

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Direitos humanos em tempos de emergência: uma perspectiva interamericana com especial foco na defesa do Estado de Direito

Human rights in times of emergency: an inter-American perspective with a special focus on defending the rule of law

Christine Binder

VOLUME 11 • Nº 2 • AGO • 2021
CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR:
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA

Sumário

EDITORIAL	22
Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan e Patrícia Perrone Campos Mello	
I. PARTE GERAL	25
1. CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA, MARCO TEÓRICO	26
CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR INTERNACIONAL NA AMÉRICA LATINA	28
Armin von Bogdandy e René Uruña	
INTERDEPENDÊNCIA E INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: UM NOVO OLHAR PARA A PANDEMIA DE COVID-19	75
Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi	
DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE EMERGÊNCIA: UMA PERSPECTIVA INTERAMERICANA COM ESPECIAL FOCO NA DEFESA DO ESTADO DE DIREITO	95
Christine Binder	
MONITORAMENTO, PERSUASÃO E PROMOÇÃO DO DIÁLOGO: QUAL O PAPEL DOS ORGANISMOS SUPRANACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE DECISÕES INDIVIDUAIS?	109
Clara Sandoval, Philip Leach e Rachel Murray	
REPENSANDO AS DERROGAÇÕES AOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS	142
Laurence R. Helfer	
2. RESILIÊNCIA DEMOCRÁTICA: CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR CONTRA O RETROCESSO	167
A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO WATCHDOG DEMOCRÁTICO: DESENVOLVENDO UM SISTEMA DE ALERTA PRECOCE CONTRA ATAQUES SISTÊMICOS	169
Patrícia Perrone Campos Mello, Danuta Rafaela de Souza Calazans e Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf	
EROSÃO DEMOCRÁTICA E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O CASO VENEZUELANO	196
Roberto Dias e Thomaz Fiterman Tedesco	
PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UMA COMPARAÇÃO COM O MODELO BRASILEIRO	226
Júlio Grostein e Yuri Novais Magalhães	

3. REFUNDAÇÃO DEMOCRÁTICA CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR A UMA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL	249
LOS DERECHOS SOCIALES Y EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR EN CHILE	251
Gonzalo Aguilar Cavallo	
LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE: DIAGNÓSTICOS Y PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN TRANSFORMADORA	275
Pietro Sferrazza Taibi, Daniela Méndez Royo e Eduardo Bofill Chávez	
DIÁLOGO JUDICIAL NO IUS COMMUNE LATINO-AMERICANO: COERÊNCIA, COESÃO E CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL	314
Paulo Brasil Menezes	
4. DIÁLOGO ENTRE ORDENS INTERNACIONAIS E NACIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR NA AMÉRICA LATINA	336
DIÁLOGO, INTERAMERICANIZACIÓN E IMPULSO TRANSFORMADOR: LOS FORMANTES TEÓRICOS DEL IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA	338
Mario Molina Hernández	
O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	364
Danilo Garnica Simini e José Blanes Sala	
CONTROLE LEGISLATIVO DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS: A OPORTUNIDADE DE CONSTRUÇÃO DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO PELA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS	384
Ana Carolina Barbosa Pereira	
A PROGRESSIVA SUPERAÇÃO DA REGULAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NA AMÉRICA LATINA: DIÁLOGOS ENTRE O DOMÉSTICO E O INTERNACIONAL	426
Luiz Guilherme Arcaro Conci e Melina Girardi Fachin	
A INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A ADEQUAÇÃO MATERIAL DA LEI N.º 13.834/2019	457
Elder Maia Goltzman e Mônica Teresa Costa Sousa	
CAMINHOS LATINO-AMERICANOS A INSPIRAR A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA NO DIÁLOGO MULTINÍVEL DO CONSTITUCIONALISMO REGIONAL TRANSFORMADOR	476
Rafael Osvaldo Machado Moura e Claudia Maria Barbosa	
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE E DIREITO DE FAMÍLIA: UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL	

FEDERAL NA MATÉRIA	499
Felipe Frank e Lucas Miguel Gonçalves Bugalski	
JUSTICIABILIDADE DIRETA DOS DIREITOS SOCIAIS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: MAIS UMA PEÇA NO QUEBRA-CABEÇA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO?	519
Wellington Boigues Corbalan Tebar e Fernando de Brito Alves	
5. DIÁLOGO ENTRE ORDENS INTERNACIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR ENTRE REGIÕES.....	543
LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y EL VALOR E IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	545
Humberto Nogueira Alcalá	
DIÁLOGOS À DERIVA: O CASO LUCIEN IKILI RASHIDI C. REPÚBLICA UNIDA DA TANZÂNIA E OUTROS E O ESVAZIAMENTO DA CORTE AFRICANA.....	568
Marcus Vinicius Porcaro Nunes Schubert e Catarina Mendes Valente Ramos	
II. PARTE ESPECIAL.....	590
6. POVOS INDÍGENAS E TRANSFORMAÇÃO	591
HERMENÉUTICAS DEL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD CULTURAL EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA, UN ANÁLISIS COMPARADO A LA LUZ DEL ICCAL.....	593
Juan Jorge Faundes e Paloma Buendía Molina	
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE E O DIREITO INDÍGENA BRASILEIRO: OS IMPACTOS DA DECISÃO DO CASO POVO XUKURU VERSUS BRASIL NA JURISPRUDÊNCIA E NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL.....	622
Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega, Maria Eduarda Matos de Paffer e Anne Heloise Barbosa do Nascimento	
OS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE TERRAS INDÍGENAS E A ADOÇÃO DA TEORIA DO INDIGENATO.....	648
Eduardo Augusto Salomão Cambi, Elisângela Padilha e Pedro Gustavo Mantoan Rorato	
7. GRUPOS VULNERÁVEIS E TRANSFORMAÇÃO	664
IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA: A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE FIXAÇÃO DE STANDARDS PROTETIVOS AOS DIREITOS DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E SEUS REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	666
Mônia Clarissa Hennig Leal e Eliziane Fardin de Vargas	

A EFICÁCIA DA NORMA QUE OUSOU FALAR SEU NOME: OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA COMO POTÊNCIA DENSIFICADORA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA	687
Tiago Benício Trentini e Luiz Magno Bastos Jr	
A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS LGBTI: CONSTRUINDO UM IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE BASEADO NA DIVERSIDADE	715
João Pedro Rodrigues Nascimento, Tiago Fuchs Marino e Luciani Coimbra de Carvalho	
LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN CONTEXTOS DE COVID-19: REALIDADES DEL AMPARO INSTITUCIONAL A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN EN ESCENARIOS DE EMERGÊNCIA	737
Víctor Julián Moreno Mosquera, John Fernando Restrepo Tamayo e Olga Cecilia Restrepo-Yepes	
O CASO VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO PARADIGMA PARA A CONSTRUÇÃO DE PARÂMETROS MIGRATÓRIOS LATINO-AMERICANOS	757
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff e Bianca Guimarães Silva	
DIREITOS HUMANOS E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: O TRANSCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NA ADPF Nº 347	783
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e André Giovane de Castro	
TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: AS CONTRIBUIÇÕES DO DIÁLOGO ENTRE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O BRASIL PARA O FORTALECIMENTO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR	802
Emerson Victor Hugo Costa de Sá, Sílvia Maria da Silveira Loureiro e Jamilly Izabela de Brito Silva	
8. DIREITOS HUMANOS, EMPRESAS E TRANSFORMAÇÃO	823
DIÁLOGOS MULTIATOR PARA IMPLEMENTAÇÃO DOS STANDARDS INTERAMERICANOS SOBRE PANDEMIA E DIREITOS HUMANOS	825
Ana Carolina Lopes Olsen e Anna Luisa Walter Santana	
O ENVOLVIMENTO DE EMPRESAS EM VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E OS IMPACTOS DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA.....	856
Patricia Almeida de Moraes e Marcella Oldenburg Almeida Britto	
III. OUTRAS PERSPECTIVAS SOBRE TRANSFORMAÇÃO	871
PLURALISMO JURÍDICO E DEMOCRACIA COMUNITÁRIA: DISCUSSÕES TEÓRICAS SOBRE DESCOLONIZAÇÃO CONSTITUCIONAL NA BOLÍVIA.....	873
Débora Ferrazzo e Antonio Carlos Wolkmer	
INTERCULTURALIDADE, PLURINACIONALIDADE E PLURALISMO NAS CONSTITUIÇÕES DO EQUADOR E DA BOLÍVIA: EXPOENTES PRINCIPIOLÓGICOS DO ESTADO PLURINACIONAL	897
Denise Tatiane Girardon dos Santos	

