

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS
A GUERRA AO TERROR E O CASO “AL JEDDA X REINO UNIDO”

Vanessa Cristina de Souza

Mestranda em Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Delegada de Polícia Civil lotada em Santos, SP.

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)

Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos do Programa de Estudos

Pós-Graduados em Direito da PUC-SP. Advogado.

RESUMO:

A situação atual dos regimes democráticos dos países como os Estados Unidos e Reino Unido, que tem a luta contra o terrorismo como um dos pilares de seus sistemas de segurança, vem revelando um aspecto autoritário característico de períodos marcados por regimes de exceção, e que em muitos casos vão de encontro as normas internacionais de proteção dos direitos humanos. Nesse cenário destaca-se o papel fundamental das cortes internacionais que compõem os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, que vem julgando casos de violações perpetradas em períodos de guerra. O caso Al Jedda x Reino Unido resultou na condenação do Estado britânico por violação ao artigo 5º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em razão da detenção arbitrária de Al Jedda durante a Guerra do Iraque. O referido artigo estabelece as hipóteses em que é possível a privação da liberdade de uma pessoa, e o caso em questão não houve o enquadramento em nenhuma destas hipóteses. Desta maneira, as normas internacionais estabelecem medidas a serem tomadas em casos de guerra, e não permitem que em nome da segurança nacional se proceda a toda sorte de violações de direitos humanos, vez que tais medidas excepcionais devem ser tomadas com critério e responsabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos/ Estado de exceção/ Guerra ao Terror/ Julgamento Corte Europeia / Direitos Humanos/ Proporcionalidade.

SUMÁRIO:

Introdução 1. A guerra ao terror 2. O Estado de Exceção 3. A situação do Reino Unido 4.A Corte Europeia de Direitos Humanos 5. O caso Al Jeddah. 6. O Julgamento 7. O princípio da proporcionalidade. Conclusão .

Introdução

O direito internacional tem enfrentado uma questão que envolve e fomenta debates sobre a política externa dos países cuja luta antiterrorismo se tornou tema central dos governos para garantir a segurança e a ordem em seus Estados.

Se antes o terrorismo ocorria dentro das fronteiras, hoje, o terrorismo é global, não reconhece fronteiras nacionais para atuar, e organiza-se em redes. Conseqüentemente, as políticas contra o terrorismo também são globais. E, um aspecto importante desse processo de globalização do terror, tem sido a criação de inúmeras leis antiterroristas que se fundamentam no valor da segurança, e em nome da segurança, restringem os direitos fundamentais, e em particular a liberdade humana nas suas várias vertentes (ou seja, as liberdades humanas, no sentido “*civil liberties*”)¹.

As leis, as normas internacionais sobre direitos humanos e o direito humanitário (aplicável às situações de conflito armado, internacional ou interno) reconhecem a existência de situações excepcionais, nas quais o Estado pode derrogar ou restringir alguns direitos e liberdades, condicionado, porém, a limitações quanto à duração, publicidade e necessidade de serem prestadas contas aos órgãos competentes sobre o uso dos poderes especiais durante a vigência da derrogação.

¹ Sobre a legislação antiterrorista atual ver Irene Maria Portela, *A segurança e a escolha do inimigo: o efeito Double-bind do 11-S. uma análise comparada da legislação antiterrorista*. Universidade de Santiago de Compostela. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Público e Teoria do Estado. Área de Direito Constitucional. Tomo I. Santiago de Compostela: Fevereiro 2007.

1. A guerra ao Terror

A situação atual de países como Estados Unidos e Reino Unido, de tradição democrática, vem demonstrar que as decisões sobre a Guerra ao Terror têm alcançado resultados comparáveis aqueles vistos em países totalitários, durante períodos de guerras que levaram o mundo a beira da destruição, e que não podem ser ignorados pelo direito internacional.

Nesse sentido, medidas excepcionais vêm sendo tomadas, sem qualquer controle da lei ou pela lei, permitindo que verdadeiros estados de exceção se formem e se perpetuem através de atos emergenciais que permitem toda sorte de violações de direitos e garantias.

2. O Estado de Exceção

No livro Estado de exceção, Giorgio Agamben levanta a questão do que seria esse estado de exceção e como ele se apresenta nas democracias ocidentais. A incerteza do conceito corresponde exatamente a incerteza terminológica. O estudo se serve do sintagma "estado de exceção" como termo técnico para o conjunto coerente dos fenômenos jurídicos que se propõe a definir. Esse termo, comum na doutrina alemã (*Ausnahmezustand*, mas também *Notstand*, estado de necessidade), e estranho às doutrinas italiana e francesa, que preferem falar de decretos de urgência e de estado de sítio (político ou fictício, *etat de siege fictif*). Na doutrina anglo-saxônica, prevalecem, porém, os termos *martial law* e *emergency powers*².

