

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Seção I

Direitos Humanos

A derogabilidade das normas de proteção internacional dos direitos humanos

Márcia de Almeida Pereira*

Sumário: 1 A proteção internacional dos direitos humanos e os conflitos armados. 1.1 O porquê da expressão “conflitos armados”. 1.2 A internacionalização da proteção dos direitos humanos. 1.3 Conflitos armados e proteção internacional dos direitos humanos. 2 A derogabilidade dos deveres internacionais de proteção dos direitos humanos em conflitos armados. 2.1 Nota introdutória. 2.2 O sistema europeu. 2.3 O sistema interamericano. 2.4 O sistema das Nações Unidas. 3 Reflexões sobre os dispositivos inderrogáveis e reservas. 3.1 Reserva às normas inderrogáveis. 3.2 Efeitos das reservas válidas para o Estado autor da reserva. 3.3 Efeito das reservas inválidas para os demais Estados signatários. 4 Conclusão.

1 A proteção internacional dos direitos humanos e os conflitos armados

1.1 O porquê da expressão “conflitos armados”

Até o início do século XX, o termo *guerra* era bastante utilizado, já que não havia nenhuma proibição legal à utilização da força como meio de resolução de controvérsias. A guerra consistia em uma confrontação armada entre Estados e, num primeiro momento, entendia-se que para configurar o estado de guerra deveria existir uma declaração formal. O conceito, no entanto, foi

* Márcia de Almeida Pereira é pós-graduada em Direito Internacional dos Conflitos Armados pela Universidade de Brasília (UnB) e Universidade Ruhr de Bochum (Alemanha). Assessora Jurídica da PGT.

evoluindo e a doutrina mais moderna de Direito Internacional já não exige a declaração formal como requisito para configuração do estado de guerra¹.

O tratado que instituiu a Liga das Nações (Pacto da Sociedade das Nações, de 1919) – embora ressalte que toda guerra ou ameaça de guerra atinge, de modo geral, a sociedade inteira e que todas as medidas apropriadas devem ser tomadas para resguardar a paz entre as Nações (art. 11) – permite a utilização da guerra como meio de resolução de conflitos, conforme se pode constatar a seguir:

Art. 12. Todos os Membros da Sociedade convêm que, se entre eles houver um litígio que possa trazer rompimento, o submetem ao processo de arbitragem ou ao exame do Conselho. Convêm mais que, em nenhum caso, *deverão recorrer à guerra antes de expirar o prazo de três meses* depois da sentença dos árbitros ou do parecer do Conselho [grifo nosso].

Em todos os casos previstos neste artigo a sentença dos árbitros deverá ser dada num prazo razoável e o parecer do Conselho deverá ser lido nos seis meses, a contar da data em que tiver tomado conhecimento da divergência.

Felizmente, menos de uma década depois, mais precisamente em 1928, foi firmado um tratado multilateral, mais conhecido como Pacto Briand-Kellogg², que proibiu veementemente a utilização da guerra como recurso para solução de controvérsias.

¹ De acordo com o *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, de Pietro Verri (Genebra: CICR), o princípio da declaração obrigatória caiu em desuso. Em realidade, e segundo o direito consuetudinário, a declaração de guerra deixou de ser necessária para a instauração do estado de guerra; basta que uma das partes manifeste sua vontade começando materialmente as hostilidades (vide o verbete “Declaración de guerra”). [Tradução livre da autora.]

² O Pacto Briand-Kellogg ficou assim conhecido por ter sido proposto, em 1927, pelo Ministro das Relações Exteriores do governo francês, Aristide Briand. O Pacto seria, a princípio, celebrado entre Estados Unidos e França. O Secretário de Estado dos EUA, Frank B. Kellogg, em resposta, sugeriu que o instrumento fosse um pacto geral contra a guerra, não se limitando somente aos dois Estados. Assim, após negociações, o referido instrumento foi firmado em Paris, em 27 de agosto de 1928, por 11 Estados. Atualmente 62 Estados firmaram o Pacto Briand-Kellogg.

Na Carta das Nações Unidas, que foi firmada no ano de 1945, verifica-se que o termo guerra não foi utilizado sequer uma vez, sendo substituído por palavras e expressões equivalentes, como *agressão, uso da força, ruptura da paz*.

No entanto, em 1949, o conceito que vinha sendo preterido voltou a ser utilizado nas Convenções de Genebra, conforme se pode verificar no art. 2º comum às quatro Convenções:

Além das disposições que devem entrar em vigor desde o tempo de paz, a presente Convenção aplicar-se-á em caso de *guerra declarada* ou de qualquer outro *conflito armado* que possa surgir entre duas ou mais das Altas Partes Contratantes, mesmo que o estado de guerra não seja reconhecido por uma delas [...] [grifo nosso].

Nesse aspecto, as Convenções de Genebra reavivaram termo que estava sendo evitado (guerra), bem como a necessidade da declaração formal, e passou a trabalhar com dois conceitos: guerra declarada e conflito armado.

Pelas limitações que o termo contém e na esteira dos documentos jurídicos anteriormente citados, tem-se preferido a utilização da expressão *conflitos armados*, por ser mais ampla e incluir vários tipos de situação conflituosa: conflito armado internacional (*internacionais propriamente ditos, guerras de libertação nacional, conflito interno internacionalizado*) e conflito armado não-internacional (que tem uma definição mais restrita, de acordo com o art. 1º, Prot. II, adicional às Convenções de Genebra, ou uma definição ampla, de acordo com o art. 3º comum às Convenções).

Registrem-se as palavras de Celso D. de Albuquerque Mello, que faz uma síntese bastante inteligente dos conceitos acima expostos: “Toda guerra é conflito armado internacional, mas nem todo conflito armado internacional é guerra”³.

³ MELLO, 1997, p. 154-155.

1.2 A internacionalização da proteção dos direitos humanos

O início da civilização foi também o início de uma história de desrespeito ao ser humano, em que ele sofreu os mais diversos tipos de violações nas suas relações interpessoais. Gradualmente, o indivíduo foi se afirmando e passando a reivindicar a salvaguarda de seus direitos. Para o saudoso professor Norberto Bobbio, os direitos humanos são aqueles “nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”⁴. Em outras palavras, por mais fundamentais que sejam os direitos humanos e expressem a essência de cada indivíduo, eles vão se revelando pouco a pouco, surgindo da necessidade de cada ser ou grupo em um determinado contexto histórico e cultural, contextos estes que, por sua vez, podem ser mais ou menos favoráveis ao florescimento desses direitos.

As atrocidades ocorridas nas duas grandes guerras do início do século XX propiciaram o desenvolvimento dos direitos humanos em um contexto internacional. Esse período gris de horrores sofridos despertou a sociedade internacional para a necessidade de uma proteção mais ampla e efetiva dos direitos humanos. Os Estados não mais poderiam estar silentes diante de tantos atos que aviltavam a essência do ser e que poderiam voltar a constituir uma realidade. Então, a comunidade internacional se dispôs a assumir obrigações de cuidado, de proteção, de respeito para com esses indivíduos. Esses deveres de proteção foram materializados em instrumentos internacionais de direitos humanos, logo após o término da Segunda Grande Guerra, e a par dos instrumentos regionais já existentes⁵.

Em que pese o fato de a Carta das Nações Unidas (1945) já falar em promoção, estímulo e respeito dos direitos do homem e

⁴ BOBBIO, 1992, p. 5.

