbia, onde as vítimas não tiveram a oportunidade de apelar contra a ordem de deportação. Na visão da Comissão Africana sobre Direitos das Pessoas, esta restrição de direito de uma correta audiência violou tanto a lei local como regras dos direitos humanos internacionais, incluindo o artigo 7(1)(a)¹¹⁴, que também foi violado na Nigéria, onde as cortes foram impedidas por um decreto do Governo de processar qualquer reclamação concernente a outros decretos como, por exemplo, a censura a jornais. A Comissão Africana sobre Direitos das Pessoas e não aceitou o argumento do Governo que isto era “da natureza do militar” de criar “cláusulas de supressão” para evitar excesso de litígios. De acordo com a comissão:

“Um governo que governa de forma autêntica e em benefício da população ... não deve temer um judiciário independente. O executivo e o judiciário devem ser parceiros na boa ordem da sociedade. Um governo retire a jurisdição de tribunais de forma ampla, demonstra como a falta de confiança na justiça de sus próprios atos, e uma falta de crença no interesse público e na certeza da justiça¹¹⁵.”

Desta maneira, a Comissão decidiu que a supressão da jurisdição dos tribunais violou o direito ter um caso processado segundo o artigo 7(1) da Carta¹¹⁶.

O artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos sobre a proteção judicial determina o seguinte:

“1. Todos têm o direito de recorrer de forma simples e direta, ou de maneira efetiva, a um

contra atos que violem o direito fundamental reconhecido pela Constituição ou leis de Estado relacionadas à Convenção, mesmo que tais agressões tenham sido cometidas por autoridades em serviço.

2. Os Estados Parte devem:

- a. Garantira que qualquer pessoa que esteja reclamando soluções tenha seus direitos determinados por uma autoridade competente através do sistema legal do estado;
- b. Incrementar as possibilidades de remédios judiciais; e
- c. Garantir que as autoridades competentes possam aplicar tais soluções quando for o caso.

A Corte Inter-Americana decidiu que o direito à proteção judicial, garantido pelo artigo 25(1), “incorpora o princípio reconhecido pelas regras internacionais dos direitos humanos sobre a efetividade dos instrumentos de procedimento destinados para garantir tais direitos¹¹⁷”. Isto significa que:

“De acordo com a convenção, os Estados Partes têm uma obrigação de dar remédios judiciais para as vítimas de violações aos direitos humanos (Art. 25), remédios que devem estar de acordo com as regras do devido processo legal (Art. 8(1)), todos conforme a obrigação geral dos Estados de garantir um livre e completo exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a todas as pessoas sujeitas a sua jurisdição (Art. 1)¹¹⁸.”

Ainda de acordo com este princípio,

“a ausência de soluções efetivas para remediar as violações de direitos reconhecidos pela Convenção, por si própria, é uma infração contra a Convenção cometida pelo Estado parte em falta tal remédio. Neste sentido, deve ser enfatizado que, para que solução exista, não é suficiente que seja fornecida pela Constituição ou por lei ou, ainda, reconhecida de maneira formal, mas que seja verdadeiramente efetiva

para estabelecer se houve violação a direitos humanos e ao compensar vítimas. Uma solução que provoca ilusão sobre as condições gerais que prevalecem no país, ou em casos particulares, não pode ser considerada efetiva. Pode ser o caso, por exemplo, quando não houver medidas efetivas, tais como: o Poder Judiciário não tem a independência necessária para julgar casos e acompanhar processos; ou entra qualquer outra situação que haja recusa de justiça, também como atrasos injustificados para se proferir decisão, ou quando, por qualquer razão, a vítima é impedida de reclamar¹¹⁹.”

Em circunstâncias normais”, estas conclusões “são geralmente válidas para todos os direitos reconhecidos pela Convenção¹²⁰”. Para informação específica sobre a necessidade de remédios domésticos em emergências públicas, veja o Capítulo 16b deste Manual.

O artigo 25 da Convenção Americana foi interpretado pela Corte Inter-Americana de Direitos Humanos no caso *Castillo-Páez v. Peru* sobre o rapto e conseqüente desaparecimento do Sr. Castillo-Páez. A Corte concluiu que “o remédio ajuizado pelo Sr. Castillo-Páez quando de sua detenção (habeas corpus) foi obstruída por agentes do Estado através da adulteração dos registros de entrada de presos, que tornou impossível localizar a vítima”. Depois, ficou provado que “o habeas corpus não foi suficiente para liberar Ernesto Rafael Castillo-Páez e, talvez, salvar sua vida¹²¹”. Neste caso importante, a Corte disse que:

“82. ... O fato do habeas corpus não ter sido suficiente por conta da alteração de registros, não exclui a regra do artigo 25 da Convenção Americana. A previsão de possibilidade de recurso a uma autoridade competente como o tribunal é um dos fundamentos da Convenção Americana, mas também uma regra de uma sociedade democrática nos termos da Convenção.

83. O artigo tem íntima ligação com o artigo 1(1) da Convenção Americana, em que determina deveres de proteção dos Estados partes através de sua legislação local. A razão do habeas corpus não é apenas garantir a liberdade e tratamento humano, mas também prevenir desaparecimentos sem causa ou erro ao se determinar o local da prisão e, em última análise, garantir o direito à vida¹²².”

Neste caso, a Corte decidiu que o Sr. Castillo-Páez foi preso por membros da polícia peruana que o esconderam e ninguém mais poderia localizá-lo. A ineficiência do *habeas corpus* foi, assim, “imputada ao Estado” e constituiu uma violação ao artigo 25 da Convenção¹²³. Contudo, quando os parentes tentaram uma ação judicial para encontrar a pessoa desaparecida, a Corte não vislumbrou violação ao artigo 25, pois o requerimento para sua aplicação não foi atendido¹²⁴.

Muito importante, o artigo 7 da Convenção Inter-Americana para a Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher, também determina o dever dos Estados partes de fornecer ajuda e soluções para mulheres sujeitas a violência, com o estabelecimento de “um correto e efetivo procedimento legal para mulheres que tenham sido sujeitas a violência e, inclui, entre outras disposições, uma audiência eficaz e acesso efetivo a tais procedimentos” (art. 7(f)). Ela também impõe uma obrigação do Estado parte de estabelecer “os mecanismos legais e administrativos necessários para garantir que mulheres vítimas de violência tenham acesso à restituição, reparação e outros remédios efetivos” (art. 7(g)).

Por último, o artigo 13 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos estipula que:

“Cada um que tem direitos e liberdades garantidos por esta Convenção violados, devem receber uma solução efetiva perante a autoridade nacional, nem que a violação tenha sido cometida por oficiais”.

Este artigo tem sido interpretado em diversas ocasiões e violações, particularmente em relação à proteção à vida, tem ocorrido um aumento no número de casos. Com uma análise sobre a jurisprudência da Corte Européia sobre Direitos Humanos mostra que os princípios gerais têm sido respeitados no que concerne o artigo 13 da Convenção:

Primeiro, como a Corte decidiu no caso *Boyle and Rice v. Reino Unido*, “apesar da leitura literal do artigo 13, a existência de eventual quebra de outra regra da Convenção (uma regra “substantiva”) não é pré-requisito para a aplicação do artigo que garante a disposição de uma solução doméstica para cumprir – e assim alegar a falta de comprometimento – do sentido dos direitos e liberdades da Convenção de toda e qualquer forma que possam ocorrer devem estar assegurados no ordenamento doméstico¹²⁵.”

Segundo, até que “um indivíduo tenha um *bom argumento* para ser considerado vítima de violação dos direitos dispostos na Convenção, ele deve poder vislumbrar de uma solução perante a autoridade para sua reclamação seja decidida e, se for o caso, receba reparação¹²⁶.” De maneira mais precisa, isto quer dizer que “a injustiça alegada deve relacionada com a Convenção”, e que a pessoa não pode reclamar o benefício da proteção do

artigo 13 por “qualquer suposta injustiça sob a Convenção ... sem importância do mérito da questão¹²⁷”.

Terceiro, a Corte concluiu que a autoridade referida no artigo 13 “não precisa ser uma autoridade judiciária, mas, se não for o caso, deve ter o poder e garantias relevantes para determinar se a solução foi efetiva e completa¹²⁸”.

Quarto, a Corte decidiu que “apesar de nenhum único remédio pode de maneira completa satisfazer os requerimentos do artigo 13, mas os remédios agregados na mesmo artigo podem sim satisfazer¹²⁹”.

Quinto, apesar “da intenção da obrigação do artigo 13 variar de acordo com a reclamação do interessado só a Convenção”, a solução necessária pelo artigo “deve ser ‘efetiva’ na prática como na lei, particularmente que seu exercício não deve ser injustificado por omissões das autoridades estatais¹³⁰”.

Sexto, nem o artigo 13 nem a Convenção determina como os Estados Contratantes devem garantir “em sua lei interna a implementação efetiva de qualquer das provisões da Convenção – por exemplo, como a incorporação da Convenção na lei doméstica”. Assim, a aplicação do artigo 13 da convenção em qualquer caso vai depender da maneira em que o Estado parte decidiu cumprir com as obrigações do artigo 1 para assegurar a todos em sua jurisdição os direitos e liberdades conferidos na Convenção e nos Protocolos¹³¹.

Por último, o princípio do artigo 13 não garante “um remédio autorizando a lei do Estado Contratante de ser argüida num fórum nacional por ser contrária à Convenção ou outra norma nacional equivalente¹³²”.

Contudo, a questão sobre as soluções deve ser examinada não apenas de acordo com a regra do artigo 13, mas em relação a outros artigos como o 6 e 8. Se, por acaso, a Corte encontrar uma violação no artigo 6(1) como falta de acesso à Corte, isto não será, a princípio, causa de descumprimento do artigo 13, uma vez que “os requerimentos daquela provisão são menos taxativos e ... absorvidos pelo artigo 6, parágrafo 1¹³³”. No caso *X e Y v. Holanda*, a corte também não considerou necessário o exame da questão dos remédios do artigo 13, uma vez que já estava concluído perante o artigo 8 que a Convenção havia sido violada pelo fato que “a obtenção adequada dos remédios” estava disponível pelos reclamantes¹³⁴.

Assim, se os requerimentos perante outros artigos, como o artigo 2, forem menos restritos que o 13, a Corte irá realizar o exame das injustiças de acordo com este artigo. Neste sentido, foi decidido que a violação do artigo 13 após concluir sobre a falta de investigação efetiva no caso de morte de alguma pessoa constitui violação do artigo 2 da Convenção¹³⁵. A razão é os requerimentos do artigo 13 “são maiores que a obrigação de investigar” que as obrigações impostas pelo artigo 2¹³⁶. Neste caso a Corte decidiu que:

“Dada a fundamental importância de proteção do direito à vida, o artigo 13 requer, além do

pagamento da reparação sempre que apropriada, uma investigação efetiva e capaz de liderar punição e identificação pelos responsáveis pela privação de vida incluindo acesso efetivo do reclamante ao procedimento de investigação¹³⁷.”

Como no caso não houve uma efetiva investigação sobre a morte do irmão do reclamante, a aplicação não teve solução prática como determinado pelo artigo 13 que já foi violada¹³⁸.

O dever legal sob o direito internacional fornece proteção efetiva aos direitos humanos para assegurar obrigação de soluções corretas disponíveis às vítimas.

