

Direito a um Processo Equitativo e Emergências Terroristas

James W. Nickel*

I. Direito a um processo equitativo e a sua fundamentação

A. Definição de direito a um processo equitativo

O DPE é uma protecção conferida pela lei contra um conjunto de abusos que podem ocorrer durante a detenção, interrogatório, julgamento, sentença ou punição de suspeitos da prática de crimes.¹ Neste parágrafo procederei à descrição de um conjunto típico direitos que integram o DPE. No momento da detenção e interrogatório, o DPE implica o acesso ao patrocínio jurídico e a proibição da violência policial, dos castigos sumários e da tortura. Durante o período de detenção que antecede o julgamento, o DPE exige a dedução de uma acusação, a ponderação da possibilidade de libertação sob caução e o direito do suspeito exigir a sua apresentação judicial para apreciação da sua detenção por juiz imparcial (*habeas corpus*). Os arguidos têm direito a serem julgados dentro de um prazo razoável e caso o processo chegue a julgamento, têm direito a um processo justo e público, e os arguidos devem ainda gozar de uma presunção de inocência, do direito de não se auto-incriminarem e do direito de serem assistidos por um defensor. O arguido tem direito a conhecer quais as prova que pendem contra si e só pode ser condenado ao abrigo de lei penal anterior e válida. Na fase da sentença o DPE impõe que a condenação não seja grosseiramente desproporcional à gravidade do crime. Por fim, pressupõe o direito de recorrer da condenação para um tribunal superior.

O DPE é a resposta ao facto de, ao longo da História, os tiranos terem instrumentalizado as instituições, recursos humanos e sanções do Direito Penal para imporem a sua vontade arbitrária e iníqua. Enviavam os inimigos e opositores políticos para a prisão, mandavam-nos executar ou confiscavam-lhes a propriedade. Os autores das declarações de direitos, quer passadas quer contemporâneas, estavam bem cientes destes perigos e,

* O presente ensaio foi adaptado do capítulo 7 da obra de **J.W. NICKEL**, *Making Sense of Human Rights*, 2ª edição, Blackwells, 2006. O autor agradece reconhecido o excelente trabalho de pesquisa levado a cabo por Colleen E. Schiman.

¹ Sobre o processo equitativo [*due process*] fora do âmbito do Direito Penal ver **J.L. MASHAW**, *Due Process in the Administrative State*, 1985.

consequentemente, conferiram um lugar de destaque ao DPE. Por exemplo, a Magna Carta incluiu disposições como:

“38. De futuro, nenhum beaguim poderá, com base na sua queixa infundamentada, submeter ninguém à sua ‘lei’, sem que testemunhas credíveis sejam para tal ouvidas.”

“39. Nenhum homem livre será levado ou aprisionado ou [...] exilado ou de alguma forma prejudicado [...] se não mediante julgamento conforme à lei pelos seus pares ou segundo a lei da terra”.³

A Declaração dos Direitos dos Estados Unidos reserva mais espaço ao DPE do que a qualquer outro tipo de direitos. Das iniciais dez emendas à Constituição, cinco das mesmas (4-8) respeitam ao processo equitativo [*due process*]. Por exemplo, a Sexta Emenda prescreve:

“Em todas as acusações criminais, o arguido gozará do direito de ser submetido um julgamento célere e público, perante um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime tenha sido cometido[...] de ser informado da natureza e causa da acusação; de ser confrontado com as testemunhas de acusação; de beneficiar do depoimento compulsório de testemunhas abonatórias e de ser assistido por mandatário na sua defesa”.⁴

O DPE também desempenha um papel de relevo nas modernas declarações de direitos do Homem e nos tratados. Por exemplo, o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos Cíveis e Políticos (ICCPR) enumera direitos que integram o DPE nos artigos 6-15. O artigo 9.4 (*habeas corpus*) é significativo:

“Todo o indivíduo que se encontrar privado de liberdade por prisão ou detenção terá o direito de intentar um recurso perante um tribunal, a fim de que este estatua sem demora sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação se a detenção for ilegal”.⁵

Se é intentado um processo-crime e não se chega a um acordo [*plea bargain*], a subsequente reapreciação do caso deve ocorrer em julgamento. O julgamento de um crime é um processo organizado –ao qual poderíamos chamar também “ritual”– que implica o necessário envolvimento de determinados participantes, a recolha sistemática e apresentação

³ Rei João em Runnymede, *Magna Carta*, 1215, §§ 38 e 39, <http://www.britannia.com/history/magna2.html>

⁴ *U.S. Constitution, Emenda VI*, § 1.

⁵ *Pacto Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos Cíveis e Políticos*, Art. 9 § 4, <http://www.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>

de meios de prova, a ponderação dos argumentos a favor e contra a culpabilidade do arguido e a determinação da pena apropriada. O tempo que um julgamento demora visa permitir que as emoções esfriem e que uma maior objectividade emerja. O juiz, que desempenha simultaneamente o papel de mestre-de-cerimónias e de intérprete da lei, está encarregue da aplicação imparcial da lei e da apreciação da prova.⁶ E a presença dos advogados assegura, em função dos respectivos clientes, a argumentação em favor da acusação ou defesa.

B. A fundamentação do direito a um processo equitativo

O DPE protege a vida e a liberdade de ameaças provenientes do Estado.⁷ Suponhamos que concordamos com os argumentos de Thomas Hobbes no *Leviathan* (1660)⁸ no sentido de que, sem um Estado forte que nos proteja contra a depredação dos nossos vizinhos, é impossível atingir níveis suficientes de ordem e de produtividade e que, como tal, teremos poucas hipóteses de evitar uma vida miserável e de morrer precocemente. Vizinhos ambiciosos ou esfomeados capazes de saquear, matar, roubar, desapossar, raptar e violar representam aquele que eu designo como o *Primeiro Problema de Insegurança*. Para nos protegermos, criamos um Estado e mecanismos legais de protecção da segurança pessoal, liberdade e propriedade. Aprovamos leis penais, criamos tribunais e prisões e procedemos à condenação e punição dos criminosos. Por esta via resolvemos –ou pelo menos atenuamos– o Primeiro Problema. Todavia, o sistema legal e o Estado representam em si um perigo e temos ainda razões para ter receio, sendo certo que o nosso receio tem por objecto a depredação, corrupção e ineptidão do próprio Estado. Este constitui o *Segundo Problema de Insegurança*.