⁵ Podemos citar como os primeiros instrumentos de proteção dos direitos humanos a Magna Carta de João Sem-Terra (1215), o *Petition of Rights* (7 jun. 1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Toleration Act* (1689) e a *Bill of Rights* (13 fev. 1689). Essas cartas de direitos precederam as grandes Declarações de Direitos (Virgínia, 1776, e Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789).

das liberdades fundamentais (art. 1º, 3, e art. 55), considera-se como marco inicial da proteção internacional dos direitos humanos o ano de 1948, no qual ocorreu a promulgação da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. A declaração foi adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em forma de Resolução, materializando uma vontade geral, mas carecendo de qualquer validade jurídica. Para alguns doutrinadores a Declaração, ainda que não tenha a forma de tratado, possui força jurídica obrigatória e vinculante, por tratar-se de uma interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” contida na Carta das Nações Unidas de 1945. A Carta da ONU falava de direitos humanos, mas não listava quais seriam eles, tendo a declaração suprido essa lacuna.

Em 1966 foram celebrados dois instrumentos jurídicos de proteção: o *Pacto de Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, que incorporavam (além de ampliarem) os direitos e garantias previstos na Declaração Universal, no entanto com uma diferença: os Pactos possuem caráter jurídico. Estava formada então a *Carta Internacional dos Direitos Humanos (International Bill of Rights)*, que conjuga a Declaração Universal de 1948 e os dois Pactos Internacionais datados de 1966⁶.

A proteção internacional dos direitos humanos foi se ampliando com o surgimento de vários instrumentos temáticos (*Convenção dos Direitos da Criança; Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção sobre a Proteção de todas as Pessoas contra a Tortura e outras Penas e Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio*) e, ainda, com o aparecimento de diversos instrumentos regionais de proteção dos direitos humanos (*Convenção Européia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais; Convenção Americana sobre os Direitos Humanos; Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*).

Esse movimento de internacionalização dos direitos humanos⁷, que começou formalmente com a Declaração de 1948, não é tarefa

⁶ PIOVESAN, 2000, p. 160.

⁷ Ibidem, p. 42.

cumprida. É luta árdua e deve ser pauta constante em um mundo em que os conflitos armados representam um óbice massivo à materialização desses direitos.

1.3 Conflitos armados e proteção internacional dos direitos humanos

Os Estados, ao ratificarem os instrumentos internacionais que estabelecem deveres de proteção dos direitos humanos, pressupõem uma situação de normalidade, de estabilidade de suas funções institucionais e jurídicas. Um Estado precisa que seus pilares estejam firmes para possibilitar o cumprimento dos direitos humanos. No entanto, em uma situação de excepcionalidade, como no caso de conflitos armados, torna-se mais difícil – quando não inviável – cumprir as obrigações assumidas.

Quando determinados grupos dentro de um Estado, querendo chamar a atenção para seus lemas e desejando dar demonstrações de poder, emitem ordem para que as pessoas não saiam de suas casas e para que os comerciantes fechem suas lojas, vê-se a debilidade do Estado em respeitar a liberdade de ir e vir dos indivíduos. Quem lhes garantirá segurança em tal caos? Quando crianças protestantes em Belfast (Irlanda) deixam de ir à escola para não serem apedrejadas por católicos ortodoxos, vê-se a fragilidade do Estado no que tange ao comprometimento com a educação e com a não-submissão de crianças a situações constrangedoras e vexatórias. Quando colheitas inteiras são destruídas por grupos rebeldes que reivindicam sua supremacia étnica, o direito a conseguir a subsistência pelo trabalho esvai-se em fumaça, parecendo algo tão insólito e longínquo. Quando hospitais públicos já não podem mais receber pessoas, por terem seus leitos completamente ocupados por vítimas de bombas e minas terrestres, vê-se a debilidade dos poderes governamentais em garantir o direito à assistência médica e a um tratamento humano e digno. Como materializar o direito à informação se as cadeias de rádio e televisão estão nas mãos dos grupos dissidentes ou foram destruídos por ataques massivos?

As situações de conflitos armados internacionais e também os de índole não internacional⁸, que constituem a maioria dos conflitos da atualidade, representam um entrave ao cumprimento efetivo da proteção dos direitos humanos. Denise Hauser⁹, escrevendo sobre a nova tipologia dos conflitos armados, ressalta algumas características que se evidenciam nesse tipo de situação:

destaca-se a desintegração das estruturas do Estado, como causa ou consequência do conflito, que tem a denominação de conflitos desestruturados. Estes se caracterizam pelo debilitamento ou desaparecimento, parcial ou total, das estruturas estatais, com a ruptura da autoridade, do direito e da ordem política. [...] não ocorre a desaparecimento física do Estado, o que ocorre é que este perde sua capacidade para cumprir com suas funções normais de governo.

E foi justamente pensando em situações como essas, de excepcionalidade, de exceção, de debilidade da estrutura estatal pela existência de conflitos armados, que os instrumentos jurídicos de proteção dos direitos humanos mostraram uma alternativa, isto é, estabeleceram a possibilidade de suspensão do cumprimento de certas normas.

⁸ Entende-se por *conflito armado internacional*, de acordo com o art. 2º comum às Convenções de Genebra, ademais dos casos de guerra declarada, qualquer conflito que surja “entre duas ou mais das Altas Partes Contratantes, mesmo que o estado de guerra não tenha sido reconhecido por uma delas”, e ainda “os casos de ocupação total ou parcial do território de uma Alta Parte Contratante, mesmo que a ocupação não encontre qualquer resistência militar”. Também são considerados conflitos armados internacionais, de acordo com o Protocolo n. 1 adicional às Convenções de Genebra, “os conflitos armados em que os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas no exercício do direito dos povos à autodeterminação, consagrado na Carta das Nações Unidas e na Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Respeitante às Relações Amigáveis e à Cooperação entre os Estados nos termos da Carta das Nações Unidas”. Entende-se por *conflito armado não internacional* todo conflito que não se enquadrar nas definições anteriores (art. 3º, comum às quatro Convenções) e aqueles “que se desenrolem em território de uma Alta Parte Contratante, entre as suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a chefia de um comando responsável, exerçam sobre uma parte do seu território um controle tal que lhes permita levar a cabo operações militares contínuas e organizadas e aplicar o presente Protocolo” (Protocolo n. II adicional às Convenções de Genebra).

⁹ HAUSER, 2002, p. 131-175.

Todavia, registre-se: essa possibilidade de suspensão não é uma válvula de escape do Estado para se eximir dos deveres assumidos. Não podemos ser levados a pensar que o Estado, pelo único fato de vivenciar um conflito armado, estaria liberado de suas obrigações. Não. A permissão de se suspender a aplicabilidade de certas normas de direitos humanos só se justifica se essa derrogação tiver como objetivo imediato a superação de uma situação caótica e como objetivo mediato a própria reestruturação, o reerguimento do Estado, para que na sua inteireza possa dar pleno cumprimento aos deveres de proteção dos direitos humanos assumidos anteriormente.

Para que essa derrogação seja legítima, deve obedecer aos critérios estabelecidos no próprio instrumento internacional que gerou as obrigações. Não há de se confundir a *derrogação das obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos* com a *legitimação das violações de direitos humanos* que, sabidamente, ocorrem em situações de conflito armado.