Isto quer dizer que não é suficiente que soluções estejam disponíveis na Constituição de um país ou outras formas. Deve existir na prática e ser utilizada livremente.

Para ser possível fornecer soluções efetivas, as autoridades relacionadas, incluindo cortes e outros operadores do direito em geral, devem ser competentes, independentes e imparciais.

*Os estados devem tomar medidas para estabelecer soluções contra violações a direitos humanos na esfera **judicial**.*

Para ser efetivo, o exercício das soluções não pode ser impedido por atos ou omissões do Estado.

Enquanto remédios efetivos devem existir contra todas as violações de direitos humanos, seu exercício pronto e desimpedido é particularmente importante no caso de injustiças sofridas por pessoas tolhidas de sua liberdade, cuja vida, saúde e segurança devem ser protegidas a todo instante.

Impedir que um prisioneiro reclame seus direitos sobre, por exemplo, constrangimento ilegal sobre a liberdade, tortura ou maus tratos ou, ainda, considerá-la como exceção legal e não lhe fornecer reparação. Tal situação é uma manifestação da violação do Estado perante suas obrigações legais concernentes aos direitos humanos.

Soluções domésticas efetivas devem ser asseguradas a reclamantes de discriminação como a racial e a relativa a sexo, incluindo atos de violência decorrentes da esfera doméstica ou pública.

Todos os juizes, promotores e advogados têm o dever legal de

assegurar que reclamações contrárias a direitos humanos serão tratadas de forma diligente e correta.

3.5 O dever de investigar, processar e punir

Como notado anteriormente, o dever de *investigar, processar e punir violações aos direitos humanos* está disposto na responsabilidade do Estado de assegurar a proteção aos direitos humanos e isto tem sido enfatizado por diversos organismos de monitoramento internacional. Como este dever nem sempre é expressamente definido nos tratados, será analisado mais embaixo com uma seleção de muitos comentários e julgamentos que estes organismos invocaram a obrigação de investigar, processar e punir as violações aos direitos e liberdades individuais.

3.5.1 O nível universal

No Comentário Geral No. 20 do artigo 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Comitê notou que, em geral, “que não é suficiente que a implementação do artigo 7 proíba tal tratamento ou o considere como um crime. Estados partes devem informar o Comitê sobre as medidas no âmbito do legislativo, judiciário e administrativo que estão sendo tomadas para prevenir e punir atos de tortura e crueldade, tratamento desumano e degradante em qualquer parte de seu território¹³⁹.”

No caso *Chongwe*, um polícia da Zâmbia atirou “e quase matou” o autor que não estava formalmente sob custódia. De acordo com o Comitê sobre Direitos Humanos, o Estado parte “recusou realizar uma investigação independente, e as investigações iniciadas pela polícia da Zâmbia ainda não concluiu e não publicou os fatos, mesmo após três anos do ocorrido¹⁴⁰”. Ainda mais, não foi dado início a um procedimento criminal e o pedido para receber reparação foi rejeitado. O direito de segurança do autor, segundo o artigo 9(1) da Convenção foi violado¹⁴¹.

Com relação as obrigações da Zâmbia sob os artigos 2(3)(a) da Convenção, o Comitê concluiu que:

“o Estado Parte tem a obrigação de fornecer ao Sr. Chongwe remédios efetivos e tomar medidas adequadas para proteger sua segurança pessoal contra riscos à vida ou de qualquer outro tipo. O Comitê reivindicou que o Estado parte realize

uma investigação independente sobre o tiroteio. Se a investigação revelar que o oficial era responsável pelos tiros e por lesar o autor, o remédio deve incluir os danos ao Sr. Chongwe. O Estado parte tem a obrigação de evitar que violações similares não ocorram no futuro¹⁴².”

O Comitê sobre Direitos Humanos ainda disse que “a falta de ação” da Venezuela de lidar com desaparecimentos ocorridos em 1989, notando que os argumentos que os desaparecimentos estavam “sob investigação” não era satisfatório¹⁴³. “levando em conta que as provisões dos artigos 6, 7 e 9 do Pacto, o Estado parte deve dar prioridade a uma rápida e efetiva investigação para determinar as razões para desaparecimento de pessoas. O Estado parte ainda deve tomar as medidas necessárias para prevenir desaparecimentos, incluindo a adoção de legislação descrita no artigo 45 da Constituição¹⁴⁴.” O Comitê ainda “estava bastante preocupado com as notícias de execuções extrajudiciais” na Venezuela e a falha do Estado de lidar com isto. “O Estado parte deve conduzir investigações para identificar os responsáveis por execuções extrajudiciais e, assim, levá-los à justiça. Também devem as medidas necessárias para prevenir a ocorrência de violações ao artigo 6 da Convenção¹⁴⁵.”

De maneira similar, o Comitê demonstrou preocupação com notícias de execuções extrajudiciais na República Dominicana e “a mortes ocorridas nas mãos da Polícia Nacional, Forças Armadas e do Órgão Nacional de Controle de Drogas que usaram força em excesso por conta da aparente impunidade que lhes resguardam”. O Estado parte deve, assim

“tomar passos urgentes para assegurar o respeito ao artigo 6da Convenção, e levar os responsáveis pelas violações contra o direito à vida a serem processados e punidos, além de fornecer reparação”¹⁴⁶.

O Comitê ainda notou preocupação com a prática de tortura ocorrida na República Dominicana e que “não havia um órgão independente para investigar as diversas reclamações de tortura, crueldade, tratamento desumano e degradante ... O Estado parte deve tomar as medidas apropriadas para cumprir com o artigo 7 da Convenção e ter as violações investigadas para que os acusados sejam processados e punidos pelos tribunais, além de fornecer reparação às vítimas¹⁴⁷.”

Sobre a lei de Anistia da Argentina, ela dá grande imunidade às violações cometidas durante o regime militar, e o Comitê recomendou que as violações ocorridas durante o regime “devem ser processadas como necessário, retroagindo o tanto quanto for preciso, para empregar justiça contra os infratores” (veja ainda a subseção 3.7.1 abaixo)¹⁴⁸.

A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes contém obrigações específicas para o Estado definindo as obrigações

relacionadas a penalização de atos de tortura e procedimento de investigação e reclamações. De acordo com o artigo 4(1) da Convenção, os Estados partes devem garantir que todos os atos de tortura, tentativas de constrangimento, bem como cumplicidades e participação em tais atos, são ofensas criminais. O artigo 4(2) estipula que os Estados partes “deve tomar medidas para punir tais ofensas e considerá-las como de natureza grave. E o artigo 12 da Convenção estipula que:

“Cada Estado parte deve garantir que suas autoridades competentes procedam de forma pronta e imparcial nas investigações, sempre que haja suspeitas que um ato de tortura fora cometido no seu território”.

Por último, como já foi notado acima na subseção 3.4.1, o artigo 13 obriga o Estado parte de examinar as reclamações de vítimas de tortura de forma correta, “pronta e imparcial” pelas autoridades competentes.

Ao examinar o terceiro relatório periódico do Belarus, O Comitê contra a Tortura demonstrou sua preocupação sobre “os erros na conduta dos oficiais para conduzir de maneira pronta, imparcial e completa as investigações sobre as alegações de tortura, bem como na falha de processar os criminosos, que não estão em conformidade com os artigos 12 e 13 da Convenção¹⁴⁹”. Desta maneira, o Comitê recomendou que:

- “Medidas urgentes e efetivas devem ser tomadas para estabelecer um mecanismo independente completo para garantir uma investigação pronta, imparcial e completa sobre as diversas alegações de torturas enviadas às autoridades, além do processamento e punição dos infratores”;
- “O Estado parte considere estabelecer uma comissão independente não governamental nacional sobre direitos humanos com poderes, entre outros, de investigar todas as denúncias de violações, em particular àquelas sobre normas da Convenção¹⁵⁰.”

Outros exemplos dos procedimentos do Comitê contra a Tortura se relaciona com a Guatemala, uma vez que tal Comitê encontrou “existência de impunidade pelas ofensas em geral e, em particular contra direitos humanos, como resultado de recorrentes transferência de responsabilidade entre órgãos de governo para lidar com a prevenção, investigação e punição tais ofensas”. Também foi demonstrada preocupação com “a falta de independência de comissão com força e fontes extensas para cuidar caso a caso sobre alegações de seqüestro e desaparecimento de pessoas e, até mesmo, localizar seus restos mortais. Incerteza sobre estas circunstâncias causa sofrimento às famílias das pessoas desaparecidas¹⁵¹.” O Comitê recomendou que:

“Uma comissão independente deveria ter sido estabelecida para investigar as circunstâncias do seqüestro e desaparecimento de pessoas para determinar o ocorrido e os seus restos mortais estão. O Governo tem a obrigação de encontrar

responder aos interesses da família, dar reparação pela perda ou danos, e processar os responsáveis pelos atos¹⁵².”

Por último, quando foi examinado o relatório inicial da Bolívia, o Comitê recomendou que o Governo adote “as medidas necessárias para assegurar o comprometimento dos promotores públicos cujo dever é conduzir investigações de qualquer denúncia de tortura, crueldade, tratamento desumano e degradante de maneira pronta e imparcial; durante estas investigações, os oficiais acusados deve ser suspensos de seus serviços¹⁵³.” Foi recomendado, ainda, que o Estado parte “crie um registro público centralizado para receber reclamações de tortura e maus tratos como resultado de investigações¹⁵⁴”.

Artigo 2(b) e (c) da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher requer que os Estados partes “adotem medidas legislativas apropriadas, além de outras, incluindo sanções onde for o caso, proibindo todas as discriminações contra a mulher” e “para estabelecer proteção legal ao direitos das mulheres em termos iguais aos dos homens e assegurar, seja através de tribunais ou órgãos administrativos, proteção efetiva contra qualquer ato de discriminação”. Apesar destas provisões serem aplicáveis a todas as formas de discriminação por conta do sexo, elas têm especial importância no caso de violência ou abuso de mulheres.

Sobre este assunto, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher recomendou aos Estados Partes da Convenção que tome

“Medidas legais efetivas, incluindo sanções penais, civis e compensações para proteger as mulheres contra todos os tipos de violência incluindo, abuso na própria família, assédio sexual no local de trabalho e estupro¹⁵⁵”.

Sobre a situação da República da Maldivas, o Comitê enfatizou a violência contra a mulher “incluindo violência doméstica, constitui uma violação aos direitos humanos da mulher perante a Convenção”. Foi requerido ao Governo “que considere que tal violência seja considerada um crime punível pela lei penal, e que seja processada e punida de forma severa e rápida¹⁵⁶”. O Ubezequistão foi solicitado para garantir que mulheres e meninas vítimas de violência, incluindo a doméstica, “tenham meios diretos de reparação e proteção¹⁵⁷”.

3.5.2 O nível regional

A Corte Inter-Americana sobre Direitos Humanos decidiu no caso de *Crianças de Rua* que está claro no artigo 1(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos “que o Estado tem a obrigação de investigar e punir qualquer violação dos direitos contidos na Convenção para garantir tais direitos¹⁵⁸”. No precedente caso *Velásquez Rodríguez*, a Corte determinou alguns entendimentos sobre o dever dos Estados Partes de investigar violações aos direitos humanos, que em tal caso envolveu o rapto e desaparecimento do Sr. Velásquez. A Corte decidiu que:

“176. O Estado é obrigado a investigar toda situação que envolva uma violação aos direitos protegidos pela convenção. Se o Estado atua de uma forma tal que a violação não é punida e os direitos das vítimas não é restabelecido o quanto antes, o Estado, assim, falhou ao cumprir com seu papel de garantir o livre e completo exercício destes direitos para todos em sua jurisdição. O mesmo fato ocorre quando o Estado admite que se pessoas ajam de forma **privada**, através de impunidade, em detrimento da convenção.