Como acima referido, um receio comum acerca do Estado é que o mesmo nos prenda ou execute simplesmente porque um qualquer funcionário suspeita que tenhamos cometido um crime, porque pretende neutralizar-nos enquanto oponentes políticos, porque nos julga perigosos ou quer apossar-se dos nossos bens. Para fazer face a esta preocupação nasceu a ideia de não permitir que o Estado aplique sanções graves sem fundamentar devidamente a sanção do indivíduo perante um tribunal imparcial e independente. O Direito é a solução –ou pelo menos parte dela– para ambos os problemas de insegurança. E tal como aplicamos o

⁶ Ver A. DUFF, *Trials and Punishment*, 1986; D. WEISSBRODT e R. WOLFRUM, *The Right to a Fair Trial*, 1977.

⁷ Sobre a fundamentação dos direitos com base na vida e na liberdade e na necessidade de evitar situações de injustiça grave e de crueldade, ver J. W. NICKEL, *Making Sense of Human Rights*, *supra* nota 1, pp. 53–91.

⁸ T. HOBBS, *Leviathan*, Touchstone, 1997.

Direito e as suas potenciais sanções a nós próprios e aos nossos vizinhos para resolvermos o Primeiro Problema, também impomos restrições legais ao Estado para resolver o Segundo Problema. Ambas as empresas são difíceis e, porventura, nunca inteiramente bem sucedidas. De todo o modo, o DPE constitui um importante meio de protecção da nossa vida, liberdade e propriedade.⁹ À semelhança do Direito Penal, também protege a nossa segurança. Mas ao invés de nos proteger contra os criminosos privados, protege-nos contra o Estado.

O DPE protege-nos não só directamente, quando somos acusados de crimes, mas também indirectamente, ao servir de contrapeso ao poder do Estado. Dificulta a adopção pelo Estado de medidas tirânicas (ou simplesmente autoritárias) e como tal promove a boa administração. E dificulta medidas estaduais tirânicas ao tornar o processo penal mais transparente. A publicidade dada aos julgamentos permite aos cidadãos observarem o funcionamento do sistema de justiça penal. A opressão, caso ocorra, tem maior probabilidade de ser exposta em público. Um dos elementos positivos dos julgamentos com júri é o de trazer e fazer participar no interior do sistema de justiça penal elementos escolhidos aleatoriamente entre o público, e comprovar os raciocínios jurídicos na consciência e bom senso daqueles. As práticas democráticas e inerentes direitos de manifestação, protesto e voto, reforçam a transparência e conferem maior estabilidade ao DPE.

Uma das formas pelas quais o DPE tutela a liberdade das pessoas é exigindo uma fundamentação legal para o encarceramento – uma fundamentação que demonstre que a pessoa acusada violou uma lei que já se encontrava em vigor e que era cognoscível ao tempo em que foi praticado o alegado acto criminoso. Por exemplo, quando a polícia e muitas cidadãos comuns manifestam o seu desagrado por muitas das actividades recreativas dos jovens ou relativamente à pregação porta a porta de certos grupos religiosos, a polícia poder-se-ia sentir tentada a molestar estas pessoas, detendo-as pela prática de ilicitudes menores ou imaginárias ou agredindo-as durante ou após a detenção. O DPE protege estes indivíduos ao tornar a condenação pela prática de um crime mais difícil; pressupõe a sujeição a um julgamento justo no qual se demonstre que o indivíduo violou uma norma válida. Além do mais, ao sujeitar a prisão, o interrogatório, os maus-tratos e a detenção ao escrutínio judicial e do público, contribui para tornar arriscada a prática pela polícia de violência injustificada.

⁹ Ver, *e.g.*, *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 529, 2004. O Juiz O'Connor foi da opinião que, no caso de Hamdi. “o direito particular [...] afectado pela actuação do Estado [...] é a mais elementar das liberdades - o direito de não ser detido pelo próprio Estado”.

O *habeas corpus* permite ao judiciário controlar o executivo, na medida em que obriga este último a explicar e justificar as suas actuações. Como uma vez referiu o Juiz Jackson do Tribunal Supremo dos Estados Unidos:

“Os actos de prisão levados a cabo pelo executivo têm sido considerados opressivos e ilegais [...] nenhum homem livre pode ser preso, privado da sua propriedade, proscrito ou degredado senão mediante o julgamento dos seus pares ou segundo a lei do país. Os juízes da Inglaterra desenvolveram a ordem de *habeas corpus* fundamentalmente para preservar tais imunidades de restrições impostas pelo executivo”.¹²

Considerações de justiça desempenham um papel fundamental na fundamentação do DPE – e na defesa da ideia de que todos os cidadãos e residentes devem gozar desse direito. Este tipo de considerações exige que os Estados evitem formas de iniquidade que se revelem de uma injustiça clamorosa para as suas vítimas. A severidade de um tratamento injusto depende do grau de iniquidade, da sua duração e frequência, da existência ou não de dolo, e da dimensão do prejuízo ou degradação causados pela iniquidade. Na área do processo penal, a justiça impõe três princípios latos. Em primeiro, a existência de um sistema que inclua um processo justo e racional para averiguar da culpa do arguido. Em segundo, este sistema deve conduzir na maioria dos casos a resultados que sejam substancialmente justos. Se o sistema funcionar devidamente, as pessoas dificilmente serão punidas caso não sejam efectivamente culpadas e as sanções apenas esporadicamente serão desproporcionais ao grau de ilicitude penal. Por fim, a justiça exige que os mecanismos de protecção previstos pelo sistema, tais como advogados e julgamentos imparciais, sejam extensíveis a todos aqueles que, no âmbito do sistema, estejam sujeitos a serem detidos por períodos prolongados ou a sanções penais – sejam ou não cidadãos. A protecção contra o tratamento clamorosamente injusto desempenha um papel fundamental em favor da natureza universal do DPE.