As matanças indiscriminadas, a prática de tortura, a escravidão, a violação massiva de mulheres, a utilização de crianças como força de luta, as execuções de prisioneiros não estão amparadas pela derogabilidade. Existem normas que são consideradas absolutas, isto é, são normas tão vitais que nem mesmo uma situação de excepcionalidade justificaria sua suspensão. São direitos e garantias considerados *inderrogáveis* (absolutos) por trazerem em si valores tão essenciais, tão viscerais que nenhuma situação, nem mesmo uma grave situação de conflito armado, ampara sua não-aplicabilidade.

Vê-se assim que a derogabilidade das normas de proteção dos direitos humanos em situações de crise estatal não é uma “procuração com poderes plenos” que se concede ao Estado. A suspensão de obrigações anteriormente assumidas encontra óbice nas chamadas cláusulas pétreas. Segundo Celso D. de Albuquerque Mello¹⁰, essas cláusulas podem ser vistas sob dois ângulos distintos: *como cláusulas restritivas à soberania do Estado*, já que a norma internacional diz ao

¹⁰ MELLO, 1997, p. 51.

Estado que, mesmo em períodos de exceção na sua vida estatal, determinados dispositivos não podem ser suspensos; *como cláusulas concessivas em relação à soberania do Estado*, já que o Estado, que havia se obrigado a cumprir vários direitos, ver-se-ia diante da possibilidade de deixar de cumprir alguns deles (nesse sentido seria uma cláusula escapatória para o Estado).

Cada sistema de proteção dos direitos humanos (europeu, interamericano, das Nações Unidas) estabelece quais as condições que devem ser cumpridas pelo Estado para se derrogar essas normas fundamentais e cada um dos sistemas elenca, ainda, quais são as normas não passíveis de suspensão. É o que veremos na segunda parte deste estudo.

2 A derrogabilidade dos deveres internacionais de proteção dos direitos humanos em conflitos armados

2.1 Nota introdutória

Como ventilado anteriormente, para que as obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos possam deixar de ser cumpridas em uma situação de conflito armado, alguns procedimentos devem ser observados pelo Estado derrogante.

Cada sistema de proteção dos direitos humanos (europeu, americano, das Nações Unidas) estabelece seus próprios procedimentos, porém, da leitura dos dispositivos que cuidam do tema, pode-se extrair facilmente alguns princípios basilares nos quais se fundam os instrumentos jurídicos correspondentes. São eles¹¹: *Princípio da ameaça excepcional*: deve haver uma situação de exceção na vida estatal, uma situação que fuja à normalidade. Só essa excepcionalidade é que justifica a derrogação das normas protetivas de direitos huma-

¹¹ Vide Jaime Oraá, citado em MELLO (1997, p. 56-58), e ainda o informe do relator especial Leandro Despouy sobre os direitos humanos e os estados de exceção (NAÇÕES UNIDAS, 1997).

nos. *Princípio da proclamação oficial*: é necessária declaração do Estado que dê publicidade ao fato. Visa dar conhecimento da amplitude das medidas de emergência e de seu impacto nos direitos humanos à população em geral. *Princípio da notificação*: visa a informar a comunidade internacional da extensão das medidas. *Princípio da proporcionalidade*: deve haver uma exata adequação entre as medidas adotadas e a gravidade da situação. Pretende-se evitar eventuais excessos. Os ônus impostos não podem ser maiores que os exigíveis para contornar a situação de exceção. *Princípio da temporalidade*: é uma decorrência lógica do princípio da ameaça excepcional. As medidas devem durar somente o tempo que a situação o exigir, não podendo ser mantida indefinidamente. *Princípio da não-discriminação*: as medidas derogatórias não podem ser fundadas em distinções de raça, sexo, língua, religião etc. *Princípio da compatibilidade, concordância e complementaridade com as normas de direito internacional*: tem como objetivo a harmonização das distintas obrigações assumidas pelo Estado (Jaime Oraá chama-o de Princípio da Coerência). *Princípio da inderrogabilidade de normas fundamentais*: existem normas absolutas (cláusulas pétreas) que constituem um núcleo essencial não passível de derrogação.

Quanto a esse último princípio, tem-se que as normas absolutas variam de acordo com os sistemas de proteção a que pertencem, sendo que algumas consideradas inderrogáveis para um não o são para outro. Exemplificando: apenas o sistema interamericano reconhece o “direito ao nome” como não-passível de derrogação em uma situação excepcional.

A seguir, analisaremos detalhadamente cada sistema de proteção dos direitos humanos. Veremos os critérios que cada um deles estabelece para que haja derrogabilidade das normas protetivas de direitos humanos (condições da derrogação) e veremos ainda quais são as normas consideradas absolutas para cada um deles.

2.2 O sistema europeu

Desde a sua criação, em 1948, o Conselho da Europa centrou sua atuação na defesa dos direitos humanos. Redigiu, então,

a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais (também chamada de Convenção Europeia de Direitos Humanos), que foi adotada em 1950 e teve entrada em vigor no ano de 1953. Em que pese a existência de outros instrumentos jurídicos adotados no sistema europeu (Carta Social Europeia, Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumana ou Degradante), o presente estudo centrar-se-á na Convenção Europeia de Direitos Humanos, mais especificamente no seu art. 15.

Até 1998, havia três órgãos no sistema europeu que cuidavam da implementação e aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos: a Comissão Europeia de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos e o Comitê de Ministros. Com a entrada em vigor do Protocolo n. 11, o sistema judicial mudou: antes formado pela Comissão e pela Corte, foi substituído por apenas uma corte permanente (a Corte Europeia de Direitos Humanos). Registre-se que o Comitê de Ministros detém competência para fazer com que os Estados cumpram as sentenças da Corte e ainda para solicitar opiniões consultivas. O art. 15 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais é que dispõe sobre a derogabilidade das normas de direitos humanos em estado de necessidade. O referido dispositivo estabelece que, *em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da Nação, abre-se a possibilidade de se derogar certos direitos fundamentais*. Percebam que o artigo fala em *guerra*, que é um conceito mais definido, não havendo grandes problemas para se identificar a situação fática. No entanto, o mesmo já não ocorre com o termo *perigo público que ameace a vida da Nação*. Embora o termo pareça abarcar os vários tipos de conflitos armados, a sua caracterização é de certa maneira subjetiva e deve ser avaliado o quadro fático para se constatar ou não sua existência. O caso *Lawless vs. Irlanda*¹² nos traz algumas reflexões importantes sobre o tema. Em 5 de julho de 1957, o governo irlandês proclamou estado de emergência em seu território e, em

¹² Decisão de 1^a jul. 1961, publicada em *A3/ECHR (European Court of Human Rights)*. Encontrável ainda em LAWSON; SCHERMERS, 1997.

13 de julho do mesmo ano, o Senhor G. R. Lawless, trabalhador da construção civil, foi detido sob a acusação de ser membro do IRA (*Irish Republican Army*)¹³ e praticar atos que se contrapunham à paz social. Sua prisão se prolongou até 11 de dezembro daquele ano em um campo militar da República da Irlanda.

A questão foi submetida primeiramente à Comissão Européia (ainda existente à época), a qual sublinhou que, devido à grande responsabilidade que tem um governo ao proteger sua população em face de qualquer ameaça à vida da Nação, é evidente que se deve deixar uma certa margem de apreciação para se detectar a existência desse perigo público que reclame medidas excepcionais. Segundo a comissão, o perigo deve ser atual ou, pelo menos, eminente, o que invalida toda restrição adotada com fins meramente oportunistas, especulativos ou abstratos.