IUS COMMUNE: ENTRE O PLURALISMO JURISDICIONAL DIALÓGICO E A ADOÇÃO DE NORMAS ALTERATIVAS	917
Ana Maria D'Ávila Lopes	

Direitos humanos em tempos de emergência: uma perspectiva interamericana com especial foco na defesa do Estado de Direito*

Human rights in times of emergency: an inter-American perspective with a special focus on defending the rule of law

Christine Binder**

Resumo

Em tempos de emergência, os Estados podem ser obrigados a tomar medidas extraordinárias para lidar com a situação. Ao mesmo tempo, o emprego desses poderes estatais de emergência coloca em risco a integridade dos direitos humanos, a higidez das garantias do Estado de Direito e pode dar margem a abusos. É imprescindível, portanto, buscar um equilíbrio. Os instrumentos internacionais de direitos humanos procuram encontrar tal equilíbrio entre o espaço obrigatoriamente ampliado de atuação dos Estados e a necessária limitação dos poderes emergenciais por meio de suas respectivas previsões de derrogação. O presente trabalho defende que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, mas especificamente, a interpretação conferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) ao artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos, constitui um bom exemplo de como esse equilíbrio pode ser atingido. O reconhecimento da inderrogabilidade das garantias judiciais pela Corte parece ser importante para a manutenção de direitos humanos básicos e das garantias do Estado de Direito, tanto de forma geral quanto em tempos de emergência, o que a coloca como um importante ator do ICCAL também em situações anômalas. Daí porque o Sistema Interamericano e sua vasta experiência com regimes de emergência podem servir como modelo e inspirar o sistema europeu.

Palavras-chave: estado de direito; estado de emergência; direitos humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract

In times of emergency, states may be required to take extraordinary measures to cope with the emergency. At the same time, the exercise of a state's emergency powers risks to encroach upon human rights, rule of law guarantees and lends itself to abuse. A balance must therefore be struck. International human rights instruments attempt to strike this balance between a necessarily increased room for action by states and limits to any reliance on emergency powers by means of the respective derogation provisions. This contribution argues that the Inter-American human rights system, and more

* Artigo convidado.

This article was first published with the title "Human Rights in Times of Emergency. An Inter-American Perspective with Special Focus on the Defence of the Rule of Law", in *Zeitschrift für Menschenrechte* 2/2019, p. 22-37.

Tradução de Vanessa Wendhausen Cavallazzi. Revisão de Patrícia Perrone Campos Mello. Trabalho desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Cortes Constitucionais, Democracia e Direitos Humanos.

A autora agradece a Verena Jackson e a Mag. Philipp Janing por sua valiosa atuação como assistente de pesquisa, assim como a Dra. Jane Hofbauer por seus importantes comentários a uma versão anterior deste artigo.

** Christina Binder é Chair for International Law and International Human Rights Law da Bundeswehr University Munich, desde abril de 2017. Anteriormente, era Professora de Direito Internacional do Department of European, International and Comparative Law da University of Vienna e Vice-Diretora do Interdisciplinary Research Centre "Human Rights". E-mail: christina.binder@univie.ac.at; c.binder@unibw.de.

specifically Article 27 of the American Convention on Human Rights, in its interpretation by the Inter-American Court of Human Rights, is a particularly good example of how this balance may be achieved. The established non-derogability from judicial guarantees appears especially important to uphold basic human rights and rule of law guarantees both generally and in times of emergency. The Inter-American Court of Human Rights is, accordingly, an important proponent of the ICCAL also in times of emergency. Thus, the Inter-American system and its vast experience with emergency regimes may serve as a model and provide inspiration for the European system too.

Keywords: rule of law; estate of emergency; human rights; Inter-American Court of Human Rights.

1 Introdução

Tempos de emergência, sejam eles derivados de desastres naturais, levantes civis ou ameaças terroristas, podem exigir dos Estados a adoção de medidas extraordinárias. Como reconhecido pela Comissão de Verneza na *Rule of Law Checklist*:

A segurança do Estado e das suas instituições democráticas e a segurança de seus agentes políticos e de sua população são interesses públicos e privados vitais que merecem proteção e podem levar a uma derrogação temporária de certos direitos humanos e a uma divisão extraordinária de poderes.¹

Os poderes de emergência, no entanto, também estão sujeitos a abusos. Eles podem ser usados por governos autoritários para silenciar a oposição e restringir direitos e liberdades fundamentais.² Um exemplo atual é a Venezuela, onde o Presidente Maduro declarou estado de emergência em maio de 2016,³ o que, desde então, tem servido como meio para reprimir protestos e movimentos de oposição contra o seu governo.⁴

A utilização dos poderes derivados do estado de emergência usualmente inclui uma mudança na correlação de forças em favor do Executivo: a introdução de mecanismos de tomada de decisão mais rápidos e limitações aos direitos humanos e liberdades fundamentais, tais como liberdade de expressão e reunião, liberdade de ir e vir e direito à integridade pessoal. Ao fazê-lo, os regimes de emergência, por sua própria natureza, tendem a colocar em xeque componentes básicos do Estado de Direito e dos direitos humanos. Daí a importância da construção cuidadosa de uma relação de equilíbrio entre a atuação do Estado que enfrenta uma emergência e o perigo da utilização excessiva de poderes de emergência. Mas, afinal, onde podem ser definidos os limites dessa ação legítima do Estado?

O trabalho argumenta que os direitos humanos e as garantias do Estado de Direito são os principais parâmetros para medir a ação estatal relevante. Isso está bastante evidenciado no âmbito do Sistema Interame-

¹ COUNCIL OF EUROPE. European Commission for Democracy through Law Venice Commission. *Rule of Law Checklist*, Venice, 2016, CDL-AD(2016)007 parágrafo 51.

² COUNCIL OF EUROPE. European Commission for Democracy through Law Venice Commission. *Rule of Law Checklist*, Venice, 2016, CDL-AD(2016)007 parágrafo 51.

³ Sob o Título VII (Proteção da Constituição) da Constituição Venezuelana, o Presidente tem o poder de declarar estado de emergência temporário (nas condições estabelecidas pelo art. 337). A medida deve ser aprovada pela Assembleia Nacional em oito dias (art. 339) e não pode restringir determinados direitos, como o direito à vida, ao devido processo legal e direitos humanos inderrogáveis (art. 337).