Não são nem as melhorias estruturais introduzidas nos ordenamentos jurídicos, nem a auto-ajuda, nem a assistência caritativa que poderão eliminar a possibilidade de julgamentos injustos no processo criminal. Os indivíduos carecem frequentemente da capacidade para assegurar um tratamento justo no âmbito de um sistema legal complexo. São necessárias

¹² *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206, 218–19, 1953, **J. JACKSON**, no voto de vencido, sublinhando que “os tribunais não se devem recusar a ouvir um preso não condenado simplesmente porque este é um estrangeiro ilegal cuja guarda, segundo o sistema jurídico, permanece fora do nosso domínio”.

garantias legais revestidas de primazia e invocáveis pelos arguidos para proteger as pessoas dos perigos associados ao poder coercivo do sistema de justiça criminal.

Os custos envolvidos na implementação de um direito geral a um julgamento justo são consideráveis. Assegurar que os acusados beneficiem de um julgamento imparcial supõe uma dispendiosa infra-estrutura de tribunais, juízes, advogados, funcionários e edifícios. Mas a maioria dos países consegue fazer face a estes custos. E os ónus impostos aos jurados e testemunhas podem ser limitados e distribuídos de forma a evitar situações de injustiça grave.

O DPE pode parecer um direito de conteúdo negativo, na medida em que apenas exige que os seus sujeitos passivos se abstenham de determinados comportamentos. Mas na realidade assemelham-se muito mais a um direito de conteúdo positivo, ao exigir dos seus sujeitos passivos a adopção de determinado comportamento face aos titulares dos direitos. Na minha perspectiva, a classificação mais adequada é a de direito positivo sujeito a condição. Prescreve que, se o Estado pretende punir alguém, deverá conceder a essa pessoa diversas protecções de natureza processual e o acesso a serviços jurídicos, bem como a oportunidade de ser sujeito a julgamento. A conjunção “se” desta oração condicional necessita de ser assegurada em permanência na medida em que os Estados necessitam de ameaçar e sancionar para poderem governar e como tal estão em muitos casos vinculados ao dever de providenciar os serviços inerentes ao processo equitativo. De um ponto de vista prático, o DPE impõe, à semelhança dos direitos de conteúdo positivo, obrigações de agir. Se perguntarmos às pessoas com responsabilidades governamentais se os gastos com o sistema de tribunais e de julgamentos são discricionário, rir-se-ão de nós. O DPE implica que os Estados providenciem serviços jurídicos dispendiosos, que por sua vez requerem uma burocracia e infra-estruturas extensas, frágeis e dispendiosas.

II. Emergências nacionais

As emergências nacionais são períodos de crise extrema na vida de um país. Resultam tipicamente de guerras, ameaças de ataque, rebeliões, ataques terroristas, fomes, epidemias, acidentes industriais de grande dimensão e catástrofes naturais, como cheias e terremotos. Durante períodos de emergência nacional são por vezes implementadas medidas excepcionais em todo ou parte do território em razão da multiplicidade de problemas a acorrer, da sobrecarga dos recursos e meios humanos e da necessidade imperativa de adoptar as medidas

mais eficientes. As situações de emergência por vezes levam os governos a declarar o estado de emergência ou a impor a lei marcial. Uma vez declarado o estado de emergência a nível regional ou local, os governos frequentemente requerem e obtêm autorização para restringir as liberdades civis, governar por decreto e efectuar buscas sem prévia autorização judicial. Pensamos nas situações de emergência como temporárias, como interregnos entre dois períodos de normalidade. Mas por vezes as situações de emergência persistem durante bastante tempo e as medidas adoptadas durante estes períodos tornam-se a regra na actuação política e jurídica do país.

As situações de emergência distinguem-se no que respeita à severidade das medidas reputadas necessárias para a sua gestão. Estas compreendem desde as ordens de recolher obrigatório e as restrições de movimentos até à declaração de estado de sítio e imposição da lei marcial, ocupação militar e pacificação. Durante situações de emergência as restrições de direitos abrangem frequentemente a liberdade de movimentos e residência, a liberdade de reunião, a liberdade de expressão e protesto, os direitos de participação democrática e o DPE. As situações de emergência mais graves são as que envolvem, na maioria das regiões de um país, níveis elevados de destruição material, perda de vidas, casas e meios de subsistência, crise económica e paralisação das instituições. Invasões ou ataques iminentes também podem criar situações de emergência.

Em situações de emergência nacional grave, tais como uma invasão inimiga ou uma série prolongada de ataques terroristas, os governos têm a responsabilidade de minimizar os danos causados às pessoas e à propriedade, deter a invasão ou os ataques, restaurar a segurança e os serviços e reparar os danos. Para conseguir estes objectivos, justifica-se por vezes a atribuição de alguns poderes de emergência. Em primeiro, os governos podem necessitar de controlar a localização e os movimentos das pessoas, de as transportar das zonas de perigo para zonas onde a segurança e serviços básicos, tais como alimentação, abrigo e assistência médica, possam ser providenciados. Consequentemente, direitos à liberdade de movimentos e à escolha de residência são objecto de restrição durante situações de emergência grave. Em segundo, os governos necessitam de poderes para restabelecer os serviços básicos. E fazê-lo pode envolver a necessidade de utilizar edifícios públicos ou requisitar edifícios privados, mantimentos, alojamento ou serviços médicos, bem como impor o recrutamento militar obrigatório especialmente daqueles que, devido à sua formação específica, podem auxiliar na prestação daquelas serviços. Daqui resulta que o direito à

propriedade e à liberdade de trabalho podem ter de ser objecto de restrição em situações de emergência. Em terceiro, os governos necessitam de poderes para restabelecer a ordem. No caso de catástrofes naturais, tal envolve sobretudo a necessidade de evitar pilhagens. No caso de guerras, insurreições ou ataques terroristas, pode também envolver a necessidade de preparar defesas contra novas agressões. Os indivíduos que sejam reputados de perigosos poderão ser detidos em circunstâncias que tornam impossível a abertura de um processo, a recolha de provas ou a sua célere apresentação a tribunal. Desta forma, o DPE poderá ter de ser limitado e as audiências ou julgamentos adiados.