177. Em alguns casos, pode ser difícil de investigar atos que constituem violações ao direito individual de cada um. O dever de investigar, como o dever de prevenir, não é quebrado apenas porque a investigação não produz um resultado satisfatório. ***Ainda assim, deve ser tomado de uma maneira mais séria, e não apenas como uma mera formalidade ineficiente. Uma investigação deve ter um objetivo e reconhecida pelo Estado como seu dever legal, não como uma medida tomada por interesses privados que dependam de interesses da vítima ou de sua família a partir de uma prova, sem uma busca efetiva sobre a verdade do governo.*** Isto é verdadeiro independente se o agente é responsabilizado pela violação. Quando atos de pessoas privadas violam a Convenção e não são investigadas corretamente, estas pessoas, de alguma forma, são ajudadas pelo governo, fazendo-o também responsável no plano internacional¹⁵⁹.”

No mesmo caso, a Corte concluiu que os procedimentos disponíveis em Honduras foram “teoricamente adequadas”, mas a prática demonstrou “uma completa falta de habilitação” dos procedimentos tomados na investigação sobre o desaparecimento de Manfredo Velásquez e para cumprir com o dever do estado de pagar reparação e punir aqueles que violaram o artigo 1(1) da Convenção¹⁶⁰. Neste sentido, as Cortes não processaram qualquer ação de *habeas corpus*, nenhum juiz teve acesso ao local de prisão onde o Sr. Velásquez poderia estar, e a ação penal foi desconsiderada¹⁶¹. A Corte ainda notou que “o dever de investigar fatos deste tipo continua, ***uma vez que as suspeitas de desaparecimento da pessoa continuam ativas***¹⁶²”.

No caso *Velásquez*, a Corte de forma unânime decidiu que Honduras violou os

artigos 4, 5 e 7 unidos com o artigo 1 (1) da Convenção¹⁶³.

Apesar do Governo conduzir vários procedimentos judiciais sobre os fatos, ainda houve violação do artigo 1(1) da Convenção Americana ao investigar o crime. Este foi o caso das *Crianças de Rua*, onde as pessoas acusadas de raptarem e matarem as crianças não foram punidas porque “não foram identificadas ou penalizadas pelas decisões judiciais” Esta consideração, por si só, foi suficiente para concluir que a Guatemala havia violado o artigo 1(1) da Convenção¹⁶⁴.

O dever de investigar, processar e punir as violações aos direitos humanos é, com certeza, igualmente válida para os Estados Contratantes da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos. Em vários casos, por exemplo, a Corte Europeia sobre Direitos Humanos enfatizou a obrigação de investigar o direito à vida. Sua jurisprudência neste caso importante foi bem definida no caso *Avsar*, em que decidiu:

“393. A obrigação de proteger o direito à vida sob o artigo 2 da Convenção, em conjunto com o dever geral do Estado disposto no artigo 1 da Convenção para” assegurar a todos que estejam em sua jurisdição os direitos e liberdades definidos na Convenção “, também requer q existência de uma investigação efetiva oficial quando pessoas forem mortas por conta do uso da força ... A função essencial de tais investigações é assegurar uma implementação efetiva das leis domésticas que protegem o direito à vida e, nos casos envolvendo agentes do estado, assegurar a responsabilização pelas mortes ocorridas sob sua responsabilidade. A forma que a investigação deve tomar para atingir tais pressupostos irá variar de acordo com as diferentes circunstâncias. Todavia, seja qualquer o modo empregado, as autoridades devem lidar com isto, desde sua chegada. Tais pessoas não devem deixar à deriva as investigações por conta de erros formais ou procedimentos na representação ...

394. Para que se tenha uma efetiva investigação de assassinato envolvendo agentes do estado, as pessoas responsáveis pela investigação deve ser independentes com relação ao fato ocorrido ... A investigação deve ser efetiva para determinar se a força utilizada não era justificável em tais circunstâncias ... e para identificar e punir os

responsáveis ... Esta não é uma obrigação de resultado, mas de meio. As autoridades devem tomar as medidas necessárias para assegurar as provas sobre o incidente, incluindo testemunhas oculares, evidência forense e quando for o caso, uma autópsia que forneça um completo e apurado relatório do dano, incluindo as causas da morte ... Qualquer deficiência para estabelecer a causa da morte, ou a pessoa responsável pelo crime, irá criar uma situação fora deste padrão.

395. Deve haver ainda um requerimento de prontidão e razoável neste... deve ser aceito que obstáculos ou dificuldades possam aparecer e comprometer um progresso na investigação. Contudo, uma pronta resposta pelas autoridades para descobrir a razão do uso de força letal deve ser considerada para manter uma confiança pública nas autoridades e a função da justiça para prevenir a aparente tolerância por atos ilegais¹⁶⁵.”

Ademais, como foi notado pela Corte no caso *Avsar*, em que foram alegados assísnatos “realizados sob suspeitas de mando das forças secretas e com o conhecimento das autoridades”, tal situação aumentou “a preocupação sobre o respeito às leis e ao direito à vida pelo Estado”. Desta maneira, em tais casos o procedimento de acordo com a Convenção Europeia sobre o direito à vida “deve ser necessário um exame mais amplo¹⁶⁶”.

Neste caso, a vítima foi levada de sua casa por sete pessoas, conhecidos como os guardas da vila, MM (a pessoa que confessou) e um guarda de segurança. Ele foi levado para custódia e depois morto. A Corte concluiu que o artigo 2 da Convenção foi violado porque “a investigação pelo sistema prisional, promotor público e no tribunal não esclareceram ao certo as circunstâncias sobre a morte de Mehmet Serif Avsat”. Desta maneira, houve “uma quebra do *dever de diligência* do Estado de proteger o direito à vida¹⁶⁷”. A Corte concluiu, ainda assim, que o governo era responsável pela morte do Sr. Avsat, uma descoberta que resultou na violação das obrigações de garantir o direito à vida constante no artigo 2 a Convenção Europeia¹⁶⁸. Deve ser considerado que os guardas da vila e aquele que confessou foram processados e condenados neste caso, mas o restante não foi. Neste caso, “foram tomadas medidas na esfera civil ... que foram insuficientes para o caso e não deram reparação das autoridades para aquele que denunciou a morte de seu irmão”. Ele ainda poderia ser considerado a vítima de violação do artigo 2 em nome do seu irmão¹⁶⁹.

3.5.3 O papel das vítimas durante as investigações e procedimentos judiciais

O papel da vítima é essencial durante as investigações, procedimentos judiciais, violações aos direitos humanos e na inquirição sobre assassinatos, tortura e outras formas de

violência, incluindo aquelas baseadas na distinção de sexo, sejam elas cometidas por pessoas comuns ou autoridades do Estado. Juizes, promotores e advogados devem sempre tomar providências para que as pessoas relacionadas sejam ouvidas durante as investigações, bem como durante o procedimento judicial. Devem, também, ter atenção especial com casos que envolvam desaparecimento. O trauma enfrentado pela família nestes casos é profundo. A angústia de não saber o que ocorreu que seu ente querido é enorme e marca a vida destas pessoas. Os operadores do direito devem demonstrar cortesia e compreensão pelos sentimentos e reações das pessoas que enfrentam tais tragédias e desaparecimento.

No caso *Crianças de Ruas*, a Corte Inter-Americana de Justiça sobre Direitos Humanos enfatizou o seguinte sobre o dever de investigar:

“De acordo com o artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é evidente que as vítimas destas violações devem ter o direito de serem ouvidas nos procedimentos, tanto para esclarecer os fatos como para punir os responsáveis, e perseguir reparação¹⁷⁰.”

Falhar ao processar denúncias privadas, ações de *habeas corpus* ou civis, e erros ao iniciar investigações sobre alegações de violações de direitos humanos e, quando for o caso, sempre que apropriado, realizar processo criminal contra os responsáveis torna impossível às vítimas “de serem ouvidas e terem suas denúncias processadas por um tribunal independente e imparcial¹⁷¹”. Tal falha não apenas alveja o direito da vítima de receber uma solução efetiva, mas também sua confiança que indivíduos e o público deve ter no seu sistema judicial.

*Inerente ao dever de dar efetiva proteção aos direitos humanos está o dever legal de **investigar, processar e punir** violações aos direitos e liberdades individuais.*

O Propósito maior deste dever é garantir a restauração dos direitos e liberdades das vítimas.

Para realizar este dever, os Estados deve conduzir pronta e efetivas investigações sobre todas as alegações de violações de direitos humanos. Este dever tem importância particular quando as alegações envolvem o direito à vida, o direito de não ser mau tratado, torturado, incluindo violência baseada na distinção de sexo, bem como de outras discriminações.

O dever de investigar é meio e não fim em si mesmo, que implica que:

- *a investigação deve ser conduzida por um órgão independente daquele relacionado com a alegada*

violação;

- *a investigação deve ser considerada de forma imparcial, rápida, completa e efetiva para facilitar a identificação da pessoa responsável pela alegada violação aos direitos humanos para o conseqüente processo e eventual punição;*
- *a investigação deve ser iniciada por um Estado assim que obtiver conhecimento dos fatos alegados e não deve, assim, depender de representação da vítima;*
- *Investigações formais sem a intenção de estabelecer a verdade não respondem ao dever efetivo de investigar as alegações de violações aos direitos humanos;*
- *Exemplos de passos necessários para garantir a efetiva investigação de assassinatos arbitrários envolve o recolhimento de provas como o relato de testemunhas oculares, evidências forenses e autópsia que envolvam a análise de exames clínicos, incluindo a causa da morte;*
- *No caso de violação grave dos direitos humanos como um desaparecimento, o dever de investigar e processar deve ser levado enquanto não se descobrir o que realmente ocorreu com as vítimas.*

A vítima de uma violação aos direitos humanos tem um papel essencial nas investigações e nos procedimentos judiciais relacionados às violações. A vítima deve ter ampla oportunidade de ser ouvida e ser parte no processo penal.

Juízes, promotores e advogados devem sempre ser cortês com as vítimas de violações, em especial com o trauma decorrente de casos que envolvam desaparecimento e outros abusos sérios dos direitos humanos.

A falha de investigar violações aos direitos humanos prontamente e efetivamente coloca na berlinda o direito da vítima de receber reparação por seu constrangimento põe em cheque a confiança do sistema judicial.

3.6 O dever de fornecer reparação decorrente de violações aos direitos humanos

3.6.1 Restituição e reparação

Na maioria dos casos, os tratados internacionais sobre direitos humanos não descrevem como uma quebra das regras deve ser solucionada. Isto se dá para que os Estados partes dos tratados possam, de maneira livre, decidir como efetivar tais direitos e liberdades. Todavia, o artigo 14(1) da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes determina que o Estado parte tem o dever de que as vítimas de tortura obtenham reparação e que “seu direito efetivo de receber satisfação, incluindo meios de reabilitação”. No caso de morte da vítima como resultado de tortura, seus dependentes “deve poder receber reparação”. Como dito anteriormente, o artigo 7 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher também impõe ao Estado o dever de estabelecer “os mecanismos legais e administrativos para garantir que as mulheres violentadas tenham efetivo acesso à restituição, reparação e outras soluções”.