A história do termo "estado de sítio fictício ou político" é, nesse sentido, instrutiva. Remonta a doutrina francesa, em referência ao decreto napoleônico de 24 de dezembro de 1811, o qual previa a possibilidade de um estado de sítio que podia ser declarado pelo imperador, independentemente da situação efetiva de uma cidade sitiada ou diretamente ameaçada pelas forças inimigas.

² AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 15.

A história posterior do estado de sítio é a história de sua progressiva emancipação em relação à situação de guerra a qual estava ligado na origem, para ser usado, em seguida, como medida extraordinária de polícia em caso de desordens e sedições internas passando assim de efetivo ou militar, a fictício ou político. Embora, de um lado (no estado de sítio), o paradigma seja a extensão em âmbito civil dos poderes que são da esfera da autoridade militar em tempo de guerra, e, de outro, uma suspensão da constituição (ou das normas constitucionais que protegem as liberdades individuais), os dois modelos acabam, com o tempo, convergindo para um único fenômeno jurídico que chamamos estado de exceção.

Entre 1934 e 1948, diante do desmoronamento das democracias europeias, a teoria do estado de exceção – que havia feito uma primeira aparição isolada em 1921, no livro de Schmitt, *Die Diktatur* [A ditadura] - teve um momento de especial sucesso; mas é significativo que isso tenha acontecido sob a forma pseudomórfica de um debate sobre a chamada "ditadura constitucional"³.

O autor ressalta a importância de não esquecer esse contemporâneo processo de transformação das constituições democráticas entre as duas guerras mundiais quando se estuda o nascimento dos chamados regimes ditatoriais na Itália e na Alemanha. Sob a pressão do paradigma do estado de exceção, toda a vida político-constitucional das sociedades ocidentais começa a assumir uma nova forma que, talvez, só hoje tenha atingido seu pleno desenvolvimento.

A história do art. 48 da Constituição de Weimar está estritamente entrelaçada com a história da Alemanha de entre as duas guerras, de maneira que não é possível compreender a ascensão de Hitler ao poder sem uma análise preliminar dos usos e abusos desse artigo nos anos que vão de 1919 a 1933. Seu precedente imediato era o art. 68 da Constituição bismarkiana, o qual, caso "a segurança pública estivesse ameaçada no território do Reich", atribuía ao imperador a faculdade de declarar uma parte do território em estado de guerra (*Kriegszustand*) e remetia, para a definição de suas

³ A distinção schmittiana entre ditadura "comissária" e ditadura soberana apresenta-se aqui como oposição entre ditadura constitucional, que se propõe a salvaguardar a ordem constitucional, e ditadura inconstitucional, que leva a derrubada da ordem constitucional.

modalidades, a lei prussiana sobre o estado de sítio, de 4 de junho de 1851. De fato, o texto do art. 48 estabelecia:

“Se no Reich alemão, a segurança e a ordem pública estiverem seriamente [erheblich] conturbadas ou ameaçadas, o presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem pública, eventualmente com a ajuda das forças armadas”. Para esse fim, ele pode suspender total ou parcialmente os direitos fundamentais [Grundrechte], estabelecidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123,124 e 153.

O artigo acrescentava que uma lei definiria, nos aspectos particulares, as modalidades do exercício desse poder presidencial. Dado que essa lei nunca foi votada, os poderes excepcionais do presidente permaneceram de tal forma indeterminados que não só a expressão "ditadura presidencial" foi usada correntemente na doutrina em referência ao art. 48, como também Schmitt pode escrever em 1925 que "nenhuma constituição do mundo havia, como a de Weimar, legalizado tão facilmente um golpe de Estado" (Schmitt, 1995, p. 25).

O único dispositivo jurídico que, na Inglaterra, poderia ser comparado com o “*état de siege*” francês é conhecido pelo nome de *martial law*; trata-se, porém, de um conceito tão vago que foi possível defini-lo, com razão, como "um termo infeliz para justificar, por meio da *common law*, os atos realizados por necessidade com o objetivo de defender a commonwealth em caso de guerra" (Rossirer, 1948, p. 142).