Em atenção aos perigos que as situações de emergência nacional representam para os direitos e liberdade fundamentais, é importante que as constituições nacionais e as convenções internacionais de direitos do Homem contenham directrizes sobre o que é e não é permitido aos governos fazerem durante tais períodos. Felizmente que três convenções internacionais da maior relevância - a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), a Convenção Americana dos Direitos do Homem (CADH) e a ICCPR – tomaram sobre si esta difícil tarefa. Estas convenções permitem a suspensão da maioria dos direitos em situações de emergência nacional grave, desde que esta suspensão seja genuinamente necessária, mas reputam que alguns direitos essenciais são imunes à suspensão. O artigo 15 da CEDH contém uma redacção paradigmática:

“Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer [país que tenha ratificado a Convenção] pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação[...]. A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao artigo 2 [direito à vida], salvo quanto ao caso de morte resultante de actos lícitos de guerra, nem aos artigos 3 [proibição da tortura], 4 § 1 [Proibição da escravatura e do trabalho forçado] e 7 [Princípio da legalidade]”.¹³

Este artigo torna imunes à suspensão diversos direitos essenciais, ao mesmo tempo que permite a suspensão dos demais na medida do indispensável ou pelo menos do extremamente necessário à resolução da situação de emergência. Acresce que os outros países que também sejam partes contratantes da convenção devem ser informados de qualquer suspensão. De acordo com as três convenções, a maioria dos direitos do Homem – incluindo o DPE, as liberdades pessoais e os direitos de participação democrática – podem

¹³ **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, Art. 15, <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/005.htm>

ser suspensos em situações de emergência nacional quando a segurança ou a sobrevivência do país o imponha.¹⁴ Caso se verifiquem objectivos irrenunciáveis de segurança e sobrevivência que um país não possa razoavelmente esperar atingir sem suspender alguns direitos, tal suspensão é permitida desde que não inclua os direitos que não possam ser suspensos em nenhuma circunstância. Mesmo assim, a exigência de que a derrogação seja “na estrita medida do exigido pela situação” reconhece a força normativa dos direitos do Homem, ao exigir que no outro prato da balança estejam a segurança e a sobrevivência do país durante períodos de grande perigo. O artigo 27 da CADH refere os casos de “guerra, de perigo público ou de outra emergência” que seja suficientemente grave para ameaçar a “independência ou segurança”¹⁵ do país. A CEDH exige a presença de um tempo de guerra ou de outra emergência pública que ameace a subsistência do país.

Muitos autores e organismos de defesa dos direitos do Homem têm defendido a inclusão do DPE na lista dos direitos que estão imunes à suspensão durante situações de emergência.¹⁶ Quer a Corte Interamericana de Direitos Humanos quer o Comité das Nações Unidas dos Direitos do Homem (constituído sob o ICCPR) têm desenvolvido consideráveis esforços nas suas interpretações e decisões para conferir ao DPE um estatuto mais protegido durante situações de emergência.

O tratamento das situações de emergência presente nas três convenções distingue simplesmente entre situação de emergência versus situação de não-emergência. Creio que esta singela dicotomia é perigosa e que conseguiremos raciocinar melhor acerca dos direitos do Homem e períodos de emergência se utilizarmos quatro em vez de duas categorias. Distingo entre *períodos de normalidade*, *períodos conturbados*, *situações de emergência grave* e *situações de emergência extrema*. Estas quatro categorias são apresentadas como tipos ideais, sendo certo que reconheço que a realidade é frequentemente mais confusa do que o sugerem as categorias puras. Valeria no entanto a pena –embora seja difícil– desenvolver e argumentar em favor de uma perspectiva normativa detalhada sobre quais os tipos de

¹⁴ A afirmação de que as três convenções sujeitam os DPE's a suspensão deverá ser completada pelo facto de que o direito à vida nas três convenções é formulado de forma a exigir que a pena capital apenas seja aplicada “na sequência de uma sentença final pronunciada por um tribunal em conformidade com lei penal anterior”. O objectivo deste artigo é proibir as execuções sumárias. Além disso, também sugere um outro princípio interessante, o de que o DPE é tanto mais imperativo quando estiverem em jogo os mais essenciais dos interesses e direitos.

¹⁵ **Convenção Americana sobre a Protecção dos Direitos Humanos**, Art. 27,

<http://www1.umn.edu/humanrts/oasinstr/zoas3con.htm>

¹⁶ Ver **J. ORAA**, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, 1992.

medidas admissíveis durante os períodos de não normalidade, mas nesta sede tais medidas serão apenas esboçadas. A regra de que não deve haver suspensão de direitos excepto na “na estrita medida do exigido pela situação” aplica-se às quatro categorias.

Os *períodos de normalidade* são aqueles durante os quais um país não enfrenta problemas graves e excepcionais. Os problemas que persistem são natureza perene, tais como o crime, o desemprego, a inflação, a desigualdade, o preconceito, e o descontentamento político, não atingindo estes problemas níveis críticos. Acresce a inexistência de situações de emergência graves no interior do país, pese embora possam ocorrer cheias, furacões, recessões e ondas de crime. O país poderá estar envolvido em guerras de pequena escala e em operações de manutenção da paz noutros países mas não atravessa períodos de guerra na frente doméstica nem situações de insurreição. Por exemplo, os Estados Unidos atravessavam um período de normalidade no ano de 1999. A guerra na Jugoslávia e a actuação da NATO no Kosovo tinham um reduzido impacte doméstico e os Estados Unidos ainda não tinham passado pelo ataque ao USS Cole em 2000 nem pelos ataques a Nova Iorque e Washington em Setembro de 2001. Durante os períodos de normalidade os direitos humanos vigoram sem restrições. A situação não supõe qualquer exigência que torne imperativa a restrição dos direitos fundamentais.