Como no caso de vítimas de crimes comuns, vítimas de violações aos direitos humanos devem, sempre que possível, ter seus direitos restaurados. No caso *Blazek*, que tratava de um confisco de propriedade na República Tcheca, o Comitê sobre Direitos Humanos expressou que, de acordo com o artigo 2(3)(a) da Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Estado parte tinha “a obrigação de fornecer aos autores uma solução efetiva, incluindo a oportunidade de iniciar um novo procedimento para restituição e reparação” para um ato de discriminação contrária ao artigo 26 da Convenção¹⁷². Neste caso, que lidava com propriedade imóvel, a restituição pode ser possível. Todavia, como foi amplamente esclarecido neste capítulo, isto nem sempre é viável, especialmente quando a vítima foi morta ou violentada e as opções são limitadas à reparação e reabilitação.

O exemplo disposto abaixo irá ilustrar como as cortes regionais sobre direitos humanos lidam com a questão da reparação. Todavia, deve ser ressaltado que a obrigação de identificar é derivada nestes casos de uma obrigação internacional relacionada à violação de um tratado sobre direitos humanos e, assim, não é baseada no direito local¹⁷³. De outra maneira, os julgamentos ajudam a esclarecer os tipos de danos que podem ser compensados, apesar da reparação atual depender dos fatos de cada caso.

A Corte Européia sobre Direitos Humanos tem fornecido compensações regularmente para vítimas de tortura e aos dependentes do assassinado. Dependendo das circunstâncias, a reparação pode ser fornecida ou conta **de danos pecuniários e danos morais** que não podem ser considerados para efeito de reparação pelas descobertas de organismos de monitoramento internacional¹⁷⁴. Tal reparação pode ser dada não apenas para a vítima, mas para os seus dependentes também¹⁷⁵. Reparação por **custos e despesas** também pode ser fornecida¹⁷⁶. Porém, no caso do dependente não vivesse às custas do seu irmão antes de sua morte, a Corte julgou que “não era apropriado” fornecer reparação por danos pecuniários¹⁷⁷.

No nível Americano, a questão para identificar uma “reparação correta” para os dependentes do Sr. Velásquez’s surgiu no caso *Velásquez Rodríguez*. A Corte Interamericana concluiu que, uma vez que o desaparecimento do Sr. Velásquez não era uma morte acidental, mas “o resultado de sérios atos imputados por Honduras”, a quantia a ser

compensada não poderia “ser baseada na morte acidental, mas calculada como perda de receita de acordo o salário que a vítima teria recebido até o tempo de sua possível morte natural¹⁷⁸”. Porém, a Corte diferenciou duas situações: De um lado, a situação de uma vítima que estava “totalmente e permanentemente sem condições”, cujo caso “de reparação deveria incluir todas as falhas de receber de acordo com a sua expectativa de vida¹⁷⁹”, e, de outra maneira, a situação em que os beneficiários são membros da família que têm, em princípio, “uma possibilidade futura de trabalhar ou receber salário por seu próprio esforço¹⁸⁰”. Neste último caso, não seria correto “aderir a um critério rígido ... mas determinar uma estimativa prudente dos danos, segundo as circunstâncias do caso¹⁸¹”.

Sobre a questão de identificação dos danos morais sofridos pelos membros da família do Sr. Velásquez, a Corte decidiu que tais danos era “resultado do impacto psicológico sofrido pela família”, especialmente como resultado “do dramático desaparecimento de uma pessoa¹⁸²”. Os danos morais foram demonstrados por um “laudo elaborado por especialista” e pelo testemunho de um psiquiatra e de um professor de psicologia. De outro modo, a Corte estabeleceu que o desaparecimento do Sr. Velásquez “produziu péssimos impactos psicológicos nos membros imediatos da família que deveria, assim, ser considerado como dano moral¹⁸³”. Desta forma o Governo teve de pagar reparação.

Como os organismos *universais* de monitoramento não possuem caráter judicial, eles não têm competência para dar reparação pelos danos. Neste passo, sob o Protocolo Facultativo da Convenção Internacional sobre Direitos Políticos e Cíveis, o Comitê sobre Direitos Humanos possui limitação para apenas pedir aos Governos que paguem compensações pelos atos sofridos sem especificar, contudo, a quantia a ser paga¹⁸⁴.

3.6.2 Reabilitação

Em muitos casos, como em eventos de tortura, maus tratos ou discriminação baseada em sexo da pessoa, pode existir uma necessidade de reabilitação física e psicológica, além da reparação financeira. Como dito da subseção anterior, artigo 14(1) da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes determina explicitamente o dever do Estado parte de fornecer reparação para as vítimas, incluindo os meios para uma completa reabilitação, quando possível.

O Comitê contra a Tortura expressou preocupação com Camarões no sentido da “falta de previsão legal para reparação e reabilitação das vítimas de tortura, contrariando o artigo 14 da Convenção”. Assim, foi recomendado ao Estado parte que crie “um mecanismo legislativo para uma completa reparação para reabilitação para a vítima de tortura¹⁸⁵”. O Comitê ainda recomendou ao Brasil que tome medidas para “regular e institucionalizar o direitos de vítimas de tortura para receberem correta e adequada reparação pelo Estado, e para estabelecer programas para uma completa reabilitação física e mental¹⁸⁶”.

Reabilitação para as vítimas de abuso também foi definida pelo artigo 39 da convenção sobre os Direitos da Criança, em que

“Os estados Partes devem tomar as medidas apropriadas par promover uma reabilitação psicológica e física, além da reintegração social de uma criança vítima de qualquer forma de negligência, exploração, abuso, tortura ou qualquer outra forma de crueldade, degradação humana, punição ou conflitos armados. Tal recuperação deve ocorre num ambiente que prospere a saúde, respeito e dignidade da criança.”

Com base neste artigo, o Comitê para os Direitos da Criança recomendou à antiga República Iugoslava da Macedônia “que estabelecesse um programa urgente para fornecer recuperação física e psicológica” de crianças que foram vítimas de crimes¹⁸⁷. O Comitê enfatizou que as mediadas de reabilitação de crianças é particularmente importante em tempos de guerra¹⁸⁸.

Mulheres sujeitas ao tráfico constituem um outro grupo de vítimas de direitos humanos que necessita de reabilitação. O Comitê sobre os Direitos Humanos recomendou à Venezuela que crie um programa de reabilitação para tais pessoas¹⁸⁹. O Comitê sobre a Eliminação de Discriminação contra a Mulher ainda recomendou que os Estados tomem “medidas de proteção, incluindo abrigos, corpo de conselheiros, reabilitação e ajuda a vitimas de violência ou que tenha de se tornar vítima¹⁹⁰”.

No nível regional, a necessidade de reabilitação para mulheres sujeitas à violência é reconhecida pelo artigo 8 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em que os Estados parte “concordam em tomar medidas progressivas ... para dar às mulheres vítimas de violência acesso efetivo a treinamento e recuperação para retornarem à vida social, pública e privada”.

Vítimas de violações aos direitos humanos têm o direito de reparação pelos males sofridos.

Sempre que possível tal reparação deve ocorrer pela restituição de direitos. Se tal restituição não é possível, reparação correta por danos morais ou patrimoniais deve ser fornecida.

Reparação em forma de reabilitação deve ocorrer, sempre que necessário, para vítimas de violência, tortura, maus tratos e discriminação racial ou por conta do sexo da pessoa.

3.7 O problema da impunidade para violações aos direitos humanos

3.7.1 A perspectiva legal da impunidade

Impunidade para violações aos direitos humanos é uma das maiores ameaças ao completo gozo dos direitos e liberdades do indivíduo e, assim, constitui uma violação ao dever legal do Estado de garantir a efetiva proteção a tais direitos e liberdades. Deixar de processar crimes como tortura, rapto, desaparecimentos e assassinatos é particularmente devastador para a vítima e seus familiares, além da sociedade. Uma cultura de impunidade também “aumenta a diferença entre aqueles que estão próximos do poder e outros, que estão sujeitos aos abusos relacionados aos direitos humanos. A dificuldade crescente de realizar justiça faz com que pessoas procurem meios próprios para tanto, que resulta numa deterioração do sistema judiciário e aumenta a violência¹⁹¹.” Impunidade nos casos de violações aos direitos humanos pode existir em qualquer país, mas é particularmente comum em países onde leis de anistia são adotadas após períodos de regimes militares ou ditaduras, sendo que adoção de tais medidas é defendida como meio vital para o restabelecimento da ordem.

Os organismos internacionais de monitoração têm denunciado constantemente a impunidade por conta de violações aos direitos humanos. No caso *Rodríguez*, por exemplo, Comitê sobre Direitos Humanos Concluiu que a lei Uruguaia No. 15,848 de 1986, a Lei de Limitações ou Lei de Prescrição (*Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado*) violava o artigo 7 e o artigo 2(3) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Esta lei que foi adotada em 1986 restringiu a possibilidade de se processar o Estado alegando violações aos direitos humanos durante os anos em que o país esteve sob o regime militar. Assim, o autor da reclamação foi preso e tortura em 1983 durante o regime ditatorial, porém, por conta da lei de anistia, não foi possível processar o Estado para a reparação. Neste sentido, o Comitê reafirmou sua posição

“A anistia para forte violação aos direitos humanos e a legislação como a No. 15,848, *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado*, são incompatíveis com as obrigações do Estado parte de acordo com a Convenção. O Comitê demonstrou profunda preocupação sobre a adoção desta lei efetivamente exclui muitos casos de serem investigados sobre as alegadas violações e, com relação ao Estado, este teve suas obrigações de fornecer remédios efetivos contra os abusos desconsideradas. Assim, o Comitê está preocupado com relação a adoção desta lei e o ambiente criado pelo Estado com relação à impunidade que poderá minar a democracia dar lugar a outras violações aos direitos humanos¹⁹².”

Com relação à Argentina, o Comitê expressou preocupação “com o ambiente de impunidade a favor daqueles que realizaram violações sob a proteção do regime militar”. Ainda, muitas pessoas acobertadas pela lei de anistia Argentina continuam “a servir as forças militares e o serviço público, sendo que algumas receberam promoções nos anos seguintes”. O Comitê recomendou o seguinte:

“Violações de direitos civis e políticos durante o regime militar devem ser processados sem limites de tempo, com aplicação retroativa no tempo, para trazer justiça aos transgressores. O Comitê recomendou que medidas efetivas continuem sendo tomadas nesta área, e que aqueles transgressores sejam removidos do serviço público e militar¹⁹³”.

O Comitê ainda expressou preocupação sobre a Lei de Anistia da Croácia. Apesar desta lei não dar anistia para aqueles culpados por crimes de guerra, ela falha ao não definir tal situação. O Comitê, desta maneira, recomendou que o Estado parte “garanta que a aplicação da lei de Anistia não é utilizada para criar impunidade contra aqueles que são acusados de violarem os direitos humanos¹⁹⁴”.

O Comitê contra Tortura manifestou preocupação sobre a existência, na Guatemala

“de impunidade por infrações em geral e por violações a direitos humanos em particular, como resultado de reiterado descumprimento do dever por órgãos governamentais responsáveis por prevenir, investigar e punir tais infrações. Existe impunidade na maioria das violações cometidas durante o conflito armado interno e aquelas cometidas após a assinatura dos Acordos de Paz¹⁹⁵”.