Entretanto, isso não significa que algo como um estado de exceção não possa existir. A possibilidade da Coroa de declarar a *martial law* limitava-se, em geral, aos Mutiny Acts em tempo de guerra; contudo, ela acarretava necessariamente graves conseqüências para os civis estrangeiros que fossem envolvidos na repressão armada. Assim, Schmitt tentou distinguir a *martial law* dos tribunais militares e dos processos sumários que, num primeiro momento, foram aplicados apenas aos soldados, para concebê-la como um processo puramente fatural e aproxima-la do estado de exceção⁴.

⁴ AGAMBEN . Giorgio, Estado de Exceção. São Paulo:Boitempo, 2004. p. 33

Apesar do nome que leva o direito da guerra não é, na realidade, um direito ou uma lei, mas, antes, um procedimento guiado essencialmente pela necessidade de atingir um determinado objetivo. (Schmitt, 1921, p. 183)

Vale lembrar, nesse contexto, as colocações de Carl Schmitt, em texto retomado em meados da década passada por Giorgio Agamben, debatendo diretamente com Toni Negri, valendo-se de estratégia que teve muitos adeptos, a saber, a de pensar a partir de categorias propostas pelo autor da “Teologia Política” e tantas outras obras célebres, “desnazificando-as”. Em seu texto, como aparece no próprio título, um dos que demonstra de maneira mais explícita seu apoio à política nazista, Schmitt procura distinguir, visando articulá-los em uma unidade política (é o que indica o subtítulo do artigo) o Estado, o movimento e o povo, retomando lições de von Stein, mas também de autor clássico que constava dentre os seus prediletos, Thomas Hobbes. De maneira exemplar, a concepção hobbesiana servia como uma espécie de antídoto ao romantismo político liberal e sua forma de agir de maneira improdutiva, ao manter-se no que Schmitt (des)qualificava como o regime da “discussão infinita”, esvaziando o conteúdo da política, desvitalizando-a, seja em favor de uma dimensão ético-jurídica, como no liberalismo, seja em favor daquela econômica, no socialismo – embora, no texto em apreço, Schmitt argutamente reconheça similitude entre o que ocorria na Alemanha e na União Soviética, naquele momento. Daí que por força do referido romantismo, assim na política, como na arte – e, de certa forma, na filosofia política, em Agamben e outros admiradores do personagem Bartleby de Melville e seu “I’d rather not” - termina se disseminando sub-repticiamente, no “estado civil”, uma forma de vida conduzida por lemas tais como “ubi nihil valis, ibi nihil volis” (“onde nada se vale, nada se há de querer”), ao qual se contrapõe aquele próprio do “estado de natureza”, tal como entendido por Hobbes: “ubi nihil valis, ibi nihil timeam” (“onde nada se vale, nada se há de temer”). O movimento político, então, para Schmitt, será entendido como o único elemento verdadeiramente político na tríade que se articula para garantir a unidade político-constitucional, e o movimento é entendido agora antes como um fenômeno biológico, orgânico, do que físico, mecânico, sendo a partir dessa concepção que em Hobbes e na mais recente modernidade é concebido o Estado, com sua maquinaria e aparato de repartições tendendo à inércia, de acordo com o entendimento moderno a respeito do movimento na física, enquanto o povo resultará de uma multidão movimentando-se como corpo vivo, dinâmico, que tem em si mesmo a causa de sua

locomoção, já no entendimento clássico aristotélico, mas que necessita de quem o dirija, o dirigente, Führer, em alemão. Estaria certo, então, Hobbes quando associava a democracia – e, por isso, dela desconfiava - a uma forma de governo ainda muito próxima do estado de natureza, a se desenvolver no sentido de uma maior unificação e crescimento (Schmitt se vale do termo *Wachstum*, aplicado ao crescimento de plantas e animais) do corpo político que se transforma em Leviathan, deixando de ser Behemoth.

3. A situação do Reino Unido

No caso da Inglaterra, a Primeira Guerra Mundial desempenhou papel decisivo na generalização dos dispositivos governamentais de exceção. Logo após a declaração da guerra, o governo solicitou, de fato, ao Parlamento a aprovação de uma série de medidas de emergência, as quais haviam sido preparadas pelos ministros competentes e foram votadas praticamente sem discussão. A mais importante delas é o Defence of Realm Act de 4 de agosto de 1914, conhecido como DORA, que não só conferia ao governo poderes muito amplos para regular a economia de guerra, mas também previa graves limitações dos direitos fundamentais dos cidadãos (em particular, a competência dos tribunais militares para julgar os civis).