No julgamento perante a Corte Européia, que ocorreu em 1º de julho de 1961, esse órgão entendeu que, no caso específico, o estado de urgência se evidenciava a partir da análise de vários fatores: a existência dentro da Irlanda de um exército secreto, que se utilizava de atividades anticonstitucionais e de violência para lograr seus objetivos; o fato de que esse exército secreto estava operando fora do território da Irlanda e, em conseqüência, comprometendo gravemente as relações com seus Estados vizinhos; o crescimento progressivo e alarmante dos atos terroristas, desde o outono de 1956 e, especialmente, na primeira metade de 1957. Com esses elementos, a Corte Européia entendeu que o Governo Irlandês não violou o art. 15 da Convenção Européia, atuando dentro dos limites estabelecidos pelo dispositivo. Outro critério a ser observado, e que está previsto no art. 15 da Convenção, é que as *medidas tomadas pelo Estado derogante devem estar limitadas às exigências da situação*, evitando-se, assim, que sejam suspensos mais direitos do que aqueles que realmente seriam necessários para contornar a situação real. Essa questão pode ser ilustrada com o caso *Brannigan y McBride vs.*

¹³ Em português: Exército Republicano Irlandês.

Reino Unido, julgado pela Corte em 22 de abril de 1993¹⁴. O Reino Unido estabeleceu, no ano de 1984, que uma pessoa poderia ser detida sempre que se presumisse que ela estivesse envolvida na preparação ou instigação de atos terroristas. Essa detenção não poderia ser maior que 48 (quarenta e oito) horas, a não ser que o Secretário de Estado estendesse esse prazo por um período determinado, que não poderia, de nenhuma maneira, sobrepor-se a 5 (cinco) dias¹⁵.

Em 5 de janeiro de 1989, o senhor Patrick McBride foi detido em sua casa, sob o Fundamento 12.1.b da Ata de 1984 (Prevenção contra o Terrorismo). Durante sua detenção, que durou até 9 de janeiro do mesmo ano, foi-lhe negado todo acesso aos meios de informação. Nesse dia, ocorreu o mesmo com o senhor Peter Brannigan, o qual foi liberado 7 (sete) dias depois, em 15 de janeiro. Embora a Corte Européia tenha se posicionado no mesmo sentido da Comissão, que entendeu que as medidas adotadas pelo Reino Unido se encontravam dentro dos limites do art. 15 da Convenção Européia, tal decisão não foi unânime. O juiz Pettiti, em voto dissidente, argumentou que a derrogação prevista no art. 15 acima referido não é uma “carta branca” que outorga ao Estado-Parte poderes ilimitados para fazer frente às situações de emergência. Como o período de detenção dos interessados foi de 4 (quatro) e 7 (sete) dias, sem que eles fossem imediatamente levados a um juiz que lhes garantisse seus direitos e liberdades fundamentais, houve extrapolação dos limites impostos no art. 15 da Convenção Européia. Também dissidente foi o voto do juiz Makarczyk, que se pronunciou no mesmo sentido, aduzindo a existência de excesso no período de detenção dos senhores Brannigan e McBride para, ao final, enfatizar que “as derrogações feitas por um Estado em função do art. 15 não apenas afetam a este, mas também a todo o sistema europeu de proteção dos direitos humanos”¹⁶.

¹⁴ Publicada em *A 258B/ECHR (European Court of Human Rights)*. Encontrável ainda em LAWSON; SCHERMERS, 1997.

¹⁵ Seção 12.1.b da Ata de 1984: Prevenção contra o Terrorismo.

¹⁶ Original do voto em espanhol. Tradução livre da autora.

O mencionado artigo ainda estabelece que as providências tomadas para se derrogar as normas fundamentais *não podem estar em contradição com outras obrigações decorrentes do Direito Internacional*. Além disso, o *Secretário-Geral do Conselho da Europa deve ser informado* acerca das providências tomadas pelo Estado que exerceu o seu direito de derrogação, bem como dos motivos que justificaram essa atitude estatal. Deve ainda estar ciente da data em que as normas deixaram de ser aplicadas e da data em que voltaram a entrar em vigor.

Para o sistema europeu, as normas inderrogáveis são: direito à vida, salvo nos casos de morte resultante de atos lícitos de guerra (art. 2º); proibição da tortura (art. 3º); proibição de ser mantido em escravidão ou servidão (art. 4º, § 1º) e princípio da legalidade (art. 7º).

O governo britânico, em face de vários atos de terrorismo perpetrados por membros do IRA e grupos no norte da Irlanda, introduziu poderes especiais de arresto e detenção, sem julgamento, contra os membros daquela organização. Tais medidas, que duraram de 9 de agosto de 1971 a março de 1975, foram noticiadas ao Secretário-Geral do Conselho da Europa como necessárias a enfrentar uma “emergência pública que atentava contra a vida da Nação”. A República da Irlanda representou contra o Reino Unido, alegando que a detenção extrajudicial infringia o art. 5º da Convenção Européia (direito à liberdade), não estando sob a égide do art. 15 do mesmo diploma legal. A Corte Européia entendeu que o art. 5º não aparecia na listagem do art. 15 que estabelece quais são os direitos que, em qualquer hipótese, não podem ser suspensos. O direito à liberdade não seria uma cláusula pétrea, podendo, portanto, ser derrogado (caso *Republic of Ireland vs. United Kingdom* – julgado em 18 de janeiro de 1978)¹⁷.

Dentro ainda do sistema europeu, temos o importante *Greek Case*¹⁸, em que pela primeira vez na história o Comitê de Ministros

¹⁷ *European Court of Human Rights – International Decisions*. Série A, n. 25, 1979/80.

¹⁸ PAPANDEOU, 1998.

decidiria sobre a expulsão de um membro do Conselho da Europa. O art. 8º do Estatuto do Conselho da Europa estabelece que quaisquer de seus membros que atentem gravemente contra o art. 3º do mesmo Estatuto – que resguarda os direitos do homem e liberdades fundamentais – podem ser suspensos de seu direito de representação e podem ser convidados a retirar-se do Conselho da Europa. Em 21 de abril de 1967, um grupo de coronéis derrubou o governo da Grécia e se estabeleceu como uma Junta. Iniciava-se um regime ditatorial. Tanques atravessavam as ruas de Atenas, o Parlamento foi desfeito, cidadãos eram arrastados pelas ruas e a tortura de presos políticos passou a ser uma forma de controle do novo regime que se instalara.

Os membros da ditadura argumentaram perante o Comitê de Ministros do Conselho da Europa que essa revolução era necessária, pois a Grécia estaria sofrendo três crises distintas: a ameaça do comunismo, a crise da constituição e a crise da ordem pública. A intenção era justificar a queda da democracia invocando o art. 15 da Convenção Européia, visto anteriormente. As investigações levadas a cabo pelo Comitê de Ministros, inclusive realizadas *in loco*, e ainda as investigações feitas pela Comissão Européia de Direitos Humanos, a quem foi submetido o caso, concluíram que não se poderia invocar o referido art. 15 para justificar o golpe militar de 1967. A Grécia vivia uma situação não-justificável de sistemática violação dos direitos. As torturas constatadas, aliadas ao fato de que não havia esforços para prevenir ou parar a violência, bem como a inação no sentido de punir os perpetradores das violações, levaram à conclusão de que a Grécia teria violado uma série de regras da Convenção Européia. A situação era tão caótica que o Comitê de Ministros, pela primeira vez na história, teve como item de sua agenda a possível suspensão da Grécia do Conselho da Europa (Reunião de 12 de dezembro de 1969). Durante a reunião do Comitê de Ministros, em que se ressaltava que a Grécia não teria tomado as medidas apropriadas para restaurar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, o Ministro grego das Relações Exteriores interrompeu o procedimento e informou que a Grécia não mais faria parte do Conselho da Europa, por sua própria vontade.