Em segundo temos os *períodos conturbados*. Em tais períodos, o país acumula os problemas dos períodos de normalidade com uma frente de guerra no exterior, ocasionais ataques terroristas (com dezenas ou centenas de vítimas), distúrbios domésticos ou com a tentativa de recuperação de uma catástrofe natural ou de um acidente industrial. Catástrofes naturais como o furacão *Katrina* são susceptíveis de gerar períodos conturbados através do seu impacto político ou económico. Uma suspensão generalizada de direitos não é proporcional aos períodos conturbados, mas ordens temporárias de recolher obrigatório ou restrições de movimentos nas áreas afectadas poderão ser necessárias durante períodos curtos. A segurança poderá ter de ser incrementada num número considerável de zonas.

Em terceiro existem as *situações de emergência grave*. Estas envolvem uma guerra de proporções consideráveis em território nacional, uma rebelião armada ou ataques terroristas frequentes e graves. O artigo 15 da CEDH fala de “guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação”. Esta redacção não é muito clara, pese embora a referência à guerra e à ameaça à vida de um país sugerirem que a situação em causa deve ser bastante grave; que

o nível de perigo e de danos é equivalente ao que ocorre durante um período grave de guerra. Existem diversos requisitos que estão na origem uma situação de emergência ou lhe conferem uma natureza grave. Estes incluem: (1) A ameaça ou os danos são consideráveis: os danos reais ou potenciais sofridos pelos residentes ou pelas instituições de um país são muito graves, incluindo perda de vidas em grande escala; (2) o perigo ou os danos não se confinam a uma pequena área mas abrangem vastas áreas do (se não mesmo todo o) país; (3) a ameaça à e os danos na vida económica do país e prestação de serviços essenciais é grande; e (4) a actuação dos organismos encarregues da manutenção da ordem e da protecção das fronteiras revela-se insuficiente para estancar o perigo e os danos.¹⁷ A estes requisitos devemos juntar o princípio de que, caso a emergência seja causada por uma ameaça e não por um acontecimento real, a concretização da ameaça deverá ser considerada, com base num juízo prudente e razoável, altamente provável e não meramente possível. A fronteira entre períodos conturbados e situações de emergência grave é extremamente importante de um ponto de vista político e legal e estes requisitos constituem uma tentativa de traçar esta fronteira. Em situações de emergência grave, os direitos derogáveis poderão ser restringidos ou mesmo genericamente suspensos em caso de absoluta necessidade, mas o mesmo já não pode suceder com os direitos não-derrogáveis.

Em quarto e último lugar existem as *situações de emergência extrema* (ou “situações de emergência extremamente graves”), as quais ameaçam literalmente a sobrevivência de um país na sua independência e integridade.¹⁸ Casos como o de uma guerra de grandes proporções ou uma insurreição na frente interna que causem morte e destruição em larga escala. Em muitas áreas as instituições políticas e económicas não funcionam ou apenas funcionam a níveis mínimos. As tensões de ordem política e económica são muito grandes e existe o risco sério de que a guerra ou insurreição termine numa derrota desastrosa. Por exemplo, a Grã-Bretanha atravessou um período de emergência extrema durante os piores anos da II Guerra Mundial. Uma vez que as situações de emergência extrema podem dar azo a restrições graves de muitos direitos do Homem, bem como a violações intencionais das convenções sobre conflitos armados, é imperativo tentar definir de forma cuidadosa o que

¹⁷ Ver **C.E.D.H.**, *Caso Grego*, 18 de Novembro de 1969, 1969; *Lawless v. Ireland*, 1961. Ver também **O. GROSS e F. NI AOLAIN**, “From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, 2001, pp. 625-649.

¹⁸ Sobre o conceito de situação de emergência extrema ver **M. WALZER**, *Just and Unjust Wars*, Basic Books, 1977; **J. RAWLS**, *The Law of Peoples*, Harvard, 1999.

sejam situações de emergência extrema e que medidas permitem. Este tema tem suscitado um vivo debate entre filósofos e teóricos da ciência política.¹⁹

Se utilizarmos as quatro categorias acima sugeridas para classificar países como a França, a Espanha, o Reino Unido e os Estados Unidos, os quais sofreram ataques terroristas entre 2001 e 2006, a conclusão mais plausível é a de que, embora as ameaças e a concretização de ataques terroristas sujeitem estes países a situações de emergência grave durante períodos curtos, sucedem-se-lhes períodos conturbados e não situações prolongadas de emergência nacional grave.²⁰ Reconheço evidentemente que, em finais de 2001, não era previsível que ataques terroristas não continuassem a ocorrer com regularidade nos Estados Unidos, sendo certo que não sabemos o que o futuro reserva. De todo o modo, não ocorrendo uma situação de emergência grave, as três convenções não permitem a estes países suspender o DPE. Os padrões impostos pelos direitos do Homem aplicam-se sem restrições durante períodos de normalidade e conturbados. O reconhecimento da categoria dos períodos conturbados ajuda-nos a manter uma atitude crítica relativamente à duração dos períodos de emergência grave.

III. Detenção sem julgamento na guerra ao terror

A presente secção aborda a justificação para os governos porem de lado o DPE na luta contra o terrorismo. A secção seguinte debate a detenção sem apresentação a julgamento nos Estados Unidos.

Um aspecto que causa perplexidade nas situações de emergência decorrentes do terrorismo ou do tempo de guerra é o de levarem à detenção de suspeitos terroristas, os quais são capturados pelas forças militares ou por unidades de operações especiais e não pelos organismos domésticos usualmente encarregues da manutenção da ordem. Tais detidos não se encaixam necessariamente nos sistemas vulgarmente utilizado para lidar com os suspeitos da prática de crimes, nem poderão ser facilmente considerados prisioneiros de guerra, dado considerar-se que os terroristas não se encontram envolvidos num conflito que respeite as leis

¹⁹ Ver **D. STATMAN**, “Supreme Emergencies Revisited”, e a bibliografia aí citada; *ETHICS*, 2006.

²⁰ Ver *e.g.*, **B. ACKERMAN**, “The Emergency Constitution”, *YALE L.J.*, 2004. Ackerman afirma que “existem indubitavelmente períodos durante os quais uma sociedade política se debate com a sua própria sobrevivência. No entanto a minha tese central é a de que não vivemos num desses períodos. O terrorismo -tal como o demonstrou o ataque às Torres Gémeas- não origina uma ameaça real, pelo menos nas democracias consolidadas do Ocidente”.

e costumes da guerra. Os soldados inimigos que sejam capturados e que estejam envolvidos num conflito que respeite as leis e costumes da guerra não são em regra considerados criminosos. Mas os terroristas não usam uniformes nem exibem abertamente as suas armas e por esta razão são por vezes descritos como “combatentes que não respeitam as leis e costumes da guerra”.