A fim de melhorar a situação, o Comitê fez várias recomendações ao Estado Parte envolvendo, dentre outras coisas, o fortalecimento da autonomia e independência do judiciário e do Ministério Público, bem como a proibição de envolvimento do exército na segurança pública e prevenção de crimes.

O Comitê para Eliminação da Discriminação Racial reconheceu os esforços feitos pela Ruanda “para prevenir a impunidade para causadores de genocídio e outras violações aos direitos humanos e levar os responsáveis à justiça”. Ainda assim, o Comitê

permaneceu preocupado com a impunidade do país “notadamente em casos ilegais que envolvem as forças de segurança”. Assim, foi pedido ao Estado que “tome mais medidas para responder de forma adequada e prevenir atos ilegais cometidos por membros civis ou militares do estado¹⁹⁶”.

Também é sabido, por conta da jurisprudência regional que não se pode tolerar violações aos direitos humanos cometidas por qualquer pessoa. O dever do Estado de investigar, processar, punir e recompensar direitos humanos violados também se relaciona com os atos cometidos por cidadãos civis, ou pelo menos quando o Estado sabia, ou deveria saber, sobre os atos ilegais.

A Corte Interamericana sobre Direitos Humanos deixou claro que um Estado parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos “é obrigado a investigar toda situação envolvendo os direitos estabelecidos pela Convenção” e que, quando não for o caso, “o Estado tenha falhado para cumprir seu dever de garantir um completo e livre exercício dos direitos em sua jurisdição”. Na visão da Corte:

“O mesmo é verdade quando o Estado permite que pessoas ou grupos atuem de forma livre e sem punição em detrimento dos direitos reconhecidos pelo Convenção¹⁹⁷.”

O caso supracitado *Mahmut Kaya v. Turquia* demonstra que a Corte Européia pode responsabilizar o Estado por conta de violações cometidas por cidadãos civis, pelo menos quando o Estado estava sabendo dos fatos ou “deveria saber da possibilidade” que tais fatos pudessem ocorrer e que “tivessem a complacência das forças de segurança¹⁹⁸”.

Como pode ser visto por estes casos selecionados e declarações, impunidade por violações sérias de direitos humanos como assassinatos, rapto, desaparecimento, tratamento desumano e degradante é ilegal perante leis internacionais sobre direitos humanos. Este capítulo deixou claro que os Estados têm a obrigação legal de garantir proteção aos direitos humanos de qualquer um incluindo, em particular, o direitos À vida, liberdade e segurança. Estados que deixam de cumprir com este dever no nível doméstico podem ter que assumir responsabilidade internacional perante organismos de monitoramento.

3.7.2 Justiça, impunidade e reconciliação

Como descrito acima, a questão de impunidade aos transgressores de direitos humanos é assunto freqüente de intensos debates quando um país está saindo de um regime de opressão ou conflitos armados e deseja estabelecer uma era de paz, segurança e democracia.; Nestas circunstâncias, vítimas de violações aos direitos humanos, crimes de guerra e crimes contra a humanidade desejam reconhecimento e justiça pelos erros cometidos. Em particular, muitas famílias que tiveram parentes desaparecidos e/ou executados demonstram complexos sentimentos de ansiedade para saber a verdade sobre o destino de seus familiares. De outro modo, infratores dos direitos humanos insistem em obter anistia ou perdão pelos atos cometidos. Porém, no meio desta situação, a sociedade deve buscar um novo *modus vivendi* para continuar evoluindo e levando o bem estar a todos.

Talvez este não seja o momento de resolver situações complexas como culpa, confissão de culpa, castigo, reparação, reabilitação e reconciliação que surge em tais situações. Conduto deve ser dito que neste capítulo, que perdões e anistias não podem ser dados, em qualquer circunstâncias, para violações do direito à vida, liberdade e segurança das pessoas, incluindo o direito à liberdade da tortura e outras formas de maus tratos. Como será demonstrado no próximo capítulo, estes são alguns direitos que não podem ser transacionados em nenhuma oportunidade, nem mesmo em caso de calamidade pública. O princípio da justiça determina que todos os direitos das vítimas sejam reconhecidos e solucionados, que os causadores sejam punidos e que os Estados envolvidos atuem de forma efetiva para prevenir atos semelhantes no futuro. Não é possível para um país se erguer das ruínas e da opressão de maneira construtiva se não determinar um mínimo legal para que a dignidade humana seja cumprida. Em outras palavras, apesar de algumas formas de reconciliação nacional haja a necessidade de negociações entre as partes, uma reconciliação próspera e duradoura deve, em respeito às vítimas, ser baseada em tais princípios da justiça.

As impunidades por conta de violações aos direitos humanos é contrária ao dever legal do Estado de garantir proteção sob a alçada das leis internacionais.

De fato, falhas para processar violações aos direitos humanos é considerado quebra das leis internacionais.

A necessidade para que Estados proibam a impunidade também é aplicável aos atos cometidos por cidadãos civis.

Impunidade por violações sérias dos direitos humanos como execuções, desaparecimentos e tortura cria situações graves às vítimas e seus familiares e, assim, deve ser prevenido.

Respeito pela dignidade das pessoas humana depende da violação ser reconhecida, punida e compensada.

Reconciliação nacional sustentável pode não obter sucesso se os direitos das vítimas de violações sérias aos direitos humanos não forem respeitados.

4. A função de juizes, promotores e advogados para garantir justiça às vítimas de crimes e violações aos direitos humanos

Independente se a pessoa é vítima de crime ou violações aos direitos humanos, este capítulo demonstrou o papel essencial de juizes, promotores e advogados para responder de forma efetiva aos problemas, necessidades e direitos da vítima. Operadores do direito não devem apenas ser corteses e compreensíveis, mas devem demonstrar conhecer os direitos humanos e agir de forma independente no busca da justiça. Assim, sem uma justiça independente e imparcial, bem como promotores e advogados independentes que tenham liberdade de agir prontamente, vigorosamente e de maneira efetiva em resposta a violações aos direito humanos, tais direitos continuarão a ser letra morta. Todos os Estados devem dar condições de independência e imparcialidade, e os membros do judiciário devem liderar os esforços para cumprir as normas de direitos humanos e investigar e punir atos contrários às liberdades e direitos individuais.

5. Conclusão

Este capítulo focou em primeiro lugar na proteção e reparação de vítimas de crimes e, em Segundo lugar, na proteção e reparação de vítimas de violações aos direitos humanos. Enquanto o direito internacional sofre de um lapso de regras para vítimas de crimes comuns, o contrário é verdadeiro no caso dos direitos humanos. Neste sentido, muitas regras legais e vasta jurisprudência dão uma rica contribuição e inspiração para os profissionais do direito.

O dever legal do Estado de prevenir, proteger, investigar, processar punir e compensar violações aos direitos humanos teve ampla cobertura neste capítulo. Apesar de ser uma tendência dar atenção no direito à vida e liberdade decorrente de tortura e outra forma de mau tratamento e violência, as mesmas obrigações existem para os direitos humanos. Como os direitos são interdependentes, sua proteção efetiva não pode ser examina de forma isolada. Vítimas de tortura, por exemplo, devem poder falar livremente par reclamar seus direitos e devem gozar de respeito para poder interagir com consultores legais e outros. Esta relação intrínseca entre os direitos se torna particularmente relevante no caso de situações de crises e não podem, de forma alguma, serem derogadas. Isto fará parte do último capítulo deste Manual.



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

Objetivos do Aprendizado

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

Perguntas

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

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

Documentos Legais Importantes

Documentos Universais

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

Documentos Regionais

- Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, 1981

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

1. Introdução

1.1 Comentários gerais introdutórios

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1 Disposições legais aplicáveis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁵ *Ibidem*, parágrafo 41.

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

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

Conforme pode ser visto nas disposições acima, o conceito de emergência previsto no art. 4(1) do Pacto Internacional é bastante semelhante àquele contido no art. 15 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos. Esta semelhança se dá pelo fato de que a redação dos dois tratados foi inicialmente realizada de forma simultânea por duas organizações diferentes, i.e. pela Organização das Nações Unidas e pelo Conselho Europeu. Entretanto, a Convenção Européia foi adotada em 4 de novembro de 1950, mas o Pacto continuou sofrendo alterações. Seu art. 4º foi alterado até sua redação final ser concluída pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas em 1952.⁷

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

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

⁶ *Ibidem*, parágrafos 41-54.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹ *UN doc.* E/CN.4/SR.126, pág. 3.

¹² *Ibidem*, pág. 6.

¹³ *UN doc.* E/CN.4/SR.127, pág. 7.

¹⁴ *UN doc.* E/CN.4/SR.126, pág. 8

¹⁵ *UN doc.* E/CN.4/SR.127, pág. 7.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁹ *Ibidem*, pág. 13, parágrafos 63-64.

²⁰ *Ibidem*, pág. 14, parágrafo 69.

²¹ *Ibidem*, pág. 16, parágrafo 82.

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

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

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

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

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

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

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

²⁴ UN doc. E/CN.4/SR.330, pág. 4.

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

²⁶ *Ibidem*, pág. 264; tradução do original em espanhol.

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

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

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

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

²⁷ *Ibidem*, pág. 319.

²⁸ *Ibidem*, págs. 264-265.

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

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

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

³² *Ibidem*, pág. 30.

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

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

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

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

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

2.3 A interpretação dos organismos de controle internacionais

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁴ *Ibidem, loc. cit.*

³⁵ *Ibidem*, pág. 202, parágrafo 2º.

³⁶ *Ibidem, loc. cit.*

³⁷ *Ibidem*, pág. 202, parágrafo 3º.

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

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

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

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

³⁸ *Ibidem, loc. cit.*

³⁹ *Ibidem*, pág. 203, parágrafo 5º.

⁴⁰ *Ibidem*, págs. 202-203, parágrafo 3º.

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

⁴² *Ibidem*, pág. 101, parágrafo 459.

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

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

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

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

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

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

⁴⁵ *Ibidem*, págs. 46-47, parágrafo 286, e pág. 48, parágrafo 299.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nesta opinião a Corte considerou, ainda, que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 40, parágrafo 24.

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

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 147, parágrafo 154.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 79, parágrafo 207.

⁶¹ *Ibidem*, *loc. cit.*

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁶⁵ *Ibidem*

⁶⁶ *Ibidem*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷² *Ibidem*, pág. 6.

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

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

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

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

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

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

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

⁷³ *Ibidem*, pág. 9.

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

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

⁷⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

dentro de suas fronteiras.

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

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

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

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

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

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

3.1 Observações iniciais

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

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

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

3.2 Disposições legais relevantes

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

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

Os artigos enumerados no dispositivo acima protegem os seguintes direitos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3 O direito à vida

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

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

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

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

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

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

⁸⁰ *Ibidem*, pág. 46, parágrafo 149.

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

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

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

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

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

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

A Convenção Européia entendeu que o uso combinado e premeditado “por horas a fio” das seguintes técnicas “desorientativas” ou de “privação sensorial” “aliadas a tratamento desumano” contrariam o artigo 3º da Convenção Européia, a saber: posicionamento de pessoas contra a parede, vedação dos olhos, sujeição a barulho, privação de sono e alimentos. Essas técnicas foram usadas em diversos centros de interrogatório na Irlanda do Norte no começo dos anos 70.⁸² A Corte também entendeu que houve a violação do artigo 3º no caso *Tomasi x França*, no qual o requerente, durante um interrogatório policial que durou “quatro longas horas”, foi “estapeado, chutado,

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

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

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

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

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

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

⁸⁴ *Ibidem*, pág. 42, parágrafo 115.