Em que pese o fato de a Grécia ter evitado, no último momento, uma decisão formal desfavorável ao regime militar, *The Greek Case* marca um momento importante na história do Conselho da Europa na defesa dos direitos humanos: a existência de um mecanismo poderoso de coação, qual seja, a suspensão ou expulsão de um membro do Conselho da Europa.

2.3 O sistema interamericano

A Organização dos Estados Americanos (OEA) é uma organização regional que inclui todos os Estados soberanos das Américas. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos possui três fontes legais basilares: a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁹ (1969), na qual centraremos o presente estudo, e seus protocolos adicionais. O sistema é formado ainda por outros instrumentos jurídicos que cuidam de temas específicos, como desaparecimento forçada de pessoas, tortura, violência contra a mulher, entre outros.

Os órgãos basilares e mecanismos de proteção do sistema interamericano são: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No art. 27 da Convenção Americana é que encontraremos os limites para a suspensão das normas fundamentais de direitos humanos. Segundo esse dispositivo, *nos casos de guerra, perigo público ou outra emergência que ameace a independência do Estado-Parte, este poderá determinar a suspensão de certas normas de direitos humanos*. Assim como estipulado na Convenção Européia, vista anteriormente, as medidas tomadas pelo Estado deverão ser *na medida e no tempo estritamente limitados às exigências da situação, não podendo ser incompatíveis com as demais obrigações impostas pelo Direito Internacional*.

¹⁹ Também denominada “Pacto de São José da Costa Rica”, por ter sido firmada nesse local. Registre-se que apesar de celebrado em 1969, o Pacto entrou em vigor apenas no ano de 1978.

No entanto, a Convenção Americana foi um pouco mais longe que a Européia: estipulou que *nenhuma dessas medidas pode encerrar discriminação fundada em raça, cor, sexo, idioma ou origem social*. O art. 27 da Convenção prescreve ainda que as disposições suspensas, os motivos determinantes da suspensão, bem como a data de seu término, *devem ser informados imediatamente aos demais Estados-Partes da Convenção, informação esta que deve ser feita por intermédio do Secretário-Geral da OEA*. Diferentemente, a Convenção Européia não estipula o dever de comunicar aos demais Estados-Partes, mas apenas ao Secretário-Geral do Conselho da Europa.

Relacionado a esse tema, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 11 de novembro de 1999, julgou o caso *Del Caracazo*, que foi submetido àquele órgão pela Comissão Interamericana. Segundo se depreende da leitura dos fatos²⁰, o Poder Executivo da Venezuela, em 28 de fevereiro de 1989, emitiu um decreto pelo qual ordenou a suspensão de várias garantias estabelecidas na Constituição venezuelana: liberdade individual, inviolabilidade de domicílio, liberdade de trânsito, liberdade de expressão, direito à reunião e direito à manifestação pacífica. Essas garantias constitucionais teriam sido restabelecidas em 22 de março de 1989. Durante esse período de exceção, os órgãos de segurança do Estado, em conjunto com a Polícia Metropolitana, a Guarda Nacional e o Exército, realizaram uma série de operações tendentes a reprimir os atos de violência. O saldo desses 23 dias em que durou a suspensão de direitos foi de 276 mortos, numerosas pessoas lesionadas, vários desaparecidos e diversas perdas materiais. No entanto, em razão da aparição de fossas comuns, houve um aumento do saldo de vítimas. Nesse caso a Venezuela estava sendo acusada de infringir, entre outros, como o direito à vida, à liberdade pessoal e à proteção judicial, o art. 27.3 da Convenção Americana (suspensão de garantias). A Corte Interamericana reconheceu a responsabilidade do Estado da Venezuela, que não informou os demais Estados-Partes da Convenção, por meio do Secretário-Geral da OEA, sobre a

²⁰ Caso *Del Caracazo*. Sentença de 11 nov. 1999. Série C, n. 58.

suspensão das garantias constitucionais durante o período de fevereiro e março de 1989. O Estado, portanto, violou o art. 27.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O sistema também prevê as cláusulas pétreas, ou seja, normas de direitos humanos que não podem ser suspensas em nenhuma situação, por mais excepcional que seja. São elas: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3^o), direito à vida (art. 4^o), direito à integridade pessoal (art. 5^o), proibição da escravidão e servidão (art. 6^o), princípio da legalidade e retroatividade (art. 9^o), liberdade de consciência e religião (art. 12), proteção da família (art. 17), direito ao nome (art. 18), direitos da criança (art. 19), direito à nacionalidade (art. 20), direitos políticos (art. 23) e outras garantias indispensáveis à proteção de tais direitos.

A impossibilidade de suspensão das garantias indispensáveis à proteção de determinados direitos foi expressamente prevista, pela primeira vez, na Convenção Americana, já que os demais sistemas jurídicos não fizeram referência ao tema. No entanto, essa inovação trouxe à ordem alguns questionamentos: quais seriam, especificamente, essas garantias indispensáveis à proteção dos direitos previstos na Convenção? Seria o *habeas corpus* uma dessas garantias?

Para responder a essas dúvidas que intrigavam os Estados-Partes da Convenção, a Comissão Americana formulou a seguinte consulta à Corte: *O recurso de habeas corpus, cujo fundamento jurídico se encontra nos arts. 7.6 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é uma das garantias judiciais que, de acordo com a parte final do parágrafo 2^o do art. 27 dessa Convenção, não se pode suspender por um Estado-Parte na citada Convenção Americana?* Em resposta (Opinião Consultiva n. 8/87)²¹, a Corte aclarou que as garantias judiciais indispensáveis para a proteção dos direitos que não podem ser suspensos são variáveis, isto é, são distintas segundo os direitos afetados. Exemplificando: as garantias judiciais indispensáveis para assegurar os direitos relativos à integridade da pessoa seguramente

²¹ De 30 jan. 1987. Corte I.D.H., Série A, n. 8.

diferem daquelas que protegem o direito ao nome, que também não pode ser suspenso. Para efeitos do art. 27.2, a Corte ressaltou que devem se considerar indispensáveis todos os procedimentos judiciais que ordinariamente são idôneos para garantir a plenitude do exercício dos direitos e liberdades a que se refere o artigo em comento e cuja suspensão ou limitação colocaria em perigo essa plenitude.

Em continuação, a Corte diz que o *habeas corpus*, em seu sentido clássico, tutela de maneira direta a liberdade pessoal e física contra detenções arbitrárias. Nesse sentido, a função essencial desse recurso é controlar o respeito à vida e à integridade da pessoa, para impedir sua desapareção ou a falta de determinação do local onde foi detida, bem como protegê-la da tortura, de maus-tratos ou de penas cruéis, desumanas ou degradantes. Fulcrada nessas premissas, a Corte entendeu que o *habeas corpus* inclui-se entre aquelas garantias judiciais indispensáveis à proteção de vários outros direitos, cuja suspensão também se encontra vedada pelo art. 27 da Convenção, e indispensáveis ainda à preservação da legalidade em uma sociedade democrática. Ao final, a Corte advertiu que aqueles ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes que autorizem, de maneira explícita ou implícita, a suspensão de procedimentos de *habeas corpus* (ou amparo) em situações de emergência devem ser considerados incompatíveis com as obrigações internacionais impostas a esses Estados pela Convenção Americana.