À luz do Direito Internacional Público é admissível a detenção sem apresentação a julgamento de soldados inimigos capturados. Por exemplo, as Convenções de Genebra permitem a detenção de prisioneiros de guerra até ao fim das hostilidades, tendo em vista neutralizá-los e impedir que voltem a participar no esforço de guerra. Mesmo assim, estes prisioneiros têm direito a um qualquer tipo de reapreciação administrativa no que respeita aos motivos que levaram ao seu aprisionamento. Os motivos que permitem a detenção sem julgamento de soldados inimigos em tempo de guerra incluem os custos e as dificuldades de submeter a julgamento milhares de prisioneiros de guerra, o facto de os detidos não serem geralmente acusados da prática de nenhum crime e a natureza temporária da sua detenção. Se os combatentes são efectivamente acusados da prática de crimes e não simplesmente detidos até ao final das hostilidades, deverão na maioria dos casos ser submetidos a julgamento ou a tribunal marcial, beneficiando de todas as garantias decorrentes do processo equitativo. A Convenção de Genebra permite “uma maior flexibilidade no julgamento de indivíduos capturados no decurso de conflitos armados; os requisitos impostos têm uma natureza geral, pensada para acomodar um conjunto variado de sistemas legais. Mas trata-se em qualquer caso de *requisitos*”.²¹ A Convenção de Genebra exige que os suspeitos de combaterem sem respeito pelas leis e costumes da guerra sejam tratados como prisioneiros de guerra até que o seu estatuto tenha sido decidido por um “tribunal competente”.²²

O assunto que importa aqui discutir não respeita aos combatentes capturados numa zona de guerra fora do território nacional. Tais pessoas são usualmente abrangidas pelas disposições da Convenção de Genebra. A questão é antes a de saber se os direitos do Homem permitem a detenção sem apresentação a julgamento de pessoas suspeitas da prática do terrorismo e que não tenham sido capturadas perto de nenhuma zona de guerra. Após os ataques de 9/11, os Estados Unidos mantiveram presos sem julgamento pessoas que haviam sido detidas no interior do país. Um exemplo é Jose Padilla, nascido em Brooklyn numa

²¹ *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S.Ct. 2749, 2006.

²² Ver 1949 Convenção de Genebra III e IV, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/CONVPRES?OpenView>

família porto-riquenha. Padilla converteu-se ao Islão e viajou pelo Egípto, Arábia Saudita, Afeganistão, Paquistão e Iraque. De regresso aos EUA em 2002, Padilla foi detido no aeroporto de Chicago e inicialmente mantido sob custódia na qualidade de testemunha essencial. Suspeito de planear a explosão nos EUA de uma “bomba contendo material radioactivo”, foi subsequentemente considerado um combatente inimigo e detido sem acusação ou apresentação a julgamento num brigue militar na Califórnia do Sul. O caso de Padilla será discutido com maior detalhe na Secção IV.

A detenção sem apresentação a julgamento de combatentes capturados em zonas de guerra levanta em muitos casos questões complexas de justiça, mas não constitui qualquer ameaça significativa ao sistema interno de DPE.²³ No entanto, um caso como o de Padilla já constitui uma ameaça, uma vez que se trata de um cidadão detido no interior do território nacional. O perigo nos países democráticos não é o de que todo o sistema de julgamentos e o DPE sejam abandonados. É antes o da criação de uma segunda forma de actuação com poucas ou nenhuma garantias processuais, aplicável às pessoas que se pensa constituírem uma ameaça à segurança nacional. Possivelmente a pior consequência será a de agentes governamentais conduzirem uma “guerra suja” contra grupos escolhidos de cidadãos ou residentes.

Uma forma de actuação especial fundada em razões de segurança nacional poderá começar por uma detenção irregular, processar-se em larga medida fora do escrutínio público e envolver desaparecimentos e prisões especiais. Nesta forma de actuação os métodos de interrogatório utilizados poderão ser suficientemente duros ao ponto de se aproximarem da tortura ou constituírem mesmo tortura, os indivíduos poderão ser mantidos incomunicáveis sem acesso ao *habeas corpus* ou a outras formas de controlo judicial e sem a garantia de serem de um julgamento célere. É a emergência e a institucionalização deste tipo de sistemas que mina o princípio da legalidade e constitui uma ameaça à segurança dos cidadãos e residentes.

²³ Nem todos os detidos poderão beneficiar do DPE na sua totalidade. Quando um indivíduo se encontra sob custódia na qualidade de “combatente inimigo” o governo pode sustentar que o prisioneiro não foi detido no âmbito de um “processo criminal” tal como é definido pela Quinta e Sexta Emendas. Portanto, estes prisioneiros não beneficiam do mesmo DPE que o atribuído a um prisioneiro detido no âmbito de um processo criminal. No entanto, o Tribunal Supremo tem defendido que “o processo equitativo exige que um prisioneiro detido nos Estados Unidos na qualidade de combatente inimigo beneficie de uma real hipótese de contestar os factos que serviram de base à detenção perante um decisor neutral”. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 509, 2004.

Em situações nas quais os funcionários governamentais acreditam que o detido constitui um perigo grave mas duvidam que se encontre reunida a prova necessária para obter uma condenação, a hipótese de prolongarem a detenção por um período largo sem apresentação a julgamento pode tornar-se particularmente atractiva. A detenção sem apresentação a julgamento permite neutralizar a pessoa sem correr o risco de, ao apresentá-la a julgamento, a mesma ser ilibada e libertada.