Entretanto, ficou demonstrado que se tratava também, para a Inglaterra, de um processo que ia além da emergência devida a guerra, pela aprovação - em 29 de outubro de 1920, num período de greves e de tensões sociais - do Emergency Powers Act. Realmente, seu art. 1 afirma: Toda vez que parecer a Sua Majestade que tenha sido, ou esteja prestes a ser, empreendida uma ação, por parte de pessoas ou de grupos, de natureza e envergadura tais que se possa presumir que, perturbando o abastecimento e a distribuição de alimentos, água, combustível ou eletricidade ou ainda os meios de transporte, tal ação prive a comunidade, ou parte dela, daquilo que é necessário à vida, Sua Majestade pode, com uma proclamação (de agora em diante referida como proclamação de emergência), declarar o estado de emergência. O princípio do estado de exceção acabava de ser firmemente introduzido no direito inglês.

Com o surgimento do terrorismo de caráter global e descentralizado, tais princípios ganham novos contornos para fazer frente a essa ameaça. Podemos dizer que

o combate do terrorismo no Reino Unido passou por três fases diferentes, porque fundamentalmente correspondeu a três tipos de impulsos causais.

A primeira fase corresponde às medidas antiterroristas delineadas para combater o terrorismo doméstico ou interno, caracterizado fundamentalmente pelo conflito da Irlanda do Norte. O Reino Unido, não detinha uma definição legal de terrorismo, ou de crime de terrorismo. Foi a lei antiterrorista de 2000 (The Terrorism Act 2000) que deu forma legal permanente à definição de terrorismo. Por outro lado, ao longo de pelo menos três décadas, houve outras normas legais de conteúdo idêntico ou similar a esta definição, que passaram a fazer parte do regime legal britânico comum, mas que originariamente tinham feito parte da legislação de emergência do Reino Unido⁵.

A questão complexa da compatibilidade da legislação antiterrorista proposta com o texto da Lei dos Direitos Humanos de 1988 (The Human Rights Act 1998), cuja função legal era incorporar a Convenção Europeia de Direitos Humanos na lei interna do Reino Unido é de fundamental importância para se aferir, dentro de um critério baseado na proporcionalidade, até que ponto o estado pode interferir nos direitos consagrados na convenção e em outras normas internacionais.

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais é o tratado regente do sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos, elenca direitos e garantias fundamentais e estabelece a estrutura e o funcionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos, competente para se pronunciar sobre queixas individuais ou estaduais que aleguem violações dos direitos civis e políticos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Desde 1998, o Tribunal reúne-se de forma permanente e as suas sentenças são vinculativas para os Estados em causa e levam os governos a alterar a sua legislação e as suas práticas administrativas em muitos domínios.

⁵ PORTELA, Irene Maria. *A segurança e a escolha do inimigo: o efeito Double-bind do 11-S. uma análise comparada da legislação antiterrorista*. Universidade de Santiago de Compostela. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Público e Teoria do Estado. Área de Direito Constitucional. Tomo I. Santiago de Compostela: Fevereiro 2007. p. 429.

A segunda fase do combate foi desencadeada pelos ataques do 11 de Setembro de 2001 ao World Trade Center, na medida em que obrigou o Governo a encontrar medidas que, além de combater o terrorismo, prevenissem possíveis e prováveis atentados quer no território britânico, quer a cidadãos britânicos no mundo, e em que o autor da ameaça era sumariamente identificado como a “Al Qaeda” e os Talibãs.

A terceira fase corresponde aos ataques de 7 de Julho de 2005⁶, que pela sua surpresa e gravidade veio pôr a nu muitas deficiências no sistema de segurança do Governo Britânico, e além disso, descobrir novos inimigos insuspeitos, produzidos nacionalmente e suicidas. Os ataques de 7 de Julho (e de 26 de Julho de 2005) vieram demonstrar que as medidas antiterroristas securitárias têm um papel repressivo, mas são desadequadas à prevenção, porque concorrem para a formação e radicalização de jovens potenciais terroristas. Nesse contexto veio a Lei contra o Terrorismo de 2005, The Prevention of Terrorism Act 2005 [PTA2005].

4. A Corte Européia de Direitos Humanos

Nesse ambiente de medo e terror que se destaca o papel da Corte Européia de Direitos Humanos no sentido de estabelecer, através do efeito político de suas condenações, limites à ação estatal baseada em leis antiterroristas violadoras de direitos e garantias fundamentais.