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

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

⁸⁷ *Ibidem*, págs. 220-221, parágrafo 198.

⁸⁸ *Ibidem*, pág. 219, parágrafo 193.

⁸⁹ *Ibidem*, pág. 219, parágrafo 194.

⁹⁰ *Ibidem*, pág. 219, parágrafo 195.

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

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

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

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

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

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

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

3.5 O direito a tratamento humano

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

⁹¹ *Ibidem*, pág. 220, parágrafo 197.

⁹² *Ibidem*, *loc. cit.*

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

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

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

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

3.6 Proibição da escravidão e servidão

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

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

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

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

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

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

Vale ressaltar que, sob os artigos 34 e 35 da Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual não contém nenhuma disposição derogatória, os Estados-parte têm o dever legal de proteger as crianças da exploração e abuso sexual e, também, de “prevenir o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças por qualquer motivo ou de qualquer forma”. Essas obrigações legais são reforçadas pelo Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil, o qual entrou em vigor em 18 de janeiro de 2002.⁹⁶

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

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

⁹⁶ Para informações adicionais sobre o Protocolo Facultativo, vide website da ONU: www.unhchr.ch/html/menu2/dopchild.htm

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.7.2 Princípio do *ne bis in idem*

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰¹ *Ibidem*, pág. 7, parágrafo 9.

¹⁰² *Ibidem*, pág. 7, parágrafos 9-10.

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

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

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

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

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

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

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

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

3.8 Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica

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

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

¹⁰⁴ *Ibidem*, pág. 55, parágrafo 8.

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

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

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

3.9 Direito à liberdade de pensamento, consciência e religião

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O direito de não ser “encarcerado arbitrariamente por descumprimento de obrigação contratual” é garantido pelo artigo 11 do Pacto Internacional e é inderrogável, conforme dispõe o artigo 4(2). Com respeito ao Gabão, o Comitê de Direitos Humanos expressou “preocupação com a prática de prender pessoas por dívidas civis, o que viola o artigo 11 do Pacto”. O Estado-parte foi avisado de que deve abolir o encarceramento por dívidas.¹¹⁰ O Comitê também questionou a razão pela qual o Governo de Madagascar “não revogou o decreto que aprovara o encarceramento por descumprimento de obrigação contratual”, o que estava em desconformidade com o artigo 11.¹¹¹ Em outras palavras, este direito deve ser assegurado em todos os Estados a qualquer tempo, independentemente do estado de desenvolvimento do país em questão.

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

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

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

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

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

3.11 Direitos da família

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

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

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

3.12 Direito ao nome

O direito ao nome é garantido pelo artigo 18 da Convenção Americana, de acordo com o que “toda pessoa tem o direito a um nome dado e ao sobrenome de seus pais ou de um deles. A lei deve regular o modo pelo qual este direito será assegurado a todos, pelo uso de nomes presumidos, se necessário”. A Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos expressou seu ponto de vista relativo a crianças menores de pais desaparecidos, as quais tiveram negado o direito à identidade e ao nome, em virtude da sua separação de seus pais, resultando em violação ao artigo 18.¹¹²

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

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

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

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

3.13 Direitos da criança

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.14 Direito à nacionalidade

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

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

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

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

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

¹¹⁷ *Ibidem*, pág. 183, parágrafo 101.

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

3.15 Direito de participação no governo

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

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

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

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

3.16 Direitos inderrogáveis e direito à proteção judicial e processual eficaz

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²⁰ *Ibidem*, pág. 206, parágrafo 16; grifos nossos.

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

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

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

Contudo:

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

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

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

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

¹²³ *Ibidem*, pág. 41, parágrafo 28.

¹²⁴ *Ibidem*, pág. 42, parágrafo 29.

¹²⁵ *Ibidem*, pág. 42, parágrafo 30; grifos nossos.

¹²⁶ *Ibidem*, pág. 42, parágrafo 31.

O Artigo 7(6) prevê:

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

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

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

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

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

¹²⁷ *Ibidem*, págs. 42-43, parágrafo 32.

¹²⁸ *Ibidem*, pág. 44, parágrafo 34.

¹²⁹ *Ibidem*, pág. 44, parágrafos 35-36.

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

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

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

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

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

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

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

¹³⁰ *Ibidem*, pág. 48, parágrafo 42; grifos nossos.

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

¹³² *Ibidem*, págs. 33-34, parágrafo 25.

¹³³ *Ibidem*, pág. 35, parágrafo 29.

¹³⁴ *Ibidem*, pág. 35, parágrafo 30.

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

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

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

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

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

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

¹³⁵ *Ibidem*, pág. 39, parágrafo 38.

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

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

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

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

4. Direitos Derrogáveis e Condições de Estrita Necessidade

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

4.1 Abordagem geral de interpretação

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

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

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

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

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

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

¹³⁹ *Ibidem*

¹⁴⁰ *Ibidem*, pág. 203, parágrafo 6°.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴⁵ *Ibidem*, pág. 46, parágrafo 38.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pág. 46, parágrafos 39-40.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴⁹

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

4.2 Direito a remédio eficaz

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

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

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

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

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

¹⁵¹ *Ibidem*, pág. 43, parágrafo 10º.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No caso *Lawless*, a Corte concluiu que os poderes especiais de detenção conferidos aos Ministros de Estado sob a Lei (Alterada) de 1940 sobre Crimes contra o Estado foram contrários ao artigo 5(1)(c) e (3) da Convenção Européia com base no fundamento de que o longo período de cinco meses de detenção do Sr. Lawless "não ocorreu com o intuito de tentar submetê-lo à presença da autoridade legal competente" e que durante sua detenção ele não foi efetivamente julgado por um juiz "dentro de um prazo razoável", conforme determinado pelas disposições acima¹⁵⁷. De acordo com a Corte, o "sentido natural e objetivo" da redação do artigo 5(1)(c) e (3) "claramente impõe a obrigação de prender ou deter a todos na presença de um juiz em quaisquer das circunstâncias contempladas pelo parágrafo 1(c), com o propósito de examinar a questão da privação de liberdade ou com o propósito de decidir sobre o mérito".¹⁵⁸ Considerando que o Sr. Lawless nunca foi levado à presença de um juiz com nenhum destes propósitos, sua detenção violou o artigo 5º da Convenção e, portanto, a Corte teve de examinar se tal

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

¹⁵⁸ *Ibidem*, pág. 52, parágrafo 14.

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

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

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

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

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

¹⁵⁹ *Ibidem*, pág. 58, parágrafo 36; grifos nossos.

¹⁶⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁶¹ *Ibidem*, pág. 58, parágrafo 37.

¹⁶² *Ibidem*, *loc. cit.*

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

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

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

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

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

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

¹⁶⁵ *Ibidem*, pág. 75, parágrafo 196.

¹⁶⁶ *Ibidem*, págs. 74-77, parágrafos 194-201.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pág. 80, parágrafo 211.

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

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

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

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

¹⁶⁸ *Ibidem*, pág. 82, parágrafo 214.

¹⁶⁹ *Ibidem*, págs. 80-81, parágrafo 212.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pág. 81, parágrafo 212.

¹⁷¹ *Ibidem*, págs. 81-82, parágrafo 214.

¹⁷² *Ibidem*, pág. 83, parágrafo 220.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷⁶ *Ibidem*, pág. 56, parágrafo 66.

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

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

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

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

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

¹⁷⁷ *Ibidem*, pág. 54, parágrafo 58.

¹⁷⁸ *Ibidem*, pág. 54, parágrafo 59.

¹⁷⁹ *Ibidem*, pág. 54, parágrafo 60.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸¹ *Ibidem*, pág. 52, parágrafo 54.

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

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

Ademais, oito anos após a adoção do julgamento no caso *Brannigan & McBride*, a Corte permaneceu “satisfeita” com o fato de que as salvaguardas impostas contra o abuso continuaram a “fornecer uma importante medida de proteção contra o comportamento arbitrário e a detenção incomunicável”.¹⁸⁴ Finalmente, a Corte não poderia aceitar a sujeição do requerente de que o Governo não havia conduzido “uma revisão significativa da contínua necessidade de derrogação do Artigo 5º, parágrafo 3º”. Realmente, ele estava “satisfeito com as evidências” de que as autoridades tinham “abordado tal assunto com frequência suficiente”, por exemplo, através de revisões anuais e debates parlamentares sobre qualquer proposta de renovar a legislação. A Corte notou que o Governo tinha finalmente retirado a derrogação em fevereiro de 2001.¹⁸⁵

¹⁸³ *Ibidem*, pág. 10.

¹⁸⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁸⁵ *Ibidem*, págs. 10-11.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸⁸ *ibid.*, pág. 2282, parágrafo 77.

¹⁸⁹ *Ibidem*, pág. 2282, parágrafo 78.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁹⁰ *Ibidem*, pág. 2283, parágrafo 83.

¹⁹¹ *Ibidem*, pág. 2284, parágrafo 84.

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

contra tortura ou outras formas de maus tratos.

4.4 O direito a um julgamento justo e a tribunais especiais

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁹² *United Nations Compilation of General Comments*, pág. 123, parágrafo 4.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁹⁸ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁹⁹ *Ibidem*

²⁰⁰ *Ibidem*, pág. 133, parágrafo 10.2

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

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

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

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

²⁰¹ *Ibidem, loc. cit.*

²⁰² *Ibidem*, pág. 133, parágrafo 10.3.

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

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

²⁰⁵ *Ibidem*, pág. 47, parágrafo 12.

²⁰⁶ *Ibidem*, págs. 61-62, parágrafo 15.

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

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

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

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

²⁰⁷ *Ibidem*, pág. 96, parágrafo 20.

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

²⁰⁹ *Ibidem*, págs. 170-171, parágrafos 86.36 and 86.40-86.43.

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

²¹¹ *Ibidem*, pág. 168, parágrafo 86.30.

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

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

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

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

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

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

²¹³ *Ibidem*, pág. 197, parágrafos 132-133.

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

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

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

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

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

²¹⁵ *Ibidem*, parágrafo 40.

²¹⁶ *Ibidem*, parágrafo 41.

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

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

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

A Corte considerou ainda que:

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

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

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

²¹⁷ *Ibidem*, parágrafo 42.

²¹⁸ *Ibidem*, loc. cit.

²¹⁹ *Ibidem*, parágrafo 45.

²²⁰ *Ibidem*, parágrafo 46.

duvidadas, fazerem parte daquele tribunal não faz nenhuma diferença neste caso.”²²¹

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

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

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

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

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

Os princípios da ampla defesa e do devido processo legal previstos

²²¹ *Ibidem*, parágrafo 47.

²²² *Ibidem*, parágrafo 48.

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

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

5. A Condição da Coerência com Outras Obrigações Legais Internacionais

O artigo 4(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 27(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e artigo 15(1) da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos dispõem que as medidas derogatórias não poderão ser incoerentes com outras obrigações dos Estados-parte sob as leis internacionais. A mesma condição é estabelecida no artigo 30(1) da Carta Social Europeia e no artigo F (1) da Carta Revisada.