A detenção sem apresentação a julgamento é frequentemente justificada como constituindo uma espécie de quarentena, uma forma de impedir que uma pessoa perigosa continue a fazer mal. Poder-se-á argumentar que, ao impormos algo equivalente a prisão domiciliária a uma pessoa que se descobre sofrer de uma doença perigosa e contagiosa, não pensamos que a apresentação a julgamento seja necessária. Se uma lei prescrever a quarentena para os portadores de certas doenças infecciosas e se um médico determinar que a pessoa sofre de uma doença e que a mesma é contagiosa, então os serviços de saúde poderão ordenar e supervisionar que essa pessoa seja posta em quarentena. E nenhuma garantia processual é disponibilizada.

Mais análogo à detenção por um período prolongado e sem apresentação a julgamento de um suspeito de terrorismo seria a prática de enviar leprosos para longínquas e isoladas colónias de leprosos. (Esta prática encontra-se actualmente largamente abandonada por se ter descoberto que a lepra –doença de Hansen– não é tão contagiosa como em tempos se pensou e pode ser tratada com antibióticos). A quarentena numa colónia de leprosos constitui uma privação de liberdade de tal modo prolongada e abrangente que, havendo a possibilidade significativa de erro no diagnóstico da lepra, justificaria a existência de um qualquer mecanismo de reapreciação da decisão de enviar uma pessoa para uma colónia de leprosos. Se a pessoa está sujeita a ser detida por um período prolongado ou submetida a quarentena e havendo um número significativo de falsos positivos na selecção do tipo de detenção ou quarentena em questão, terá então de existir um qualquer processo de reapreciação da detenção ou quarentena por uma segunda entidade.

A. O argumento das três opções

Quando os suspeitos de terrorismo são capturados, ficam por vezes sob detenção das respectivas autoridades sem que seja deduzida acusação em virtude de estas ainda não terem

reunido provas suficientes que permitam justificar a detenção perante um juiz. O governo não quer que os suspeitos sejam libertados por receio de que estes tenham oportunidade de pôr em prática os seus planos. Uma vez que a maioria dos direitos do Homem não são absolutos e uma vez que a segurança pessoal é em si uma importante base para outros direitos do Homem, não se pode simplesmente rejeitar a hipótese de detenção sem apresentação a julgamento. Um argumento favorável à detenção sem apresentação a julgamento, o qual designo por “argumento das três opções”, assenta em quatro premissas.

A primeira premissa sustenta que, na sequência da sua detenção, um suspeito terrorista apenas pode ser tratado de três formas: (1) libertado; (2) apresentado a julgamento; ou (3) detido sem julgamento por um período prolongado.

A segunda premissa afirma que a primeira opção (libertar o suspeito) comporta um risco inaceitável. Se o governo estiver correcto em acreditar que o suspeito se encontra envolvido em actividades terroristas, a libertação deste acarreta sérios riscos para a segurança pública caso a pessoa retome a prática de actos terroristas.

A terceira premissa é a de que a segunda opção (apresentar o suspeito a julgamento) acarreta igualmente riscos inaceitáveis. Estes são os casos em que os governos temem que as provas reunidas sejam insuficientes para obter uma condenação em tribunal. Deste modo, uma acusação formal poderá conduzir à libertação do suspeito, acarretando prejuízos graves para o país se a pessoa retomar as actividades terroristas. E caso a pessoa seja condenada, sê-lo-á frequentemente com base em acusações menores, tais como a violação de leis da emigração, com a consequente prisão por períodos curtos. Por outro lado, levar o suspeito a julgamento também pode arrastar a exposição dos agentes infiltrados do governo ou de outras fontes de recolha de informação. Por fim, caso o interrogatório do suspeito ou de testemunhas tenha envolvido a utilização de tortura ou de práticas próximas desta, a participação de qualquer deles no julgamento e a divulgação destes factos arrisca-se a ser uma fonte de embaraço para o governo.

A quarta premissa é a de que a terceira opção não acarreta riscos comparáveis. A detenção da pessoa por um período prolongado sem apresentação a julgamento elimina qualquer risco de que aquela retome as actividades terroristas.

Se apenas existem três opções e as primeiras duas, ao contrário da terceira, implicam

riscos inaceitáveis, então será a terceira a melhor opção. O argumento conclui que a detenção por longos períodos sem apresentação a julgamento é a melhor opção para proteger a sociedade de suspeitos terroristas quando haja dúvidas de que as provas disponíveis sejam suficientes para obter uma condenação por crimes graves.

Uma objecção a este argumento é a de que a primeira premissa é falsa, uma vez que existem mais do que três opções. Uma opção adicional é a de reduzir ou eliminar a necessidade de detenção ao facilitar a tarefa do governo na condenação de suspeitos de terrorismo trazidos a julgamento. Isto poderia ser obtido permitindo que os agentes encarregues da manutenção da ordem pudessem desencadear mais facilmente actividades de vigilância. Outra forma de o obter é através da aprovação de leis especiais de combate ao terrorismo que facilitem a condenação de indivíduos que participem em planos terroristas ou que pertençam a associações terroristas. Poder-se-ia igualmente instituir tribunais especiais para julgar os acusados da prática de terrorismo, nos quais não seriam concedidas algumas das garantias do processo equitativo. O Supremo Tribunal dos Estados Unidos admitiu que “os processos que envolvam combatentes inimigos possam ser configurados de forma a mitigar o seu potencial excepcional para sobrecarregar o Executivo em períodos de conflito militar em curso. Boatos, por exemplo, poderão ter de ser aceites como o meio mais seguro de prova de que o Governo dispõe em tais processos”. É igualmente admitido que “uma vez que o Governo apresente provas credíveis de que o requerente de *habeas* preenche os critérios do inimigo-combatente, deverá recair sobre o requerente o ónus de refutar as provas apresentando provas mais convincentes em como não é abrangido pelos critérios”.²⁴ Uma abordagem diferente tenta tornar a detenção sem apresentação a julgamento menos objectável, lançando mão de meios mais moderados de controlo como a prisão domiciliária ou as pulseiras electrónicas. Estas medidas poderão ser úteis em alguns casos, mas não resolvem inteiramente o problema.