O artigo 1º da Convenção trata da obrigação de respeitar os direitos do homem, reconhecendo a qualquer pessoa os direitos e liberdades definidos na Convenção. Contudo, o cenário político internacional que surgiu da guerra ao terrorismo perpetrada pelos Estados Unidos, Reino Unido e aliados trouxe o questionamento sobre um conflito onde o indivíduo deixa de ser considerado como pessoa e passa a ser definido como o inimigo, sem direitos e garantias legais, e foi abordado no julgamento do caso All Jeddah X Reino Unido pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 2011, o qual ocorreu em meio a uma série de debates sobre a atuação das forças britânicas no Iraque.

⁶ Ibidem. p. 429.

5. O caso Al Jedda

O caso trata da detenção arbitrária e indefinida de Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda durante a Guerra do Iraque. Al Jedda nasceu no Iraque em 1957 e se mudou para o Reino Unido em 1992. Foi concedida a nacionalidade britânica em junho de 2000. Em setembro de 2004, Al-Jedda e seus quatro filhos viajaram de Londres para o Iraque, via Dubai. Ele foi preso em Dubai por oficiais de inteligência dos Emirados Árabes Unidos e liberado após 12 horas para continuar sua viagem ao Iraque. Em 10 de outubro de 2004, foi preso por soldados dos Estados Unidos, com informações dos serviços de inteligência britânicos, e levado para o Centro de Detenção temporária Sha'aibah Divisional, em Basrah City, administrado pelas forças britânicas. Ele foi mantido em internação lá até 30 de dezembro de 2007.

Al-Jedda interpôs uma reclamação judicial no Reino Unido, desafiando a legalidade da sua detenção continuada e também a recusa do Secretário de Estado da Defesa para devolvê-lo para o Reino Unido. O Secretário de Estado aceitou que a detenção do requerente dentro de uma instalação militar britânica estava dentro da jurisdição do Reino Unido nos termos do artigo 1º da Convenção e admitiu que a detenção não se enquadra em nenhuma das hipóteses permitidas estabelecidas no artigo 5º §1. No entanto, o Secretário de Estado sustentou que o artigo 5º §1º não se aplica ao recorrente porque sua detenção foi autorizada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, pela Resolução 1546 e que, como uma questão de direito internacional, o efeito da Resolução prevalece sobre o disposto no artigo 5º. Al- Jedda interpôs recurso junto a Câmara dos Lordes, a qual considerou que não houve violação.

Em 2008, Al- Jedda, peticionou junto a Corte Européia informando que ele havia sido detido por tropas britânicas no Iraque, sem ser submetido ao devido processo legal e sem uma acusação formal, em violação do artigo 5º §1 da Convenção.

6. O julgamento

O Tribunal considerou que o Conselho de Segurança das Nações Unidas não tinha nem controle efetivo nem autoridade final e controle sobre os atos e omissões de tropas no âmbito da Força Multinacional e que a detenção do recorrente não foi,

portanto, imputável as Nações Unidas. A decisão de manter o requerente em internação foi feita pelo oficial britânico no comando do centro de detenção.

Por conseguinte, o artigo 5º, §1º da Convenção, estabelece que toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. O artigo consagra um direito humano fundamental, ou seja, a proteção do indivíduo contra a interferência arbitrária do Estado com o seu direito à liberdade. As alíneas (a) a (f) do artigo 5º §1º contêm uma lista de motivos que autorizam a privação da liberdade, e o governo não justificou a detenção com base em nenhuma dessas exceções.

O governo não provou que houve uma derrogação legal do artigo 15 da Convenção, que permite a um Estado “em tempo de guerra ou outra emergência pública que ameace a vida da nação” a tomar medidas derogatórias de suas obrigações, nos termos do artigo 5º, na medida do estritamente necessário pelas exigências da situação.

A Resolução 1546, no parágrafo 10, autorizou o Reino Unido a tomar medidas que contribuam para a manutenção da segurança e da estabilidade no Iraque. No entanto, não exigiu do Reino Unido que colocasse um indivíduo que suas autoridades consideram constituir um risco para a segurança do Iraque em detenção indefinida sem acusações. Nestas circunstâncias, na ausência de uma obrigação de usar internação, não havia conflito entre as obrigações do Reino Unido nos termos da Carta das Nações Unidas e as suas obrigações nos termos do artigo 5º, §1ª da Convenção, de maneira que o Reino Unido foi condenado pela violação.

Os conceitos analisados no caso Al Jedda levam a um questionamento quanto aos limites legais para a privação da liberdade do indivíduo, conforme a necessidade de cada medida.