⁴ Para mais detalhes, ver Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Año CXLIII- Mes VIII, No. 6.227 Extraordinario, 13 May 2016, Decreto No. 2.323. Nesse decreto, um estado de emergência foi declarado por razões internas, como “atitudes hostis e desestabilizadoras provenientes de certos setores privados, causadores de crise econômica e social. Da mesma forma, por causas relacionadas à política de intervenção anti-Venezuelana levada a termo pelos EUA. De interesse é o art. 6º, com base no qual as autoridades estaduais têm o direito de tomar todas as medidas necessárias para garantir a paz social e a ordem pública, além da soberania e a defesa nacional. Enfatizando a “estrita observância dos direitos humanos” em todos os momentos. No art. 7º, o Judiciário e o Ministério Público têm a competência para reforçar o combate ao crime e a execução das medidas previstas no decreto. Isso, além de medidas mais concretas constantes dos arts. 2º a 5º, dá ao governo uma ampla gama de possibilidades para tomar medidas contra seus oponentes e apoiadores da oposição.

ricano de Direitos Humanos por várias razões: a América Latina tem um histórico de emergências no curso de ditaduras, durante as quais medidas excepcionais serviram, muitas das vezes, para abolir constituições e derrubar governos legítimos, de forma a usurpar-lhes o poder.⁵ Além disso, os Estados latino-americanos continuam declarando estados de emergência: uma lista de derrogações com início em 2014⁶ ilustra a relativa frequência de suspensões a direitos, com Peru, Jamaica e Equador limitando as garantias previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em 2018 e 2019.⁷ Há, portanto, uma experiência considerável com regimes de emergência nas Américas. Da mesma forma, defender direitos humanos essenciais e as garantias do Estado de Direito parece particularmente necessário na região: muitos países latino-americanos são vulneráveis a abusos em tempos de emergência, dada a proeminência geral do Executivo sobre o Legislativo e o Judiciário, bem como ao sistema de freios e contrapesos limitado em algumas democracias ainda jovens e à confiança nas instituições geralmente diminuída.⁸ Ao mesmo tempo, o art. 27 da CADH, base da estrutura de emergência do Sistema Interamericano, apresenta algumas características específicas que oferecem uma proteção robusta aos direitos humanos e ao Estado de Direito em tempos de emergência. Como será explorado neste artigo, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem contribuído consideravelmente para consolidar essa proteção.

Nesse sentido, a Corte IDH demonstrou ser um ator central do ICCAL também em momentos de emergência. O foco na manutenção das garantias processuais e do Estado de Direito também em situações excepcionais evidencia o seu potencial transformador e promotor da proteção dos direitos humanos em nível doméstico, até mesmo em momentos de emergência.

Fixadas essas premissas, as contribuições que este trabalho pretende apresentar principiam com algumas reflexões gerais sobre emergências e o Estado de Direito (parte 2). Tais reflexões são suplementadas por referências à “constituição de emergência” (*emergency constitution*) do Direito Internacional dos Direitos Humanos (parte 3). A ênfase é, então, direcionada para as especificidades do Sistema Interamericano e, em particular, para o seu foco nas garantias judiciais como salvaguardas essenciais à defesa do Estado de Direito (parte 4) e para a jurisprudência da Corte IDH (parte 5). Uma breve análise de tais elementos conclui o artigo (parte 6).

2 Emergências e Estado de Direito

Qualquer consideração sobre a proteção ao Estado de Direito em tempos de emergência deve começar pela sua própria definição. Na verdade, existem várias abordagens acerca do Estado de Direito.⁹ A literatura a respeito do tema geralmente se divide entre teorias formais e substantivas. Especialmente para as teorias

⁵ Além disso, os estados de emergência costumam ser usados para ocultar um golpe militar ou se prestam a escamotear os primeiros estágios de regimes tirânicos. Ver: GROSSE ESPIEL, Hector. *La Convention Américaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme: Analyse comparative. Recueil des cours*, v. 218, p. 167-411, 1989. p. 296. apud Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya. “War” in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 33, p. 148-174, 2011. p. 168.

⁶ OEA. *Lista de suspensões do Departamento de Direito Público Internacional da Organização do Estados Americanos*. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_suspension_guarantees.asp. Acesso em: 10 set. 2019.

⁷ OEA. *Lista de suspensões do Departamento de Direito Público Internacional da Organização do Estados Americanos*. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_suspension_guarantees.asp. Acesso em: 10 set. 2019.

⁸ Burgorgue-Larsen, Laurence. The right to an effective remedy. In: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights: case, law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 673-693. p. 168.

⁹ Ver em geral Peerenboom, Randall. Human rights and rule of law: what's the relationship? *Georgetown Journal of International Law*, v. 36, UCLA School of Law Research Paper n. 05-31, 2005. Rule of Law Checklist da Comissão de Veneza, para referências ao Preâmbulo do Estatuto do Conselho da Europa. Historicamente, os conceitos e definições de Estado de Direito diferem levemente: da compreensão adotada na Europa Continental (largamente influenciada por Kant, Kelsen e Montesquieu) até as conformações abraçadas pelos países Anglo-Americanos.

substantivas – ou densas (*thick theories*)¹⁰ – as garantias dos direitos humanos são consideradas elementos essenciais do Estado de Direito.¹¹

Para os fins deste trabalho, será adotada a definição de Estado de Direito fornecida pelo Secretário-Geral da ONU em seu relatório de 2004 sobre o tema, que constitui um denominador amplamente compartilhado e geralmente aceito. Ele contém os seguintes elementos:

[...] um princípio de governança em que todas as pessoas, instituições e entidades, públicas ou privadas, incluindo o próprio Estado, são responsáveis por leis que são publicamente promulgadas, igualmente aplicadas e julgadas de forma independente e que são consistentes com as normas e *standards* internacionais de direitos humanos. Requer, também, medidas para garantir a adesão aos princípios da supremacia da lei, igualdade perante a lei, *accountability* nos termos lei, justiça na aplicação da lei, separação de poderes, participação na tomada de decisões, segurança jurídica, ausência de arbitrariedade e transparência procedimental e legal.¹²

Tem-se, portanto, que o Relatório do Secretário-Geral elenca os requisitos formais chave do Estado de Direito, como a supremacia da lei, a separação de poderes, o sistema de freios e contrapesos e a independência do Poder Judiciário. Ao mesmo tempo, a definição remete a elementos substantivos, como os *standards* e normas internacionais de direitos humanos. Essa compreensão do Estado de Direito considera os direitos humanos como elementos inerentes à própria definição de Estado de Direito.

As garantias do Estado de Direito acima mencionadas fornecem salvaguardas contra o abuso de poder por parte do Executivo em tempos de emergência nacional. Isso é sublinhado da seguinte forma na *Rule of Law Checklist*, da Comissão de Veneza:

51. [...] Limites bem definidos acerca da duração, circunstâncias e alcance de tais poderes são, portanto, essenciais. A segurança do Estado e a segurança pública só podem ser efetivamente garantidas em uma democracia que respeite plenamente o Estado de Direito. Isso requer controle parlamentar e judicial acerca da existência e da duração da declaração de emergência, a fim de evitar abusos.¹³

De acordo com a Comissão de Veneza, o Estado de Direito deve, portanto, ser integralmente respeitado, mesmo durante o período de vigência da emergência, o que impõe a aplicação de certas salvaguardas. Dentre os principais recursos contra abusos estão o controle de constitucionalidade exercido por tribunais independentes e a manutenção do devido processo legal. Juntamente com o indispensável controle parlamentar (Legislativo), o Judiciário figura como um dos guardiães centrais do Estado de Direito (incluindo o respeito pelos pertinentes direitos humanos) e deve atuar no sentido de prevenir abusos por parte do Executivo.