O termo “outras obrigações sob leis internacionais” é muito abrangente e pode ser interpretado, em teoria, de forma a incluir qualquer obrigação legal advinda de tratados internacionais ou de direito consuetudinário, ou até mesmo dos princípios gerais do direito, que são importantes para o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais prejudicados por medidas derogatórias. No Comentário Geral no. 29, o Comitê de Direitos Humanos estabelece, nesse sentido, que:

“Nenhuma medida derogatória advinda das disposições do Pacto poderá ser incoerente com as outras obrigações do Estado-parte sob as leis internacionais, particularmente no que tange às regras da legislação humanitária internacional. O artigo 4º do Pacto não pode ser interpretado como uma justificativa para sua derrogação, se a referida derrogação envolver a violação de outras obrigações do Estado, quer baseadas em tratados quer na legislação internacional em geral. Isto é refletido inclusive no artigo 5º, parágrafo 2º do Pacto, sob o qual não deve haver restrições ou derrogações de direito fundamental reconhecido em outros instrumentos sob o pretexto de o Pacto não reconhecer tais direitos ou reconhecê-los em menor extensão.”²²³

Para possibilitar que o Comitê “considere as outras obrigações de um Estado-parte quando considera se o Pacto permite que o Estado-parte derogue disposições específicas do Pacto”, os Estados-parte deverão, ao invocar o artigo 4(1) ou submeter seus relatórios periódicos, “apresentar informações referentes às suas obrigações internacionais que sejam importantes para a proteção dos direitos em questão, em particular aquelas obrigações aplicáveis em situações de emergência [e] deverão levar em consideração o desenvolvimento da legislação internacional acerca dos princípios de direitos humanos aplicáveis em situações de emergência.”²²⁴

No caso de países que tenham ratificado tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos quanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é de fundamental importância para o Comitê de Direitos Humanos que seja examinado se as medidas derogatórias das obrigações de um Estado-membro sob o Pacto são incoerentes com suas obrigações sob a Convenção Americana, a qual inclui uma lista mais abrangente dos direitos inderrogáveis.

A Corte Européia de Direitos Humanos deixou claro que sua função sob a Convenção Européia requer que ela examine a coerência das medidas derogatórias com as outras obrigações do Estado Contratante sob as leis internacionais.²²⁵ No entanto, tanto no caso *Lawless* como no caso *Irlanda x Reino Unido*, a Corte não tinha informação alguma para sugerir que o Estado derogante teria desconsiderado essas obrigações. No último caso, observou-se que “o governo irlandês nunca forneceu à Comissão ou à Corte informações detalhadas relevantes sobre o pedido formulado ou breve relato do pedido.”²²⁶ Conforme demonstrado nesses casos, embora a Corte tenha o dever de examinar, *proprio motu*, a coerência das medidas derogatórias com as obrigações do Estado com outras obrigações do Estado-parte sob as leis internacionais”, a Corte baseia-se em argumentos submetidos pela parte, a qual alega uma violação desse princípio em vez de realizar uma análise minuciosa.

²²³ UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 204, parágrafo 9.

²²⁴ Ibid, págs. 204-205, parágrafo 10.

²²⁵ Eur. Court HR, *Caso Lawless* (Mérito), decisão proferida em 1º de julho de 1961, Série A, no. 3, pág. 60, parágrafos 40-41.

²²⁶ *Ibidem*, pág. 60, parágrafo 41, e Eur. Court HR, *Caso: Irlanda x Reino Unido*, decisão proferida em 18 de janeiro de 1978, Série A, no. 25, pág. 84, parágrafo 222.

No caso *Brannigan & McBride*, o requerente argumentou que o governo do Reino Unido violou o princípio da coerência previsto no artigo 15(1) da Convenção, uma vez que a emergência pública não tinha sido oficialmente proclamada, como exigido pelo artigo 4º do Pacto Internacional. A Corte observou nessa ocasião que não era sua função tentar definir autoritariamente o significado do termo “oficialmente proclamada” previsto no artigo 4º do Convênio, mas teve, entretanto, de examinar se havia “alguma base convincente para o argumento do requerente”.²²⁷ Concluiu-se, contudo, que “não havia base para os argumentos do requerente”, em relação à declaração da Câmara dos Comuns prestada pelo Secretário de Estado do Ministério do Interior, na qual “explicou em detalhes as razões pelas quais o Governo foi levado a derrogar e anunciou que medidas estavam sendo tomadas para comunicar a derrogação sob o artigo 15 da Convenção Européia e artigo 4º do Pacto Internacional. Declarou também que havia “uma emergência pública de acordo com o significado dessas disposições acerca do terrorismo em relação aos negócios da Irlanda do Norte no Reino Unido.”²²⁸ Na opinião da Corte, esta declaração, “que era de caráter formal e tornou pública as intenções do Governo acerca da derrogação, conseguiu transmitir apropriadamente a idéia de proclamação oficial”.²²⁹

Por fim, no caso *Marshall*, a Corte declarou que “nada nas referências do requerente às observações do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas sugere que o Governo (do Reino Unido) tenha violado suas obrigações previstas no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ao manter sua derrogação após 1995”. Desta forma, o requerente não teve como sustentar “que a manutenção da derrogação era incoerente com as obrigações das autoridades previstas nas leis internacionais”.²³⁰

Em outras palavras, a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos demonstra que, exceto nos casos em que o requerente apresentar alegações claras e bem fundadas sobre a suposta violação, pelo Estado demandado, das obrigações previstas na legislação internacional, a Corte não apreciará a demanda.

²²⁷ *Eur. Court HR*, Caso: *Brannigan & McBride x Reino Unido*, decisão proferida em 26 de maio de 1993, Série A, no. 258-B, pág. 57, parágrafo 72.

²²⁸ *Ibidem*, pág. 57, parágrafo 73.

²²⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

²³⁰ *Eur. Court HR*, *Caso Marshall*, decisão sobre admissibilidade de 10 de julho de 2001, pág. 11, publicada no site <http://echr.coe.int>

Ao recorrer a medidas que derroguem suas obrigações previstas na legislação internacional de direitos humanos, os Estados deverão assegurar que essas medidas não estão em desconformidade com suas “outras obrigações previstas em legislação internacional”, tais como o princípio de direitos humanos, as leis humanitárias ou outros princípios relevantes, aos quais o Estado esteja obrigado por força de tratado internacional, do direito consuetudinário ou dos princípios gerais de direito.

6. A Condição da Não-Discriminação

De acordo com o artigo 4(1) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e artigo 27(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, medidas derogatórias “não devem envolver discriminação com base tão-somente em raça, cor, sexo, idioma, religião ou classe social”.

O Artigo 15 (1) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos não faz tal menção ao princípio da não-discriminação. Na medida em que um Estado Contratante da Convenção Européia também seja um Estado-parte do Pacto Internacional, não lhe seria permitido tomar medidas derogatórias com fulcro nas razões mencionadas acima mesmo com base no artigo 15 da Convenção, já que tais medidas não podem ser “incoerentes” com “outras obrigações do Estado sob as leis internacionais”. De qualquer forma, há uma certa flexibilidade inerente ao princípio da igualdade e não-discriminação que permite que os Estados derogatórios ajustem suas medidas às necessidades específicas da situação de crise sem violar suas obrigações constantes do Pacto. Conforme destacado no Capítulo 13 deste Manual, não decorre do princípio da igualdade e não-discriminação a idéia de que todas as distinções feitas entre pessoas são ilegais sob a legislação internacional. ***Entretanto, distinções são legais somente quando buscam uma finalidade legítima e são proporcionais a essa finalidade ou coerentes com ela.*** Na medida em que medidas derogatórias significantes respeitem esse critério tanto em casos gerais quanto específicos, elas são consideradas legais. Como o princípio da igualdade e não-discriminação é fundamental tanto na legislação internacional de direitos humanos quanto na legislação internacional em geral, medidas derogatórias que discriminam pessoas ou grupos de pessoas não podem, em nenhuma circunstância, ser consideradas legais, mesmo se embasadas em tratados que não mencionem, *expressis verbis*, proibição à discriminação na disposição derogatória.

O Comitê de Direitos Humanos considerou no Comentário Geral no. 29 que, embora o artigo 26 do Pacto e as outras disposições relacionadas à não-discriminação (a saber, arts. 2, 3, 14(1), 23(4), 24(1) e 25)

“não tenham sido listados entre as disposições inderrogáveis do artigo 4º, parágrafo 2º, há elementos ou aspectos do direito de não-discriminação que não podem ser derogados em hipótese alguma. Em especial, a disposição prevista no artigo 4º, parágrafo 1º, deverá ser obedecida caso qualquer distinção entre pessoas seja feita quando se recorrer a medidas derogatórias do Pacto.”²³¹

A questão de discriminação relacionada ao uso de poderes extrajudiciais de prisão e detenção estava em pauta no caso *Irlanda x Reino Unido*, embora a Corte Européia de Direitos Humanos tenha decidido, por quinze votos a dois, que não ficou determinado que houve discriminação em descumprimento ao artigo 14, lido juntamente com o artigo 5º da Convenção Européia.²³² O Governo da Irlanda sustentou que poderes excepcionais foram inicialmente usados apenas contra “pessoas suspeitas de participação em atos terroristas ou que possuíam informações sobre o grupo terrorista IRA”, poderes esses que, “posteriormente, também foram usados, porém em menor escala, contra supostos terroristas legalistas.”²³³

Analisando a diferença entre o tratamento dado ao terrorismo legalista e ao terrorismo republicano durante a *primeira fase* do período em consideração (1971 até o final de março de 1972), a Corte concluiu que “existiam enormes diferenças entre o terrorismo legalista e o terrorismo republicano. Nesta época, a maioria de assassinatos, explosões e outros atos de vandalismo foi atribuída aos republicanos” que tinham uma “estrutura bem mais organizada” e “constituíram uma ameaça muito mais séria do que os terroristas legalistas”, que eram mais frequentemente levados aos juízos criminais.²³⁴ Todavia, *o segundo período* examinado (30 de março de 1972 – 4 de fevereiro de 1973) deu origem à “questões delicadas”. Houve um “crescimento espetacular no terrorismo legalista”. Parecia, acima de qualquer dúvida para a Corte, “que as razões que teriam influenciado o período antes de 30 de março de 1972 tornaram-se cada vez menos válidas com o passar do tempo. Apesar disso, a Corte [considerou] irreal definir em fases uma situação que mudava em sua essência e evoluía constantemente” e, “levando em conta os limites dos seus poderes de revisão, a

²³¹ UN doc. GAOR, A/56/40 (Vol. I), Relatório HRC, pág. 204, parágrafo 8.

²³² Eur. Court HR, Caso: Irlanda x Reino Unido, decisão proferida em 18 de janeiro de 1978, Série A, no. 25, pág. 95.

²³³ *Ibidem*, pág. 85, parágrafo 225.

²³⁴ *Ibidem*, pág. 86, parágrafo 228.

Corte [não poderia] afirmar que, durante o período em apreço, o Reino Unido tenha violado o artigo 14, cumulado com o artigo 5º, quando utilizou poderes emergenciais isoladamente contra o IRA.”²³⁵ O alvo perseguido naquele momento – “a eliminação daquela grande organização – poderia ser considerado como legítimo e os meios utilizados não pareciam desproporcionais.”²³⁶

Contudo, o dia 5 de fevereiro de 1973 constituiu um marco, a partir do qual as restrições extrajudiciais foram usadas para combater o terrorismo... [sic] e não mais apenas uma determinada organização. Levando em consideração toda a extensão do processo de aplicação da lei na campanha contra as duas categorias de terroristas, a Corte entendeu que "a diferença inicial de tratamento não continuou durante o último período considerado".²³⁷

Quando recorrerem a medidas derogatórias de suas obrigações legais sob o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os Estados-parte deverão assegurar que essas medidas não envolverão discriminação com base tão-somente em raça, cor, sexo, idioma, religião ou classe social”.