Na mesma época, o Estado do Uruguai solicitou à Corte que opinasse sobre o art. 27 da Convenção especificando quais seriam, exatamente, aquelas garantias judiciais indispensáveis de que trata o referido dispositivo. A Corte emitiu a Opinião Consultiva n. 9/87²², na qual, por unanimidade, entendeu que devem ser consideradas como garantias judiciais indispensáveis e não-suscetíveis de suspensão o *habeas corpus*, o amparo ou qualquer outro recurso efetivo ante juízes ou tribunais competentes, destinado a garantir o respeito aos direitos e liberdades cuja suspensão não está autori-

²² De 6 out. 1987, Corte I.D.H., Série A, n. 9.

zada pela Convenção Americana; também devem ser consideradas como garantias judiciais indispensáveis que não podem ser suspensas aqueles procedimentos judiciais inerentes à forma democrática e representativa de governo, previstos no direito interno dos Estados-Partes como idôneos para garantir a plenitude do exercício dos direitos a que se refere o art. 27.2 da Convenção e cuja supressão ou limitação redunde na falta de defesa de tais direitos.

2.4 O sistema das Nações Unidas

A aplicabilidade das normas de direitos humanos em situações excepcionais mereceu tratamento no *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, já no ano de 1966, mais especificamente no seu art. 4º.

Consta que das discussões do *draft* da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o tema, por sua importância, foi suscitado pelo Delegado do Líbano, que expressou posicionamento no sentido de que os direitos humanos, a começar daquela Declaração, deveriam ser também garantidos em tempo de guerra²³.

Para o sistema das Nações Unidas, *a existência de situações excepcionais que ameacem a Nação pode ser motivo para a suspensão de certos direitos fundamentais, desde que essa situação justificadora da derrogação seja proclamada oficialmente*. Interessante notar que a *proclamação oficial* não é uma exigência feita pelos demais sistemas. As medidas adotadas pelo Estado derogante *devem limitar-se à necessidade da situação, não podendo acarretar discriminação apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social*. As disposições derogadas, os motivos da derrogação, bem como seu término, *devem ser comunicados aos demais Estados-Partes, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas*.

A preocupação com as informações que devem ser prestadas pelo Estado derogante foi objeto do Comentário n. 5 do Comitê

²³ KOLB, 1998.

de Direitos Humanos das Nações Unidas, haja vista que alguns Estados, em seus relatórios, não deixavam muito claro se a situação de exceção havia sido proclamada oficialmente, nem se as suspensões se davam em relação aos direitos não permitidos pelo Pacto e, ainda, se os demais Estados-Partes haviam sido informados²⁴.

De acordo com o art. 4º do Pacto, não podem ser objeto de derrogação, mesmo em situações excepcionais, os seguintes direitos: direito à vida (art. 6º); proibição da tortura e das penas e tratamentos cruéis e degradantes (art. 7º); proibição de ser submetido, sem o livre consentimento, a uma experiência médica ou científica (art. 7º); proibição à escravidão (art. 8º, § 1º) e à servidão (art. 8º, § 2º); proibição de prisão por falta de cumprimento de obrigação contratual (art. 11); princípio da legalidade e da retroatividade (art. 15); direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 16) e liberdade de pensamento, consciência e religião (art. 18).

Registre-se que Trinidad e Tobago, quando da assinatura do Pacto, apresentou reserva ao art. 4º pela qual resguardava seu direito de não aplicar inteiramente as previsões do parágrafo 2º do referido artigo, o qual elenca as cláusulas pétreas. O governo da Alemanha e dos Países Baixos consideraram tal reserva incompatível com o objeto e o propósito do Pacto e se opuseram formalmente a ela²⁵. Também os Estados Unidos formularam reservas a numerosos artigos, entre eles o art. 6.5, que proíbe a aplicação da pena capital a delitos cometidos por menores de 18 anos. Esse posicionamento foi veementemente criticado por vários outros Estados que, no mesmo sentido da objeção apresentada pela Dinamarca, entenderam que essa reserva representava uma afronta aos arts. 6º e 7º do Pacto, os quais não podem, em hipótese alguma, ser derogados. Portanto, a reserva apresentada pelos Estados Unidos era incompatível com o objetivo do tratado.

²⁴ Comentários Gerais ao Pacto de Direitos Civis e Políticos (*CCPR – Covenant on Civil and Political Rights*), General Comments, n. 5 (31 jul. 1981).

²⁵ NAÇÕES UNIDAS, 1997.

De acordo com o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas não apenas os direitos e garantias previstos no art. 4º são inderrogáveis. No Comentário Geral n. 29, acerca dos Estados de Emergência²⁶, o Comitê aclara que o fato de algumas disposições do Pacto constarem do § 2º do art. 4º como disposições que não podem ser objeto de derrogação não significa que outros artigos do Pacto possam ser suspensos indiscriminadamente, ainda que exista uma ameaça à vida da Nação. Utiliza alguns casos exemplificativos:

- Toda pessoa privada de sua liberdade deve ser tratada humanamente e com o respeito devido e inerente à dignidade do ser humano. Esse direito está previsto no art. 10 do Pacto de Direitos Civis e Políticos que, por sua vez, não encontra guarida no art. 4º, § 2º (cláusulas pétreas). No entanto, o Comitê entende que o art. 10 expressa uma norma de direito internacional geral e que, por esse motivo, não pode ser objeto de suspensão.
- Também a proibição de se fazer reféns, aos seqüestros e detenções não-reconhecidas não podem ser objeto de suspensão, já que são proibições absolutas e se justificam por serem normas de direito internacional geral.
- A proteção das minorias também não pode ser suspensa, já que sua derrogação encerraria, em si mesma, uma discriminação, o que é vedado no art. 4º, § 1º.
- O Estatuto de Roma prevê como crime contra a humanidade a deportação, a transferência forçada de população, a expulsão sem embasamento do direito internacional (art. 7º, § 1º, *d*, e § 2º, *d*, do Estatuto). Segundo a comissão, não se poderia suspender o art. 12 do Pacto (liberdade de ir e vir), ainda que não previsto como cláusula pétrea, para justificar essas medidas.
- O comitê entende que nenhum estado de exceção pode ser invocado para justificar a suspensão do art. 20 (propaganda

²⁶ CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 ago. 2001).

em favor da guerra/apologia ao ódio nacional, racial, religioso etc.), pois seria, em realidade, uma incitação à discriminação, proibida no art. 4º, § 1º.

- O art. 2º, § 3º, do Pacto estabelece que os Estados-Partes proporcionem os recursos necessários para que os direitos civis e políticos nele previstos possam ser por todos usufruídos. Embora esse dispositivo não faça parte do art. 4º, § 2º, não pode ser objeto de suspensão, pois constitui uma obrigação inerente ao tratado. Negar esses recursos seria negar os próprios direitos e garantias neles previstos. No mesmo sentido, não podem ser suspensas as garantias processuais que materializam os direitos considerados inderrogáveis.