Os tribunais domésticos estão comparativamente mais bem posicionados e mais próximos dos fatos para avaliar se as medidas adotadas pelo Estado para lidar com determinada emergência são necessárias ou se, ao contrário, constituem um pretexto e, portanto, são abusivas. Isso os torna guardiães cruciais do Estado de Direito em nível doméstico e atores fundamentais para a prevenção e o enfrentamento de violações a

¹⁰ A denominação “teorias densas” (*thick theories*) remete à circunstância de apresentarem um conteúdo “substantivo”, ao contrário das “teorias fracas” (*thin theories*), que adotam uma compreensão bastante formal. Ver Chesterman, Simon. *Rule of law*. In: Wolfrum, Rüdiger (ed.): *Max Planck encyclopedia of public international law*. 2007. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/home/mpi>: “A análise de seu conteúdo (do Estado de Direito) frequentemente começa pela análise de entendimentos formais e substantivos. Aqueles que enfatizam os aspectos formais descrevem limitações instrumentais ao exercício da autoridade do Estado; elas tendem a ser minimalistas, positivistas e muitas vezes chamadas de “teorias fracas”, distinguindo-as das “teorias densas”, que incorporam noções substantivas de justiça. Os últimos concebem o império da lei de forma mais ampla, como um conjunto de ideais, quer seja entendido em termos de proteção dos direitos humanos, formas específicas de governo organizado ou arranjos econômicos específicos, como o capitalismo de livre mercado”.

¹¹ Como consignado no Documento de Copenhague da Conferência sobre as Dimensões Humanas da Comissão de Segurança e Cooperação na Europa, de 29 de junho de 1990.

¹² ONU. *Relatório do Secretário-Geral sobre Estado de Direito e justiça transicional em conflitos e no pós-conflito*. 2004. p. 15. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/what-is-the-rule-of-law/>. Acesso em: 10 set. 2019.

¹³ ONU. *Relatório do Secretário-Geral sobre Estado de Direito e justiça transicional em conflitos e no pós-conflito*. 2004. p. 51. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/what-is-the-rule-of-law/>. Acesso em: 10 set. 2019.

direitos humanos.¹⁴ Assim, para assegurar a manutenção da separação de poderes em tempos de emergência, é essencial que haja um sistema de freios e contrapesos relevante e o exercício do controle judicial por tribunais independentes.

Embora os consecutórios do Estado de Direito forneçam proteção em tempos de emergência, o Estado de Direito em si também tem sido alvo de ameaças. De fato, como destacado, uma característica comum das emergências é a ampliação dos poderes do Executivo, o que costuma vir acompanhado da imposição de limites ao controle judicial e restrições aos direitos humanos básicos. Essa é a mensagem contida na observação abaixo, que estabelece as principais características dos regimes de emergência:

[...] o Executivo ganha competências adicionais para promulgar atos jurídicos para os quais, de outra forma, precisaria da aprovação parlamentar e não está sujeito ao escrutínio judicial nos mesmos termos do que ocorreria em tempos não emergenciais.¹⁵

Nesse sentido, uma tipologia de provisões de emergência inseridas nas constituições incluiria o seguinte: 1. uma mudança do eixo de poder do Legislativo para o Executivo, além da redução do controle judicial sobre os atos deste último; 2. processos de tomada de decisão mais rápidos e flexíveis. 3. regras sobre limitações substantivas a direitos.¹⁶ Tais limitações geralmente incluem restrições à liberdade de expressão, à liberdade de reunião, à liberdade de movimento e aos direitos à liberdade e segurança pessoais em geral. Com isso, os regimes de emergência representam uma ameaça cogente ao Estado de Direito.

A análise conjunta desses vetores revela a existência de uma tensão permanente entre a necessidade do Estado de recorrer a medidas extraordinárias em tempos de emergência e o risco de abuso deste poder. A questão que se coloca, portanto, é a de como estabelecer uma relação de equilíbrio entre a atuação legítima do Estado em tempos de crise e os limites necessários para que não se converta em abuso de poder. Para além disso, como as garantias fundamentais do Estado de Direito (incluindo os direitos humanos) podem ser protegidas ao mesmo tempo em que se mantêm os poderes do Estado para o enfrentamento da crise?

3 As “Constituições de Emergência” no Direito Internacional dos Direitos Humanos como proteção ao Estado de Direito

Instrumentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (CEDH), a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) – estabelecem um equilíbrio entre o espaço necessariamente mais amplo de que os Estados devem dispor para a adoção de medidas de enfrentamento a crises e a necessidade de contenção dos abusos decorrentes desses poderes. De forma particular, disposições insertas nesses instrumentos (art. 4º, do PIDCP, art. 15, da CEDH e art. 27 da CADH), embora permitam a mitigação de certas garantias individuais, também oferecem amparo normativo para a defesa (internacional) do Estado de Direito no curso de regimes de emergência. Elas estabelecem as condições (mínimas) que os Estados devem cumprir tanto em tempos de normalidade quanto em situações emergenciais. Trata-se, portanto, de uma quase “constituição de emergência” sob a égide do direito internacional.¹⁷

Todas as três disposições derogatórias estão estruturadas de forma muito semelhante. Elas operam,

¹⁴ A Corte IDH afirma a relevância da manutenção das garantias judiciais durante estados de emergência. Ver: CORTE IDH. *Habeas Corpus in Emergency Situations*, Advisory Opinion, 30. jan. 1987, OC-8/87, p. 23.

¹⁵ Istrefi, Kushtrim; Salomon, Stefan. Entrenched derogations from the European Convention on Human Rights and the emergence of non-judicial supervision of derogations. *Austrian Review of International and European Law*, v. 22, p. 7-28, 2017. p. 15.

¹⁶ Istrefi, Kushtrim; Salomon, Stefan. Entrenched derogations from the European Convention on Human Rights and the emergence of non-judicial supervision of derogations. *Austrian Review of International and European Law*, v. 22, p. 7-28, 2017. p. 15.

¹⁷ Para detalhes acerca da “constituição de emergência” sob o Direito Internacional, ver: Criddle, Evan J.; Fox-Decent, Evan. Human Rights Emergencies and the Rule of Law. *Human Rights Quarterly*, v. 34, p. 39-87, 2012.

basicamente, em dois níveis. Por um lado, estabelecem as condições necessárias para que um Estado ingresse em situação de emergência.¹⁸ Ao mesmo tempo, impõem limites à pertinente ação estatal durante a emergência (*ius in tumulto*).¹⁹ Além disso, estabelecem a obrigação formal de notificação da emergência, o que possibilita o controle internacional.

A “constituição de emergência” do Direito Internacional estabelece alguns requisitos mínimos para preservação do Estado de Direito, que devem ser mantidos e não podem ser transgredidos, especialmente no que se refere aos seus elementos substantivos, ou seja, às normas de direitos humanos.²⁰ Ao fazê-lo, os instrumentos internacionais de direitos humanos preveem critérios claros a respeito do que é aceitável e restringem as possíveis investidas do Estado contra direitos. A ampliação da margem de manobra do Estado para lidar com uma emergência pode ocorrer, portanto, apenas dentro de limites estritos. Esse entendimento confere efetividade à *Rule of Law Checklist* da Comissão de Veneza, sobre garantias de direitos humanos incorporadas aos internacionais.²¹

A seguir, examinaremos como isso se apresenta especificamente no caso do Sistema Interamericano.