Assim como o The Prevention of Terrorism Act 2005 [PTA2005], o USA Patriot Act permite "manter preso" o estrangeiro suspeito de atividades que ponham em perigo a segurança nacional dos Estados Unidos"; mas, no prazo de sete dias, o estrangeiro deve ser expulso ou acusado de violação da lei sobre a imigração ou de algum outro delito. A novidade da "ordem" do presidente Bush era em anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente

inominável e inclassificável Os talibãs capturados no Afeganistão, além de não gozarem do estatuto de POW [prisioneiro de guerra] de acordo com a Convenção de Genebra, tampouco gozam daquele de acusado segundo as leis norte-americanas. Nem prisioneiros nem acusados, mas apenas “detainees”, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não no sentido temporal mas também quanto a sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle judiciário.

Assim, aquele denominado como terrorista perde toda sua identidade jurídica, e ao ser tratado como o “outro”, como o “inimigo”, deixa de ser um indivíduo e passa a ser aquele despido da própria dignidade humana. Desumanizado, ele não possui direitos nem deveres.

07. O princípio da proporcionalidade

Outra questão, que nos remete ao estudo do estado de exceção, se funda na causa de sua instituição. Uma opinião recorrente coloca como fundamento do estado de exceção o conceito de necessidade. Segundo o adágio latino muito repetido (uma história da função estratégica dos adágios na literatura jurídica ainda estava por ser escrita), *necessitas legem non habet*, ou seja, a necessidade não tem lei, o que deve ser entendido em dois sentidos opostos: "a necessidade não reconhece nenhuma lei" e "a necessidade cria sua própria lei" (*necessite fait loi*). Em ambos os casos, a teoria do estado de exceção se resolve integralmente na do status *necessitatis*, de modo que o juízo sobre a subsistência deste esgota o problema da legitimidade daquele. Um estudo da estrutura e do significado do estado de exceção pressupõe, portanto, uma análise do conceito jurídico de necessidade.

Assim, há de se supor que a necessidade como fundamento de uma forma de governo com características ditatoriais deve ser auferida no caso concreto, conforme a realidade de cada Estado, e em consonância com o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho, no livro “Processo Constitucional e Direitos Fundamentais” dispõe que “é exatamente numa situação em que há conflito entre princípios ou entre eles e regras que o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito ou próprio) mostra sua grande significação, pois pode ser usado como critério

para solucionar da melhor forma tal conflito, otimizando a medida em que se acata prioritariamente um e desatende o mínimo possível o outro princípio”⁷.

Discorrer sobre um princípio constitucional como o da proporcionalidade e examinar sua projeção sobre o Direito, tanto Público quanto Privado, do ponto de vista internacionalista, mostra-se extremamente profícuo. Concretamente, isto significa, acima de tudo, vislumbrar nas normas de direito internacional público algo mais – ou menos – do que a proteção incondicional de interesses públicos, e naquelas de direito internacional privado algo diverso do que se costuma perceber, ainda sob a influência da tradição individualista e liberal, que fez do direito civil patrimonialista sua expressão máxima, no campo jurídico.

No contexto do Estado Democrático de Direito, as normas de direito de direito privado, interno e internacional, não são de se considerar um esteio de interesses individuais como um fim em si mesmo justificado, mas devem antes promover o *ordenamento funcional* desses interesses com aqueles outros, quer de natureza coletiva, social ou "difusa", quer de natureza propriamente geral, pública.⁸ E é nesse contexto que se supera, igualmente, a visão clássica dos direitos e garantias fundamentais enquanto direitos e garantias *individuais*, liberdades públicas, voltados exclusivamente contra o Estado, o qual, perante tais direitos, teria o dever de tão-somente abster-se da prática de atos que os ameaçasse ou violasse. Atualmente, não apenas se concebe os direitos fundamentais como dotados de um aspecto prestacional, a exigir ações por parte do Estado para implementá-los, mas também, sendo o que aqui nos importa particularmente destacar, se atribui a tais direitos uma *eficácia reflexa* ou *eficácia perante terceiros* (**Drittwirkung**), tornando-os aptos a proteger seus titulares também contra ameaças e violações por parte de seus co-cidadãos, individualmente considerados ou coletivamente organizados, de modo especial na forma de "poderes sociais" (**soziale Gewalten**), representados por grandes organizações da sociedade civil organizada e/ou do setor empresarial.⁹ É assim que o clássico direito de propriedade, pedra angular sob a

⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 6 Ed. ver. e ampl. São Paulo: SRS Editora. 2009

⁸ Cf., nesse sentido, v.g., DIETER SCHWAB, *Einführung in das Zivilrecht*, 11a. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1993, I,1, 10, p. 5, **in fine**.