Todos os Estados derogantes deverão, a qualquer tempo, garantir o princípio da igualdade e proibição de discriminação, que é um princípio fundamental previsto na legislação dos direitos humanos internacionais e leis internacionais em geral. De acordo com a legislação internacional, a proibição da discriminação é essencialmente flexível e permite que os Estados derogantes tomem medidas estritamente necessárias para superar uma situação de emergência, desde que essas medidas busquem uma finalidade legítima e sejam razoáveis/proporcionais à luz dessa finalidade.

²³⁵ *Ibidem*, págs. 86-87, parágrafo 229.

²³⁶ *Ibidem*, pág. 87, parágrafo 230.

²³⁷ *Ibidem*, págs. 87-88, parágrafo 231.

7. A CONDIÇÃO DA NOTIFICAÇÃO INTERNACIONAL

Quando os Estados-parte dos três principais tratados, objeto deste capítulo, utilizam-se de seu direito de derrogar, eles também têm a obrigação de obedecer ao regime da notificação internacional. Como visto na subsecção 2.2 acima, um dos elementos essenciais introduzidos pelos redatores para impedir o abuso do direito de derrogar, foi a aceitação desta obrigação. Embora as disposições sobre notificação nos vários tratados não sejam idênticas, assemelham-se. O artigo 4(3) do Pacto Internacional prevê o seguinte:

“Quaisquer dos Estado-parte do presente Pacto, que exercerem o direito de derrogação, deverão informar imediatamente aos demais Estados-parte do presente Pacto, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas, quais as disposições que tiverem derogado, bem como as razões que motivaram tal decisão. Comunicação posterior também deverá ser feita pelos mesmos meios, na data do término da derrogação.”

O Comitê dos Direitos Humanos sustenta que “a notificação é essencial não apenas para que o Comitê possa exercer suas funções, principalmente para aferir se as medidas tomadas pelo Estado-parte tornaram-se necessárias de acordo com a situação de fato, mas também para permitir aos demais Estados-parte monitorar o cumprimento das disposições do Pacto”.²³⁸ É enfatizada “a obrigação de imediata notificação internacional sempre que um Estado-parte tome medidas derogando suas obrigações constantes do Pacto. A obrigação do Comitê de monitorar a lei e a atividade do Estado-parte, com relação ao cumprimento do artigo 4º, independe de ter o Estado feito a notificação”.²³⁹

Tendo em vista o “caráter sumário” de muitas das notificações recebidas no passado, o Comitê enfatiza que “a notificação deverá incluir informação completa sobre as medidas tomadas com relação à lei e uma clara exposição das respectivas razões, anexando documentação completa. Notificações adicionais serão necessárias se o Estado-parte, posteriormente, tomar mais medidas sob o artigo 4º como, por exemplo, se estender a duração de um estado de emergência. A exigência de imediata notificação aplica-se, igualmente, com relação ao término da derrogação. Estas obrigações não têm sido sempre respeitadas.”²⁴⁰

²³⁸ UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), pág. 207, parágrafo 17.

²³⁹ *Ibidem*, loc. cit.

²⁴⁰ *Ibidem*

Segundo o artigo 27(3) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

“Qualquer Estado-parte que utilizar o direito de suspensão deverá informar imediatamente aos demais Estados-parte, por intermédio do Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos, quais as disposições que tiveram sua aplicação suspensa, bem como as razões que motivaram a suspensão e a data prevista para o término da referida suspensão.”

Como no caso do artigo 4(3) do Pacto, um Estado que utilizar o direito de derrogar, como estabelecido na Convenção Americana, deverá (i) notificar *imediatamente* os demais Estados-parte sobre a suspensão, (2) submeter informações sobre as *disposições* que tiverem sido suspensas e (3) declarar as *razões* para esta suspensão. O Estado-parte deverá, ainda, estabelecer uma data para o término da suspensão. O artigo 27(3), no entanto, não obriga os Estados-parte a submeter uma segunda notificação após o término da suspensão.

O artigo 15(3) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos estipula que:

“Quaisquer das Altas Partes Contratantes que utilizar o direito de derrogação deverá manter o Secretário-Geral do Conselho Europeu totalmente informado sobre as medidas tomadas e suas respectivas razões. Deverá, também, informar ao Secretário do Conselho Europeu quando do término das medidas e que as disposições da Convenção estão novamente sendo observadas em sua integralidade.”

É importante notar que o artigo 15(3) não exige, expressamente, que o Estado que utilizar o direito de derrogação indique as *disposições* que tiver derrogado. Entretanto, o termo “totalmente informado” indica que o Estado deve fornecer informações abrangentes sobre as medidas tomadas. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem competência para examinar *proprio motu*, nos casos que lhe forem submetidos, se o Estado cumpriu as exigências do artigo 15(3). Depreende-se da jurisprudência do Tribunal que a notificação deva ser submetida “sem demora”, condição que foi considerada cumprida no caso *Lawless*, em que ocorreu um intervalo de 12 dias entre a entrada em vigor das medidas derogatórias e a submissão da respectiva notificação.²⁴¹ No mesmo caso, o Tribunal concluiu que o Governo havia fornecido ao Secretário-Geral “informações suficientes sobre as medidas tomadas e respectivas razões” quando explicou por escrito que “as medidas haviam sido tomadas para impedir atos contra a paz e ordem pública e para impedir a manutenção de forças armadas ou militares, além

²⁴¹ Eur. Court HR, *Caso Lawless* (Mérito), decisão proferida em 1º de julho de 1961, Série A, no. 3, pág. 62, parágrafo 47.

daquelas autorizadas pela Constituição”. O Tribunal entendeu que cópias da relevante legislação emergencial e da proclamação que a instituiu haviam sido anexadas.²⁴²

O artigo 30(2) da Carta Social Européia e o artigo F(2) da Carta revisada, contêm, em substância, uma obrigação similar de notificação, embora seja suficiente que a notificação seja submetida “dentro de um razoável lapso de tempo”.

Embora as condições possam variar, segundo os diversos tratados, pode-se dizer que, em geral, quando um Estado-parte exerce o direito de derrogação previsto nos Tratados sobre Direitos Humanos, deve imediatamente notificar os demais Estados-parte sobre as medidas derrogatórias, por intermédio do Secretário-Geral da respectiva Organização, descrevendo as medidas tomadas com suficientes detalhes, declarando as razões respectivas e, quando se tratar do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, especificando as disposições que foram derrogadas.

A exigência de notificação internacional é um instrumento importante para impedir o abuso do direito de derrogação, já que permite um aperfeiçoado monitoramento da ação do Estado pelos demais Estados-parte e órgãos de controle internacionais.

²⁴² *Ibidem, loc. cit*

8. O Papel dos Juízes, Promotores e Advogados na Garantia da Efetiva Proteção dos Direitos Humanos em Situações de Emergência

Os direitos e liberdades do indivíduo são sempre frágeis em épocas de distúrbios internos ou externos. Frequentemente os Governos, ao enfrentarem uma emergência, decidem tomar medidas que interferem, às vezes de forma drástica, nesses direitos, tais como o direito à liberdade e à segurança; o direito a um devido processo legal perante um tribunal independente e imparcial; o direito à obtenção de remédios legais contra violações dos direitos humanos; o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão, associação e reunião. Entretanto, este capítulo mostrou que, de acordo com as leis internacionais sobre direitos humanos, tribunais independentes e imparciais devem, **em primeiro lugar**, ser autorizados a continuar, livremente, a funcionar durante uma situação de emergência, de forma a assegurar a efetiva proteção daqueles direitos que, em nenhuma circunstância, poderão ser derogados. **Em segundo lugar**, estes tribunais - pelo menos de acordo com o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - devem permanecer competentes para exercer controle de tal forma que uma medida derogatória não exceda os limites (seja em geral, seja em um determinado caso específico) necessários para enfrentar a situação de emergência. **Finalmente**, de acordo com todos os tratados, os tribunais devem estar disponíveis para garantir que aqueles direitos que não foram derogados, continuem a ser totalmente assegurados.

Estes princípios legais básicos significam que, mesmo durante uma situação de emergência, juízes, promotores e advogados deverão estar autorizados a exercer suas responsabilidades profissionais de forma imparcial e independente, livres de interferências ou pressões externas. As profissões legais devem estar sempre vigilantes para impedir violações e excessos, no campo de direitos humanos, que possam ser cometidas a pretexto de uma situação de emergência, autêntica ou não. Como visto neste Capítulo, mesmo o combate ao terrorismo deve submeter-se às regras fundamentais que protegem a pessoa humana contra tortura e maus tratos, contra prisão arbitrária e contra julgamentos injustos por tribunais que não obedeçam às garantias do devido processo legal. É responsabilidade legal dos juízes, promotores e advogados dar o melhor de si para que o Princípio da Legalidade, Princípio do Estado de Direito e os direitos humanos fundamentais sejam efetivamente garantidos, mesmo quando o Estado estiver em estado de insurgência.

O dever dos promotores, principalmente o de investigar e processar a violação destes direitos, tais como o direito à vida, o direito à integridade física, liberdade e segurança, também permanece intacto. Os promotores deverão precaver-se para que nenhum ato que viole estes direitos seja cometido, tais como seqüestros, desaparecimentos involuntários, execuções extrajudiciais, tortura ou outra forma de maus

tratos, detenção não divulgada ou outra qualquer forma de privação de liberdade. O dever legal do Estado de impedir, investigar, processar, punir e reparar estes tipos de violação de direitos humanos permanece igualmente válido durante uma situação de emergência.

Os advogados, por sua vez, devem manter-se comprometidos com a vigorosa defesa dos direitos e liberdades do ser humano, mesmo em situações de emergência, embora suas condições de trabalho possam vir a ser extremamente desafiantes.

9. Considerações Finais

Ao contrário do que se possa imaginar, as leis internacionais sobre direitos humanos proporcionam uma infinidade de normas para administrar situações de emergência que sejam tão extremas que possam constituir-se em ameaça à vida da nação ou à independência ou segurança do Estado. Nestas situações, o alicerce dos princípios reguladores dos direitos humanos deve permanecer em vigor e é responsabilidade das profissões legais assegurar sua vigência.

É possível que a opinião pública exija duras e vingativas medidas em resposta a uma grave crise e que o governo se comprometa a atendê-las, promulgando medidas de segurança drásticas e excessivas. No entanto, a paz e a segurança são mais bem servidas por uma justa administração da justiça, mesmo em tempos de crise. É de bom alvitre lembrar-se sempre que, em época alguma, foi adversa à paz nacional e internacional, à segurança e à prosperidade, o respeito aos direitos individuais e à liberdade. Em tempos de crise, um esforço conjunto, por todos os agentes da sociedade, incluindo-se juízes, promotores e advogados, para manter os mais elevados parâmetros de proteção aos direitos humanos, torna-se não só mais difícil mas ainda mais necessário do que nunca, a fim de contribuir para a restauração da ordem constitucional na qual os direitos humanos e a liberdades fundamentais possam ser, nova e plenamente, gozados por todos.