4 A Constituição de Emergência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: art. 27 CADH

O art. 27 da CADH é um exemplo interessante e bem desenvolvido de uma “constituição de emergência” de direitos humanos. Conforme mencionado acima, o dispositivo está estruturado de forma semelhante às suas “disposições irmãs” – art. 4 do PIDCP e art. 15 da CEDH – sendo dividido em três partes.

O preceito em questão contém os elementos substanciais para a declaração do estado de emergência, ou seja, as condições que justificam que um Estado suspenda garantias:

Em tempo de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança de um Estado parte, este pode tomar medidas derogatórias de suas obrigações, nos termos desta Convenção, na medida e pelo tempo estritamente necessário, conforme a situação, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com outras obrigações estabelecidas pelo Direito Internacional e não envolvam discriminação em razão de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. [...]

Assim, podem ser identificadas quatro condições. Em primeiro lugar, é preciso haver uma guerra ou um perigo público ou, ainda, outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado. Em segundo lugar, a derrogação de uma norma de direitos humanos deve ser proporcional; deve ser imprescindível diante das exigências da situação no que se refere ao alcance e à duração da suspensão. Em terceiro lugar, a derrogação deve ser compatível com outras obrigações previstas pelo Direito Internacional (por exemplo, o direito consular, diplomático, imunidades; o direito humanitário, em caso de conflitos armados). Por fim, a medida não pode incidir em discriminação em razão de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

As condições materiais para uma emergência previstas no art. 27 (1) da CADH são, assim, mais permisivas do que aquelas elencadas pelo PIDCP e pela CEDH. Basta ver que o art. 27 (1) admite a suspensão em caso de “guerra, perigo público ou outra emergência”, ao passo que o PIDCP prevê a possibilidade de derrogações apenas nas hipóteses de “emergência pública” e a CEDH somente em situações de “guerra” e

¹⁸ Criddle, Evan J.; Fox-Decent, Evan. Human Rights Emergencies and the Rule of Law. *Human Rights Quarterly*, v. 34, p. 39-87, 2012. p. 47.

¹⁹ Criddle, Evan J.; Fox-Decent, Evan. Human Rights Emergencies and the Rule of Law. *Human Rights Quarterly*, v. 34, p. 39-87, 2012. p. 47.

²⁰ No que se refere a garantias mais formais, separação de poderes, sistema de freios e contrapesos, tribunais independentes, v. abaixo.

²¹ COUNCIL OF EUROPE. European Commission for Democracy through Law Venice Commission. *Rule of Law Checklist*, Venice, 2016, CDL-AD(2016)007 p. 13.

“emergência pública”. Além disso, os limites traçados pela CADH são mais baixos, uma vez que o art. 27 (1) só se refere à “independência ou segurança de um Estado”, enquanto no âmbito do PIDCP e da CEDH a situação de emergência deve ameaçar a existência da nação (*life of the nation*) e sua declaração proclamada oficialmente para ser aceitável.

No entanto, a Corte IDH interpretou o dispositivo de forma a elevar tais limites e, conseqüentemente, restringir a atuação do Estado.²² Na Opinião Consultiva sobre a concessão de habeas corpus em situações de emergência, a Corte descreveu o art. 27 como uma “previsão apenas para situações excepcionais” e, portanto, afirmou um limite superior para aplicação do preceito, em detrimento de uma leitura puramente literal.²³ Por outro lado, adotou também uma visão restritiva sobre a necessária proporcionalidade das medidas.²⁴ No caso paradigmático *Zambrano v. Equador*, a Corte IDH reconheceu a existência de violação ao art. 27 (1) da CADH, em razão da amplitude e da generalidade do decreto de emergência editado pelo Equador.²⁵ O Tribunal impôs, assim, condições rigorosas à emergência e sublinhou a excepcionalidade absoluta das medidas.²⁶

De maior interesse para esse estudo, no entanto, parece ser a lista de direitos não derogáveis contida no art. 27 (2) da CADH, que é mais extensa do que as listas contidas em outros instrumentos de direitos humanos, tais como aquelas concebidas pelo art. 4º (2) do PIDCP²⁷ e pelo art. 15 (2) da CEDH. Compreende, por um lado, direitos substantivos – o direito à personalidade jurídica (art. 3º), o direito à vida (art. 4º), o direito à integridade pessoal (art. 5º), a vedação à escravidão (art. 6º), a proibição de leis *ex post facto* (art. 9º), a liberdade de consciência e de religião (art. 12), os direitos da criança (art. 19), o direito à nacionalidade (art. 20), bem como o direito de participar do governo (art. 23). Ao mesmo tempo, “as garantias judiciais essenciais para a proteção desses direitos” (art. 27 (2) da CADH) são explicitamente declaradas como não derogáveis. As últimas têm particular relevância, tendo em vista o papel crucial dos tribunais independentes e imparciais na defesa do Estado de Direito em nível doméstico (e internacional) durante emergências.²⁸ Um Judiciário forte é uma salvaguarda importante para a defesa dos direitos humanos e atua como uma barreira contra os abusos. De qualquer sorte, as garantias estabelecidas pela CADH vão mais longe do que aquelas inseridas no PIDCP e CEDH.²⁹

O apoio adicional ao papel forte desempenhado pelos tribunais nacionais pode ser encontrado no requisito de notificação estabelecido no art. 27 (3) da CADH, que impõe aos Estados nacionais o dever de manutenção de uma certa transparência, no plano internacional, acerca das ações emergenciais adotadas. Isto porque o dispositivo, assim como as disposições correlatas previstas no art. 4º do PIDCP e no art. 15 da CEDH, contempla a obrigação do Estado sob emergência de notificar os demais Estados parte da Convenção, por meio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos. A declaração deve conter informações sobre as disposições a serem objeto de mitigação, os motivos e a duração da suspensão, ou

²² Oberleitner, Gerd. Das bedrohte Leben der Nation: Begriff, Begründung und Funktion des Staatsnotstandes in menschenrechtlichen Verträgen. *Zeitschrift für Menschenrechte*, Jg., n. 2, 2019. p. 3.

²³ CORTE IDH. *Habeas Corpus in Emergency Situations*, Advisory Opinion, 30 jan. 1987, OC-8/87, p. 19 e seguintes.

²⁴ CORTE IDH. *Habeas Corpus in Emergency Situations*, Advisory Opinion, 30 jan. 1987, OC-8/87, p. 22 e 39.

²⁵ O Equador declarou situação de emergência em um contexto de insegurança e vandalismo, especialmente nas cidades de Quito e Guayaquil (Decreto-lei nº 86 de 1992). Ainda assim, as medidas de emergência (intervenção dos militares) não se limitaram a essas cidades, nem o Decreto-lei em causa especificou quais direitos teriam sido suspensos. CORTE IDH. *Zambrano Vélez et al. v. Ecuador*, 04 jul. 2017. p. 48.

²⁶ CORTE IDH. *Zambrano Vélez et al. v. Ecuador*, 04 jul. 2017. p. 52.

²⁷ Ver, entretanto, ONU. UN Human Rights Committee. Derogations during a State of Emergency. *ICCPR General Comment*, n. 29, art. 4., 31 ago. 2001, que expandiu a lista de direitos não derogáveis. Para obter detalhes sobre a interpretação do PIDCP conferida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, v. seção 5 deste trabalho.