⁹ Cf. KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, tomo 1, Munique: C. H. Beck, 1988, § 76, p. 1509 ss., esp. IV, 8, p. 1586 ss.

qual se erige grande parte do sistema de direito privado, deverá ser conformado pelos princípios fundamentais constitutivos do Estado Democrático de Direito em nosso País, dentre os quais figuram, por força do art. 1º, incs. III e IV, a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, respectivamente.

Para resolver o grande dilema que vai então afligir os que operam com o Direito no âmbito do Estado Democrático contemporâneo, representado pela atualidade de conflitos entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, é que se preconiza o recurso a um “princípio dos princípios”, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu “núcleo essencial”, onde se encontra entronizado o valor da dignidade humana. Esse princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do “Estado Democrático de Direito”, pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos.

Essas considerações permitem concluir claramente pela existência de um conteúdo intangível dos direitos fundamentais, que não pode ceder sob forma alguma.

A dignidade da pessoa humana, por conseguinte, presta-se ao mesmo tempo para limitar direitos fundamentais – na medida em que é buscando sua maior efetivação que, no caso concreto, um princípio que os veicule pode ter sua aplicação restringida em favor de outro – como para coibir restrições excessivas¹⁰.

José Carlos Vieira de Andrade, jurista português, considera a proporcionalidade como mero critério de distribuição dos custos do conflito entre direitos fundamentais, com o fito de preservar-se a Constituição na maior medida possível, com o que não

¹⁰ Nesse sentido, INGO SARLET menciona a dupla função da dignidade da pessoa humana, em *Dignidade da Pessoa Humana e direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 119-120.

podemos concordar, visto que assim, a rigor, não há limite para o sopesamento¹¹ de princípios, quando sustentamos que este limite é dado pelo princípio da dignidade humana.¹²

Já o tributarista pátrio Helenilson Cunha Pontes, em posicionamento em tudo convergente ao que temos sustentado, em uma série de trabalhos a respeito, nas últimas duas décadas,¹³ discorda de tal entendimento, pois reduzir o princípio da proporcionalidade a mero método ou critério de interpretação e aplicação do Direito vem em desconsideração de todo o conteúdo normativo desse princípio, porque o intérprete não pode optar se atende ou não atende ao princípio da proporcionalidade, mas, pelo contrário, é seu dever concretizar esse princípio, sob pena de inconstitucionalidade da decisão jurídica. Para este último doutrinador, em consonância com o que também defendemos, o princípio da proporcionalidade consubstancia verdadeira garantia constitucional, imanente ao Estado de Direito contemporâneo, e exerce, simultaneamente, na ordem jurídica, a dupla função de proteger a esfera de liberdade individual contra medidas estatais arbitrárias e de viabilizar a concretização ótima dos direitos fundamentais e todo o elenco de pretensões constitucionalmente reconhecidas através das diferentes regras e princípios constitucionais.¹⁴ No mesmo sentido, são as lições do jurista espanhol Ernesto Pedraz Penalva.¹⁵ Não se confunda, também, o princípio constitucional da proporcionalidade, que é norma jurídica

¹¹ Termo que utilizamos, desde finais da década de 1980, em trabalhos então pioneiros na literatura jurídica pátria, para traduzir, de maneira quase que literal, o termo alemão *Abwägung*, o qual, em obra primorosa, *Norma, Contingência e Racionalidade*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 182, nota 5, o tristemente perdido para nós tão jovem, jurista e filósofo Luis Fernando Schuartz sugere que seria mais bem traduzido por “balanceamento”, o qual entendemos que seria melhor utilizar para traduzir o inglês *balancing*, que expressa a idéia que, justamente, estamos aqui repelindo, de uma ponderação ilimitada, absoluta, quando a proporcionalidade, como indica sua expressão literal, é um princípio de relatividade, mas que não é absoluta, e sim, também relativa, ou seja, relativa elevada à segunda potência, de maneira reflexiva e auto-referente.

¹² *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2^a. ed., Coimbra: Almedina, 1987, p. 222.

¹³ Cf., v.g., “O Princípio Constitucional da Proporcionalidade”, in: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária (UFC), 1989, pp. 69 ss., esp. pp. 84 ss.; *Id.*, “Os Princípios da Isonomia e da Proporcionalidade como Direitos Fundamentais”. in: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará** (RPGE-CE), n. 13, Fortaleza, 1994/1995, p. 36; *Id.*, “Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito”, in: *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, GRAU, Eros R., *Id.* (eds.), São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁴ *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, pp. 54 a 56.