3 Reflexões sobre os dispositivos inderrogáveis e reservas

3.1 Reservas às normas inderrogáveis

Na segunda parte deste estudo foram relacionados casos em que alguns Estados (como Trinidad e Tobago e Estados Unidos) apresentaram reservas aos dispositivos que cuidavam da inderrogabilidade de normas de direitos humanos.

Nessa terceira parte, traz-se a lume as seguintes perguntas: poderiam tais Estados ter feito reservas a esses dispositivos considerados inderrogáveis? Não estariam os Estados – ao reservarem a aplicabilidade de tais dispositivos – ferindo o objeto e a finalidade do tratado de direitos humanos?²⁷ Deveriam tais reservas ser imediatamente consideradas inválidas?

Distante de uma resposta cabal, várias reflexões podem ser feitas sobre o tema. Até 1994, 46 dos 127 Estados-Parte do Pacto

²⁷ O art. 19, c, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) estabelece que não podem ser formuladas reservas que sejam incompatíveis com o objeto e a finalidade do tratado.

de Direitos Civis e Políticos ofereceram 150 reservas que, em razão da quantidade e do conteúdo, poderiam enfraquecer o respeito às obrigações nele contidas.

Então, fez-se necessária uma manifestação acerca do tema que redundou no Comentário Geral n. 28 ao CCPR (*Covenant on Civil and Political Rights*). Conforme se pode verificar no item 10 desse Comentário, o Comitê entendeu que não há uma automática correlação entre as *reservas a dispositivos não-derrogáveis* e *reservas que ofendam o objeto e a finalidade do tratado* e que, portanto, os Estados teriam o pesado ônus de justificar tal reserva. O Comitê disse, ainda, estar bem preparado para analisar a questão da compatibilidade de uma reserva com o objetivo e finalidade do tratado, fazendo-o de maneira objetiva, baseada em princípios legais (item 18 do Comentário).

Se, na feitura de um tratado de direitos humanos, chega-se a um número reduzido de direitos considerados tão essenciais que nem mesmo uma situação de conflito armado pode justificar sua suspensão, poder-se-ia adjetivar de incongruente a aceitação de reservas quanto a esses mesmos dispositivos. Se um determinado direito foi considerado tão importante que nem mesmo uma situação excepcional de abalo na estrutura do Estado poderia justificar sua suspensão, por que aceitar que o Estado, na sua normalidade, apresente restrições a ele?

Teoricamente, parece justificável essa linha de raciocínio, mas, na prática, ao contrário do que se poderia pensar, esse fato poderia significar um maior enfraquecimento dos direitos humanos. Senão vejamos. Um Estado com concepções bastante primárias acerca dos direitos humanos certamente colocar-se-ia bastante arredo para assinar um tratado ao qual não pudesse apresentar reservas. Se de toda a lista de direitos inderrogáveis o Estado não concordasse com apenas um deles, provavelmente se sentiria inibido em firmar o tratado, já que não poderia ressaltar seu posicionamento.

Então, o que é melhor: ter um Estado completamente alijado por não compartilhar das mesmas tendências, ou ter esse Estado

dentro de seu círculo, ainda que com restrições, mas podendo-se monitorar e propor mudanças a essas concepções?

Cabe ressaltar aqui a lição do professor Roberto Baratta, o qual brilhantemente registra que uma certa flexibilidade quanto aos tratados de direitos humanos não deve ser considerada de todo negativa. Segundo esse autor, a flexibilidade tende a aumentar o número de partes nos tratados multilaterais, mesmo contendo reservas contrárias ao objeto/finalidade do tratado. Seria um passo inicial para trazer quem, num primeiro momento, tem concepções muito distintas de direitos humanos²⁸.

Registre-se, por oportuno, a existência de uma outra tendência – embora não abraçada pelo Direito Internacional – que condena qualquer tipo de reserva aos dispositivos considerados inderrogáveis. Assim, diferentemente do exposto no Comentário n. 28 acima descrito, as reservas aos dispositivos inderrogáveis, pelo simples fato de existirem, já seriam consideradas inválidas. Independência de qualquer justificativa do Estado-autor; a reserva, por se referir a um dispositivo inderrogável, já seria considerada contrária ao objeto e fim do tratado de direitos humanos.

3.2 Efeitos das reservas inválidas para o Estado-autor da reserva

Se uma reserva é considerada inválida, qual é a consequência para o Estado que a formulou? Ao lado da teoria de que o autor da reserva inválida não é parte no tratado²⁹, há uma outra tendência, a de

²⁸ BARATTA, 2000 (nota de rodapé n. 42).

²⁹ Para exemplificar essa linha de pensamento, podemos citar o governo dos Países Baixos, que não considera os Estados Unidos como parte na Convenção sobre o Genocídio, por terem oferecido reserva: “[...] Accordingly, the Government of the Kingdom of the Netherlands does not consider the United States of America a party to the Convention. Similarly, the Government of the Kingdom of the Netherlands does not consider parties to the Convention other states which have made such reservations [...]” (disponível em: <www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty1gen.htm>).

se considerar tal reserva como não-formulada. Nesse caso, o tratado produziria efeitos, mas sem o benefício da reserva. É o que se chama de *Strasbourg approach*, nome dado por Simma para essa vertente que surgiu em julgamentos da Corte Européia de Direitos Humanos³⁰.

É duvidoso dizer que o “*Strasbourg approach*” é aplicado na Europa porque, em geral, as recomendações exigem uma ação do Estado que formulou a reserva, ao contrário de simplesmente considerar tal reserva como não-formulada³¹. Considerar como não-formuladas as reservas inválidas em tratados de direitos humanos não é a praxe no Direito Internacional. A tendência é exigir uma ação do Estado-autor da reserva e exigir uma postura para reverter tal situação.

Faz-se necessário citar novamente o professor Baratta³², que apresenta uma série de sugestões quanto aos efeitos das reservas inválidas em tratados de direitos humanos. Segundo ele, a solução não seria o rigor do *Strasbourg approach*, mas sim: estabelecer um procedimento periódico de revisão das reservas inválidas, com o intuito de verificar se as condições que a ensejaram ainda prevalecem; induzir os Estados a trazerem, gradualmente, para o direito interno o conteúdo dos dispositivos que sofreram as reservas irregulares; fazer com que os Estados que realizaram reservas inválidas submetam relatórios periódicos à apreciação do órgão de controle; estabelecer um tempo limite para as reservas, sendo que ao final desse prazo o Estado seria convidado a revisar a reserva, retirá-la ou justificar, ao Secretário-Geral, a sua manutenção. Caso o Estado não se pronunciasse, a reserva seria automaticamente excluída após um ano, a convite do Secretário³³.

³⁰ European Court of Human Rights: *Belilos Case and Weber Case*.

³¹ Como exemplo, temos que a União Européia recomendou aos EUA que retirassem a reserva feita ao art. 6º do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos. A posição dos EUA, que não concordavam com a aplicação da pena de morte somente aos maiores de 18 anos, foi considerada incompatível com o objeto e finalidade do tratado.

³² BARATTA, 2000.

³³ Recomendação da Assembléia do Conselho da Europa para que os futuros tratados tenham essa previsão (*Yearbook*, 1993, p. 435).