²⁸ Ver, também, a Rule of Law Checklist da Comissão de Veneza: “[...] há controle parlamentar e controle de constitucionalidade sobre a existência e a duração de uma situação de emergência e o escopo de qualquer derrogação?”. COUNCIL OF EUROPE. European Commission for Democracy through Law Venice Commission. *Rule of Law Checklist*, Venice, 2016, CDL-AD(2016)007 p. 13.

²⁹ Para detalhes, v. seção 5 deste trabalho.

seja, por quanto tempo deve perdurar a derrogação. O art. 27 (3), então, compele o Estados a manterem requisitos mínimos de transparência sobre as medidas tomadas por ocasião da emergência.

De fato, a Corte Interamericana, com base no art. 27 (3), afirmou a importância das notificações, bem como considerou que os Estados que descumpriram a obrigação se encontravam em situação de violação à CADH. No caso de *Zambrano v. Equador*, por exemplo, a Corte destacou a importância do dispositivo e a inderrogabilidade do dever de notificar:

70. A Corte considera que a obrigação internacional de os Estados parte da Convenção Americana, nos termos do art. 27 (3), constitui um mecanismo que compõe a estrutura do que se tem como garantia subjacente a este tratado, cujo objetivo é a proteção da pessoa humana. Tal obrigação também constitui uma salvaguarda para prevenir o abuso dos poderes excepcionais de suspensão de garantias e permite que outros Estados parte avaliem se o alcance dessa suspensão é compatível com as disposições da Convenção. Assim, o não cumprimento do dever de informar implica descumprimento da obrigação prevista no parágrafo terceiro do art. 27. Mesmo assim, o Estado não se exime de justificar a existência de uma situação de emergência e a adequação das medidas então estabelecidas, conforme determinado anteriormente.³⁰

Com base nisso, a Corte IDH reconheceu a existência de uma violação ao art. 27 (3) da CADH.³¹ Com ênfase na obrigação de notificar, a Corte afirmou o dever de transparência para com os demais Estados parte. Nesse sentido, o controle internacional pode contribuir para a manutenção do Estado de Direito por meio do escrutínio exercido “de cima para baixo”.

O estabelecimento de garantias judiciais inderrogáveis parece importante para a defesa do Estado de Direito em tempos de emergência. Ainda assim, a expressão “garantias judiciais” não é definida no art. 27 (2) da CADH. O que resta a ser examinado em uma próxima etapa, portanto, é o que se entende por “garantias judiciais”, com base na extensa jurisprudência da Corte IDH.

5 A jurisprudência da Corte IDH sobre o art. 27 da CADH – garantias judiciais em defesa do Estado de Direito

5.1 Introdução

A Corte IDH abordou a questão das “garantias judiciais necessárias para a defesa desses direitos” em pareceres consultivos³² e também em sua jurisprudência, especialmente em diversos casos contra o Peru.³³ Ao fazê-lo, forneceu informações importantes sobre como compreender a categoria, à luz da interpretação conferida ao art. 27 (2) da CADH. Dada a variedade de direitos não derogáveis ali estabelecidos, a amplitude exata das garantias judiciais varia conforme o direito em jogo (direito à integridade pessoal ou liberdade *versus* direito à nacionalidade). No entanto, também se podem extrair diretrizes mais gerais da jurisprudência da Corte Interamericana.

³⁰ CORTE IDH. *Zambrano Vélez et al. v. Ecuador*, 04 jul. 2017. p. 70.

³¹ V. também *Caracazo v. Venezuela*, onde a Corte IDH considerou que, além de várias outras disposições, também a obrigação de notificar, art. 27, §3º, da CADH, foi violada, uma vez que os Estados parte não foram informados pelo Secretário-Geral da OEA. Eventos em fevereiro e março de 1989. CORTE IDH. *Caracazo v. Venezuela*, 11 nov. 1999.

³² CORTE IDH. *Habeas Corpus in Emergency Situations*, Advisory Opinion, 30 jan. 1987, OC-8/87, p. 38.

³³ Ver CORTE IDH. *Galindo Cárdenas et al v. Peru*, 30 maio 1999.

5.2 Interpretação – garantias judiciais

A concretização das garantias judiciais pela Corte IDH remonta a dois pareceres consultivos emitidos em 1987. O primeiro deles – Opinião Consultiva n° 8 –, foi solicitado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH. O pedido dizia respeito ao recurso específico de habeas corpus (recurso a um tribunal, em caso de privação da liberdade, para decidir sobre a legalidade de prisão e detenção (art. 7° (6) da CADH)) e o recurso geral de amparo (direito de recurso no caso de violações gerais a direitos fundamentais (art. 25 (1) da CADH)). O segundo parecer da Corte – a Opinião Consultiva n° 9 – foi solicitada pelo Uruguai, que desejava esclarecimento sobre a possível suspensão de garantias, em situação de emergência, nos termos do art. 8° da Convenção (direito a um julgamento justo, garantias relacionadas ao devido processo legal) e do art. 25 (1) do mesmo Diploma internacional. Ambos os pedidos questionaram se tais recursos eram inderrogáveis porquanto incluídos na expressão “garantias judiciais essenciais para a proteção de tais direitos”, mencionada na parte final do art. 27 (2) da CADH.³⁴

Essa pergunta foi respondida afirmativamente pela Corte IDH. De acordo com o órgão, não era possível, em um sistema regido pelo Estado de Direito, suspender as garantias judiciais estabelecidas nos arts. 7° (6), 8° e 25 (1) da CADH, uma vez que eram, todas elas, indispensáveis ao exercício pleno e efetivo dos direitos e liberdades protegidos pelo art. 27 da Convenção.³⁵ Os recursos de habeas corpus e de amparo, bem como o direito à proteção judicial foram, portanto, considerados inderrogáveis. Esse entendimento contempla uma grande variedade de garantias judiciais, podendo ser resumido da seguinte forma: o art. 25 estabelece um direito geral à proteção judicial, ou seja, um direito de recurso simples e rápido a um tribunal competente, e abrange os recursos específicos de amparo e de habeas corpus, enquanto o art. 8° enumera as regras para um julgamento justo e, portanto, detalha garantias processuais.³⁶

Os casos subsequentes confirmaram a posição firme da Corte em relação às garantias judiciais.³⁷ Em sua análise, a Corte Interamericana teve que lidar com detenções secretas havidas no decorrer da luta contra o grupo guerrilheiro de esquerda, Sendero Luminoso, e a realização de julgamentos por tribunais militares compostos por “juízes sem rosto”. O direito à liberdade pessoal previsto no art. 7° da CADH e as garantias judiciais estavam, claramente, em jogo. O Peru, a seu turno, argumentou haver declarado estado de emergência no contexto do combate ao Sendero Luminoso, respeitando os requisitos estabelecidos pelo art. 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Frisou que a derrogação das garantias do art. 7° também havia se dado nos limites do que previa o diploma internacional, defendendo que as detenções efetivadas (durante as quais os detentos permaneciam por mais de trinta dias sem a oportunidade de serem levados à presença de um juiz) eram legais.³⁸ A Corte IDH, todavia, rejeitou os argumentos apresentados pelo Estado peruano, confirmando, ao revés, que tanto o recurso de amparo quanto o habeas corpus eram instrumentos inderrogáveis.³⁹ Nesse sentido, tem particular interesse para nossas considerações sobre o Estado de Direito,

³⁴ Burgorgue-Larsen, Laurence. The right to an effective remedy. In: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights: case, law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 673-693. p. 680.

³⁵ Burgorgue-Larsen, Laurence. The right to an effective remedy. In: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights: case, law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 673-693. p. 680.