¹⁵ *Constitución, Jurisdicción y Proceso*. Madrid: Akal, 1990, p. 289.

consagradora de um direito (**rectius**: garantia) fundamental - portanto, é uma prescrição -, com um cânone da nova hermenêutica constitucional,¹⁶ que não atua sobre a vontade, mas sim sobre o intelecto do intérprete do Direito, nos quadros de um Estado Democrático.

Conclusão

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade traz em si mesmo três sub-princípios a serem considerados na adoção de medidas excepcionais, a adequação, qual seja, o meio jurídico é adequado; a exigibilidade, que se apresenta relacionada a questão da necessidade, e se é possível exigir tal medida e por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, que diz respeito ao meio mais harmonioso de solucionar determinado conflito.

Uma vez que tal estado, violador de direitos e garantias, passa a utilizar a lei como fundamento para a violação da própria lei que surge a importância do fortalecimento dos mecanismos internacionais de proteção desses mesmos direitos, pautados em princípios fundamentais como o da proporcionalidade, sendo a Corte Européia de Direitos Humanos um dos organismos mais avançados do globo para pressionar governos que se submetem a sua jurisdição a uma efetiva proteção dos direitos humanos.

¹⁶ Assim, BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 204 e também MEDICUS, Dieter “*Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*”, in: **Archiv für die Civilistische Praxis**, n. 192, 1992, pp. 53 s., quando considera o princípio da proporcionalidade um meio de interpretar a Constituição, similar ao método teleológico, não devendo ser considerado constitucional com são apenas os direitos fundamentais compreendidos à luz deste princípio – como se fosse possível distinguir um direito ou uma norma jurídica da compreensão que de ambos se tem. A resultados similares leva a proposta de ÁVILA, Humberto Bergmann, em “*A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade*”, in: **Revista de Direito Administrativo**, n. 215, 1999, pp. 151 ss., de que se considere a proporcionalidade um dever derivado de um postulado, que o mesmo A. apresenta, corretamente, como uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto – então, fica nos devendo o A. uma explicação de como se poderia afirmar um dever, sem que o mesmo decorra de uma norma ou corresponda a um direito, mas sim advenha da adoção, condicional, de um postulado ou critério. Em apoio ao nosso posicionamento, recentemente, HONESKO, Vitor Hugo N., *A Norma Jurídica e os Direitos Fundamentais*. São Paulo: RCS, 2006, p. 129.

Anexo I

Artigo 5º da Convenção Européia de Direitos Humanos.

1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal:

- a) Se for preso em consequência de condenação por tribunal competente;
 - b) Se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei;
 - c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infração, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infração ou de se pôr em fuga depois de tê-la cometido;
 - d) Se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de educá-lo sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de fazê-lo comparecer perante a autoridade competente;
 - e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicômano ou de um vagabundo;
 - f) Se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição.
2. Qualquer pessoa presa deve ser informada, no mais breve prazo e em língua que compreenda, das razões da sua prisão e de qualquer acusação formulada contra ela.
3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a competência do interessado em juízo.
4. Qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal.
5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou detenção em condições contrárias às disposições deste artigo tem direito a indenização.

Bibliografia:

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. - São Paulo: Boitempo, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann, *A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo, n. 215, 1999,

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIETER SCHWAB, *Einführung in das Zivilrecht*, 11a. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1993, I,1, KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, tomo 1, Munique: C. H. Beck, 1988.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária (UFC), 1989

_____, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 6 Ed. ver. e ampl. São Paulo: SRS Editora. 2009.

FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*. Trad. Orizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago. 2005

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2 Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

PORTELA, Irene Maria. *A segurança e a escolha do inimigo: o efeito Double-bind do 11-S. uma análise comparada da legislação antiterrorista*. Universidade de Santiago de Compostela. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Público e Teoria do Estado. Área de Direito Constitucional. Tomo I. Santiago de Compostela: Fevereiro 2007.

Constitución, Jurisdicción y Proceso. Madrid: Akal, 1990

O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2000

Disponível:[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"sort":\["kpdateDescending"\],"respondent":\["GBR"\],"documentcollection2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"violation":\["5"\],"itemid":\["001-105612"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) . Acessado em 29 de junho de 2013.

Disponível:<http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/381/16/PDF/N0438116.pdf?OpenElement>. Acessado em 29 de junho de 2013.