3.3 Efeito das reservas inválidas para os demais Estados signatários

O consenso é a base dos tratados e os dispositivos neles contidos somente se tornam obrigatórios às partes que o ratifiquem se, e apenas se, a expressão do consentimento tenha o mesmo conteúdo (Convenção de Viena, art. 21).

No caso dos tratados de direitos humanos, o princípio do consenso também se faz presente. Porém, esse tipo de tratado não estabelece obrigações recíprocas para as partes. Os tratados de direitos humanos não se embasam em relações recíprocas e bilaterais. Então, abre-se espaço para dizer que os Estados que não fizeram a reserva, ainda assim, devem cumprir o dispositivo em relação ao Estado-autor da reserva.

As regras contidas na Convenção de Viena – por terem o foco em obrigações mútuas assumidas pelos Estados, que não é o caso dos tratados de direitos humanos – são inadequadas para resolver a questão dos efeitos das reservas inválidas nesse tipo de tratado.

As especiais características dos tratados de direitos humanos exigem uma regulamentação própria acerca dos efeitos das reservas. Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos só podem ter conteúdo real se houver um mecanismo eficaz de responsabilização em caso de descumprimento dos deveres assumidos. Caso contrário, a proteção internacional dos direitos humanos teria um “[...] caráter de mero conselho ou exortação moral [...]”³⁴.

4 Conclusão

A previsão de derogabilidade das normas de direitos humanos ainda se dá porque vivemos em um mundo cheio de conflitos, em que a estrutura de muitos Estados encontra-se abalada. Pensando

³⁴ RAMOS, 2000, p. 10.

em situações excepcionais de violência e de debilidade da estrutura estatal – como no caso de existência de um conflito armado – é que os instrumentos jurídicos de proteção dos direitos humanos estabeleceram a possibilidade de suspensão do cumprimento de certas normas.

Ao estudarmos esse tema, buscou-se evidenciar que os direitos humanos também são aplicáveis em situações de conflito armado e a permissão de se suspender a aplicabilidade de certas normas de direitos humanos só se justifica se essa derrogação tiver como objetivo imediato a superação de uma situação caótica, e como objetivo mediato a própria reestruturação, o reerguimento do Estado, para que na sua inteireza possa dar pleno cumprimento aos deveres de proteção dos direitos humanos assumidos anteriormente.

Ao se enfatizarem os limites e condições em que essa derrogação pode se dar, ao se estudar quais normas são consideradas intangíveis pelos diversos sistemas de proteção dos direitos humanos, pretendeu-se dar mais brilho ao lugar de destaque já ocupado pelos direitos humanos: seja em tempo de paz ou em tempo de conflitos, os deveres internacionais de proteção se fazem presentes e devem ser respeitados pelos Estados.

Dia virá em que a suspensão de uma norma de direitos humanos em razão de um conflito armado será somente um dado histórico a ser visto nas universidades, porque assim como construímos um corpo jurídico de direitos humanos, também poderemos construir a paz. Sempre me alenta o trecho do Manifesto de Sevilha:

Proclamamos que a guerra e a violência não são uma fatalidade biológica. Podemos pôr fim à guerra e aos sofrimentos que dela advêm. Não com esforços isolados, mas sim levando a cabo uma ação comum. Se cada um de nós pensa que é possível, então é possível. Caso contrário, não vale a pena nem tentar. Nossos antepassados inventaram a guerra. Nós podemos inventar a paz³⁵.

³⁵ Tradução livre do *Manifiesto de Sevilla contra la Violencia* (UNESCO, 1986): “Proclamamos que la guerra y la violencia no son una fatalidad biológica. Podemos poner fin a la guerra y a los sufrimientos que conlleva. No con esfuerzos aislados, sino

Referências

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997. (Juristas da atualidade).

BARATTA, Roberto. Should invalid reservations to human rights treaties be disregarded? *European Journal of International Law*, v. 11, n. 2, 413-425, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto et al. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana*. San José: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996. 292 p.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. 208 p.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. 1. 488 p.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. Assinada em São Francisco, EUA, em 26 jun. 1945, na Conferência sobre a Organização Internacional das Nações Unidas.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. São José, Costa Rica. Adotada em 22 nov. 1969 pela Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos.

CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. Adotada em Roma, Itália, em 4 nov. 1950.

llevando a cabo una acción común. Si cada uno de nosotros piensa que es posible, entonces es posible. Si no, no vale la pena ni intentarlo. Nuestros antepasados inventaron la guerra. Nosotros podemos inventar la paz”.

CONSULTATIVE ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE. Resolution 346 on the situation in Greece. Adotada em 23 jun. 1967.

EIDE, Asbjorn et al. Combating lawlessness in gray zone conflicts through minimum humanitarian standards. *American Journal of International Law*, v. 89, n. 1, p. 215-223, 1995.

ESTATUTO DO CONSELHO DA EUROPA. Adotado em Londres em 5 maio 1949.

FERRAZ, Daniel Amin; HAUSER, Denise. *A nova ordem mundial e os conflitos armados*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 448 p.

FGV; MEC. *Dicionário de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.

FISAS, Vicenç. *Cultura de paz y gestión de conflictos*. Barcelona: Icaria/Unesco, 1998. 412 p.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O crime compensa? Acerca da viabilidade da noção de crimes internacionais no Direito Internacional. *Revista de Informação Legislativa do Senado*, Brasília, ano 37, n. 147, p. 201-227, jul./set. 2000.

GUERRA, Sidney (Coord.). *Direitos humanos: uma abordagem interdisciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. 278 p.

HAUSER, Denise. A assistência humanitária perante os novos conflitos armados. In: FERRAZ, Daniel Amin; HAUSER, Denise (Coord.). *A nova ordem mundial e os conflitos armados* [El nuevo orden mundial y los conflictos armados]. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. *Derechos humanos de las mujeres: paso a paso: guía práctica para el uso del derecho internacional de los derechos humanos y de los mecanismos para defender los derechos humanos de las mujeres*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Women, Law & Development International/Human Rights Watch, 2000. 260 p.

JORGENSEN, Nina H. B. *The responsibility of States for international crimes*. Oxford: Oxford University Press, 2003. 372 p.

KOLB, Robert. The relationship between international humanitarian law and human rights law: a brief history of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Conventions. *International Review of the Red Cross*, n. 324, p. 409-419, 1998.

LAWSON, R. A.; SCHERMERS, H. G. *Leading cases of the European Court of human rights*. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1997. 788p.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 500 p.

MERON, Theodor. *Human rights in international law*. Oxford: Clarendon Press, 1984. v. 2.

NAÇÕES UNIDAS. *E/CN.4/Sub.2/1997/19*. Comissão de Direitos Humanos: Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção às Minorias – 49^o período de sessões, 23 jun. 1997.

NALINI, José Renato. *Constituição e estado democrático*. São Paulo: FTD, 1997. (Coleção juristas da atualidade).

PACTO BRIAND-KELLOG. Assinado em Paris, em 27 ago. 1928.

PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Adotado pela Resolução n. 2200 A (XXI) da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 16 dez. 1966.

PAPANDREOU, Nicholas (Coord.). *The Council of Europe fights for democracy in Greece, 1967-1969*. Atenas: Andreas Papandreou Foundation, 1998. (Historical Series n. 1).

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000. 464 p.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 433 p.

VENTURA, Deisy. *Monografia jurídica: uma visão prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 152 p.

VERRI, Pietro. *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*. Genebra: CICR, 1992. 145 p.