³⁶ Úbeda de Torres, Amaya. The right to due process. In: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 642-671. p. 648.

³⁷ Úbeda de Torres, Amaya. The right to due process. In: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 642-671. p. 650.

³⁸ CORTE IDH. *Galindo Cárdenas et al v. Peru*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, 2 October 2015, p. 180. No Peru, o Código da Justiça Militar autorizava o julgamento de civis por tribunais militares, em casos de suposta traição, mas apenas em situação de Guerra externa. Em 1992, isso foi estendido para tempos de paz. Os juízes eram anônimos (sem rosto). Eles tinham direito de julgar civis em um procedimento sumário. Da mesma forma, em 1992, os decretos-lei permitiam a prisão preventiva de uma pessoa, por um período máximo de 15 dias (com uma prorrogação por mais 15 dias), sem que a pessoa detida tivesse que ser apresentada a um juiz. Ver Rodríguez, Gabriela. Artículo 27. In: Steiner, Christian; Uribe, Patricia (ed.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. Mexico City, 2014. p. 10.

³⁹ Ver, por exemplo, *Galindo Cárdenas et al v. Peru*, onde a Corte IDH identificou as normas que devem permanecer aplicáveis durante a vigência de um estado de emergência e estabeleceu violações aos direitos previstos nos art. 7°, §4°; 8°, §2°, “b” e “c”; 7°, §6°, da

a reiteração pelo Tribunal da assertiva de que as garantias judiciais elencadas no art. 27, §2º, da CADH não podem ser exercidas sem que as garantias do devido processo legal (direito a um julgamento justo, art. 8º)⁴⁰ sejam igualmente asseguradas, além da ênfase conferida à existência de tribunais independentes e imparciais.

Em *Castillo Petruzzi*, a Corte afirmou que, embora nada justifique a violência terrorista e o Estado tenha o direito de garantir sua própria segurança, deve exercer esse direito dentro de limites e de acordo com procedimentos que preservem a segurança pública e os direitos fundamentais (89).⁴¹ Reconheceu, outrossim, o direito à assistência jurídica (143 e seguintes) e de arrolar e ouvir testemunhas (150 e seguintes), dentre outros, concluindo que tribunais militares “sem rosto” não se qualificam como órgãos judiciais, na acepção do que preceitua o art. 8º da CADH (134).⁴² Da mesma forma, em *J. v Peru* (2003), a Corte IDH enfatizou a importância dos controles judiciais, no contexto de privações de liberdade, e estabeleceu violações correlatas aos art. 7º (6) (habeas corpus), art. 8º (proteção judicial/julgamento justo) e art. 25 (1) (amparo) da CADH. Considerou que, especialmente nos casos em que a detenção inicial havia ocorrido sem uma ordem judicial, a subsequente entrevista com um juiz se mostrava importante.⁴³ Além disso, a Corte IDH considerou que a suspensão de certos aspectos do direito à liberdade pessoal não poderia significar que as ações do Estado anulariam os controles jurisdicionais sobre a forma como foram realizadas.⁴⁴ Com base nisso, o Tribunal declarou a ocorrência de violações ao art. 8º (1; 2 (b, c, d, f, h) 3; 5), ao art. 7º (6) e ao art. 25 (1), da CADH no que se refere aos meios e ao tempo adequados para preparar a defesa, arrolar e ouvir testemunhas, bem como interpor recursos.

5.3 Garantias judiciais, tribunais independentes e Estado de Direito

As garantias judiciais são consideradas essenciais pela Corte IDH tanto em nível geral quanto, mais especificamente, em casos de detenção e privação de liberdade. Os tribunais domésticos não apenas são fortalecidos em sua interação com o Poder Executivo como permanecem firmes contra as violações de direitos humanos, funcionando como guardiães do Estado de Direito. Isto é especialmente importante se considerarmos as características associadas aos regimes de emergência: agigantamento do Executivo, processo de tomada de decisões mais rápido e mais flexível e restrições às garantias substantivas dos direitos humanos. Diante disso, a ênfase da Corte IDH nas garantias judiciais parece crucial para defender certos valores básicos em tempos de emergência.

CADH. Em *Castillo Petruzzi*, a Corte concluiu que o tempo de detenção sem que as vítimas pudessem ser entrevistadas por um juiz foi excessivo e, portanto, violava a Convenção. CORTE IDH. *Castillo Petruzzi et al. v. Perú*, Merits, Reparations and Costs, IACtHR, 30 May 1999, p. 110. Ver, também, *Cantoral Benavides v. Perú*, Merits, Judgment, 18 August 2000, p. 73. As vítimas foram detidas por trinta e seis dias. Burgorgue-Larsen, Laurence. The right to an effective remedy. In: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya. The right to due process. In: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 642-671. p. 680.

⁴⁰ CORTE IDH. *Galindo Cárdenas et al. v. Peru*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, 2 October 2015, p. 168.

⁴¹ Para a Corte IDH: “Um princípio básico da independência do judiciário é o de que toda pessoa tem o direito de ser ouvida por tribunais regulares, seguindo procedimentos previamente estabelecidos por lei, razão pela qual os Estados não devem criar tribunais que não empreguem os procedimentos regularmente estabelecidos pelo devido processo legal [...] para deslocar a jurisdição pertencente aos tribunais ordinários ou judiciais. [...] Implícito na concepção das garantias judiciais está o envolvimento ativo de um órgão judicial independente e imparcial, com o poder de transmitir a legalidade das medidas adotadas em estado de emergência”. CORTE IDH. *Castillo Petruzzi et al. v. Perú*, Merits, Reparations and Costs, 30 May 1999, parágrafos 129 e 131.

⁴² CORTE IDH. *Zambrano Vélez et al. v. Ecuador*, Merits, Reparations and Costs, Judgment, 04 July 2017, parágrafos 67, 71.

⁴³ CORTE IDH. *J. v Perú*, Preliminary objections, Merits, Reparations and Costs, 27 November 2013, parágrafo 144.

⁴⁴ CORTE IDH. *J. v Perú*, Preliminary objections, Merits, Reparations and Costs, 27 November 2013, parágrafo 144.

6 Considerações finais

O sistema interamericano de direitos humanos contém fortes salvaguardas para proteger os valores básicos em tempos de emergência. Mais importante ainda, o art. 27 da CADH, a “constituição de emergência” do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, fornece extensa lista de garantias substantivas, tais como: a proibição de tortura, a proibição de escravidão ou a liberdade de religião. Também exige que Estados mantenham as garantias judiciais para proteger esses direitos; ou seja, o recurso de amparo em caso de supostas violações de direitos fundamentais (art. 25 (1) CADH), o habeas corpus (recurso ao tribunal em caso de privação de liberdade para decidir sobre a legalidade da prisão ou detenção, art. 7º (6) CADH), bem como as garantias gerais do devido processo legal (art. 8º (1) CADH) são garantias inderrogáveis.

A ênfase do Sistema Interamericano de Direitos Humanos nas garantias judiciais concentra-se em um componente essencial do Estado de Direito: o Judiciário. Na verdade, parece essencial manter o sistema de freios e contrapesos em nível doméstico, com a sedimentação de tribunais independentes, aptos a conter o Executivo, funcionando como *watchdogs* na vigência de estados de emergência. Isso se torna especialmente relevante no Sistema Interamericano, com democracias jovens, ainda em processo de consolidação, proeminência geral do Executivo nos arranjos institucionais e fragilidade da separação de poderes. Mostra, também, o importante papel de transformação do ICCAL na América Latina.

Com isso, o art. 27 da CADH, reconhecido pela Corte IDH como a “constituição de emergência” do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, prevê salvaguardas mais rigorosas do que o sistema europeu de proteção dos direitos humanos. Além de possuir uma lista mais longa de direitos não derogáveis, contempla a não derogabilidade das garantias judiciais de defesa desses direitos. A Corte confirmou a tese não só para uma grande variedade de garantias, como também para o recurso de amparo, para o habeas corpus e para os *standards* conectados à efetivação de julgamentos justos. Em um movimento semelhante, por meio do Comentário Geral nº 29, o Comitê de Direitos Humanos expandiu o rol de direitos não derogáveis contidos no art. 4º do PIDCP, incluindo também as garantias judiciais.⁴⁵

Na Europa, ao contrário, os Estados têm maior liberdade de ação em tempos de emergência. Isso tornou-se evidente no contexto do conflito na Irlanda do Norte e das derrogações relacionadas a ele. Em *Lawless v. Ireland*, por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) aceitou que a detenção de suspeitos sem controle judicial, com a consequente mitigação dos direitos à liberdade e segurança pessoais e à utilização de habeas corpus, eram expedientes necessários no cenário de conflito existente na Irlanda do Norte.⁴⁶ Em *Brannigan & McBride v. Reino Unido* (1993), o TEDH concluiu que a detenção de suspeitos por terrorismo sem a chancela judicial era aceitável.⁴⁷ O Tribunal Europeu, portanto, deixou aos Estados certa margem de manobra na concepção das salvaguardas processuais. Embora essa linha de jurisprudência não tenha sido explicitamente confirmada em casos mais recentes, também não foi contestada.⁴⁸ Alguns casos

⁴⁵ Ver Comentário Geral nº 29 do Comitê de Direitos Humanos: art. 4º - Derrogações durante um estado de emergência: “15. É inerente à proteção de direitos expressamente reconhecidos como inderrogáveis no art. 4º, parágrafo 2º, que eles devam ser garantidos por garantias processuais, incluindo, muitas vezes, garantias judiciais. As disposições do Pacto relativas às salvaguardas processuais nunca podem ser submetidas a medidas que contornem a proteção de direitos não derogáveis [...]. 16. O Comitê acredita que os princípios da legalidade e do Estado de Direito exigem que os requisitos fundamentais de um julgamento justo sejam respeitados durante o estado de emergência. Apenas um tribunal pode julgar e condenar uma pessoa por um crime. A presunção de inocência deve ser respeitada. A fim de proteger direitos inderrogáveis, o direito de entrar com um processo perante um tribunal para permitir que o tribunal decida de forma célere sobre a legalidade da detenção não deve ser diminuída pela decisão de um Estado parte de derrogar o Pacto.”

⁴⁶ TEDH. *Lawless v. Ireland* (No.3), Judgment, 01 July 1961, parágrafo 36. Ver também TEDH. *Ireland v. the United Kingdom*, Judgment, 18 January 1978, parágrafo 220.

⁴⁷ TEDH. *Brannigan & McBride v. UK*, Judgment, 25 May 1993, para 55 et seq. See generally Lukan 2013, parágrafo 19.

⁴⁸ Ver Grupo de Redação sobre o Lugar da Convenção Europeia de Direitos Humanos na Ordem Jurídica Europeia e Internacional contribuição externa voluntária para a preparação do capítulo 2 do projeto do tema 2 (desafio da interação entre a Convenção e outros instrumentos internacionais de direitos humanos com o qual o Conselho dos Estados-membros europeus é parte), 15 jan. 2019, p. 8: “[...] o TEDH nunca considerou que o habeas corpus não pode ser suspenso em tempos de emergência e, ao invés disso,

contra a Turquia, por ocasião da declaração de estado de emergência, em 2016, abordaram a questão do habeas corpus, sem, contudo, fornecer qualquer resposta explícita.⁴⁹

Tem-se, portanto, que se de um lado as garantias extrajudiciais foram consideradas suficientes pelo TEDH, de outro, o Comitê de Direitos Humanos, por meio do Comentário Geral nº 29, desenvolveu interpretação convergente com aquela fixada pela Corte IDH, no sentido de reconhecer que a “constituição de emergência” demanda plena manutenção das garantias judiciais. Portanto, é verdade que, embora os fortes mecanismos de defesa do Estado de Direito desenvolvidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos pareçam especialmente justificados em razão do passado (e presente) da América Latina, também podem servir de inspiração para o sistema europeu.

Referências

- Burgorgue-Larsen, Laurence. The right to an effective remedy. In: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights: case, law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 673-693.
- Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights: case, law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya. “War” in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 33, p. 148-174, 2011.
- Chesterman, Simon. Rule of law. In: Wolfrum, Rüdiger (ed.): *Max Planck encyclopedia of public international law*. 2007. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/home/mpil>.
- Criddle, Evan J.; Fox-Decent, Evan. Human Rights Emergencies and the Rule of Law. *Human Rights Quarterly*, v. 34, p. 39-87, 2012.
- Istrefi, Kushtrim; Salomon, Stefan. Entrenched derogations from the European Convention on Human Rights and the emergence of non-judicial supervision of derogations. *Austrian Review of International and European Law*, v. 22, p. 7-28, 2017.
- Lukan, Matthias. Artikel 15 EMRK. In: Kneihls, Benjamin; Lienbacher, Georg (ed.). *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht*. Wien: Verlag Österreich, 2013.
- Oberleitner, Gerd. Das bedrohte Leben der Nation: Begriff, Begründung und Funktion des Staatsnotstandes in menschenrechtlichen Verträgen. *Zeitschrift für Menschenrechte*, Jg., n. 2, 2019.
- Peerenboom, Randall. Human rights and rule of law: what’s the relationship? *Georgetown Journal of International Law*, v. 36, UCLA School of Law Research Paper n. 05-31, 2005.
- Rodríguez, Gabriela. Artículo 27. In: Steiner, Christian; Uribe, Patricia (ed.). *Convención Americana sobre Dere-*

aceitou expressamente sua derogabilidade até o momento.” (notas de rodapé omitidas). Ver, no entanto, a Resolução 2209 da PACE (2018) “Estado de emergência: questões de proporcionalidade relativas à derrogação do art. 15 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos”, onde a PACE declarou: “3. Não pode haver qualquer derrogação a certos direitos, conforme especificado no artigo 15; [...] Ou garantias processuais de forma a contornar a proteção de direitos inderrogáveis. As salvaguardas fundamentais do Estado de Direito, em particular a legalidade, a supervisão parlamentar eficaz, o controle judicial independente e os recursos internos eficazes devem ser mantidas, mesmo durante o estado de emergência [...]” Observe também que certas salvaguardas processuais podem ser derivadas do ramo processual de direitos não derogáveis, como a proibição da tortura e a obrigação correspondente dos Estados parte, por exemplo, para investigar denúncias de maus-tratos (TEDH. *Elçi e outros v. Turquia*. 13 November 2003, parágrafos 632, 648-649).

⁴⁹ See TEDH. *Alparslan Altan v. Turkey*, Judgment., 16 April 2017, parágrafos 147-148. TEDH. *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, Judgment, 20 March 2018, para 140; TEDH. *Şahin Alpay v. Turkey*, Judgment, 20 March 2018, parágrafo 119.

cbos Humanos comentada. Mexico City, 2014.

Úbeda de Torres, Amaya. The right to due process. *In*: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 642-671.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.