Uma objecção à segunda premissa é a de que os perigos associados à libertação de suspeitos de terrorismo são idênticos aos da libertação de perigosos suspeitos da prática de crimes por impossibilidade de condenação em tribunal. Se o argumento das três opções fosse correcto, enfraqueceria a protecção concedida pelo processo equitativo no que respeita a todas as pessoas que se pense que provavelmente irão cometer crimes graves caso sejam

²⁴ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 533–34, 2004.

libertadas. Para que esta preocupação tenha especial peso no caso de suspeitos de terrorismo, teremos de estar convencidos que, uma vez libertados, os danos que causarão excedem largamente os que seriam causados por criminosos vulgares que não chegam a ser condenados em tribunal. Ora isto está longe de ser óbvio. Em primeiro, na sequência da sua libertação, os suspeitos de terrorismo estarão certamente sujeitos a apertadas medidas de vigilância policial, quer para protecção da sociedade, quer na esperança de que conduzam a polícia a outros membros da rede terrorista. A probabilidade de vigilância também levará a que os outros terroristas se mantenham afastados. Em segundo, mesmo depois de libertos os suspeitos não gozarão da confiança dos outros terroristas, por receio de que a sua liberdade tenha sido obtida em troca de terem mudado de lado e de se terem tornado informadores.

Uma outra objecção a este argumento assenta na refutação da quarta premissa, afirmando que a detenção sem apresentação a julgamento também comporta graves riscos para a segurança pública. Comporta o risco de debilitar as protecções contra abusos do Estado providenciadas pelo DPE. O abandono das protecções concedidas pelo processo equitativo põe em risco protecções que nos são caras a todos. A criação de uma forma de actuação especial para os acusados de constituírem uma ameaça para a segurança nacional, na qual a maioria das protecções concedidas pelo processo equitativo não se encontra disponível, origina graves riscos para a segurança das pessoas. Caso esta objecção se afigure fundada, então nenhuma das três opções protege a segurança pública.

Uma última objecção é a de que a nossa forma de actuação não pode ser exclusivamente guiada por considerações de ordem pública. A detenção por longos períodos sem apresentação a julgamento apresenta as características de uma punição sumária. Aumenta consideravelmente o perigo de encarcerar pessoas que não são nem perigosas nem culpadas da prática de nenhum crime. Estimar o grau de perigosidade da pessoa revela-se, no fim de contas, algo extremamente difícil.

B. O argumento da reavaliação de prioridades

Um outro argumento favorável à detenção sem apresentação a julgamento é o “argumento da reavaliação de prioridades”. A sua ideia fundamental é a de que, em períodos de emergência grave, as pessoas desvalorizam a importância da liberdade e da justiça. As condições de emergência poderão ser suficientemente críticas para que uma pessoa razoável,

pelo menos temporariamente, reavalie as suas prioridades em favor de uma maior preocupação com a segurança – a preocupação de proteger a própria vida e saúde. Se esta reavaliação ocorre na mente de pessoas razoáveis, então um legislador imparcial poderia razoavelmente orientar-se pela mesma reavaliação ao decidir quais os direitos que são imunes a uma suspensão.

Ajudará o Argumento da Reavaliação de Prioridades a justificar a detenção por longos períodos sem apresentação a julgamento de suspeitos de terrorismo, em situações de emergência grave? Uma razão para duvidar que assim seja é a de que, segundo creio, a reavaliação nunca ocorre no que respeita à justiça na distribuição dos bens essenciais. A desvalorização de direitos fundados na justiça não pode ser tida por racional quando os interesses mais valiosos da pessoa estão em jogo. E esta é a razão pela qual as três convenções proibem a aplicação da pena capital sem que processo equitativo seja integralmente respeitado.²⁵ Para dar outro exemplo, em situações de catástrofe natural os cidadãos estarão preocupadas que a ajuda essencial do governo seja distribuída de forma justa por pessoas e bairros. Assim sendo, a preocupação com uma justa distribuição das medidas que protegem as pessoas dos abusos graves do Estado relativamente ao sistema de justiça criminal pode sobreviver à Reavaliação de Prioridades.

Uma razão conexa para acreditar que o DPE sobrevive à Reavaliação de Prioridades é a circunstância de aquele constituir em si mesmo uma protecção da segurança. Relembre-se que uma das principais justificações para o DPE tinha a ver com a protecção da vida, liberdade e propriedade contra abusos do Estado. Pelo que o compromisso é entre segurança e segurança, e não entre segurança e justiça. Relembre-se também que uma das objecções ao Argumento das Três Opções supra era o de que a terceira opção, detenção por período prolongado sem apresentação a julgamento, ameaçava a segurança pública ao pôr em causa protecções concedidas pelo processo equitativo e fruto de uma árdua conquista ao longo da

²⁵ Ver, *e.g.*, **Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos**, Art. 6, <http://www.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>. O artigo 6 § 2 estatui que “[n]os países onde a pena de morte não foi abolida, uma sentença de morte só pode ser pronunciada para os crimes mais graves em conformidade com a legislação em vigor no tempo em que o crime foi cometido e que não deve estar em contradição com as disposições do presente Pacto nem com a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Esta pena não pode ser aplicada senão em virtude de um juízo definitivo pronunciado por um tribunal competente”. Ver também, **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos**, Art.4, <http://www1.umn.edu/humanrts/oasinstr/zoas3con.htm>, cujo artigo 4, secções 2–6 dispõe que “[n]os países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento da sentença final do tribunal competente [...]. Toda a pessoa condenada à morte tem direito a solicitar amnistia, indulto ou comutação da pena”.

História.

Mesmo assim, o cidadão comum não receará grandemente ser considerado suspeito de terrorismo. Alguns dirão mesmo não ficar incomodados se o Estado decidir restringir ou suspender o DPE de suspeitos de terrorismo. O cidadão respeitador da lei dificilmente se convence que possa ser confundido com um criminoso e muito menos com um terrorista. Não se apercebe por isso que proteger o processo equitativo e outros direitos dos acusados de terrorismo contribui em muito para a protecção da segurança dos cidadãos comuns. Mas o argumento da protecção da segurança pelo DPE deixa-o indiferente. Esta indiferença refere-se em especial aos detidos não-residentes, mas igualmente aos cidadãos detidos que aparentemente estejam implicados no terrorismo. Esta perspectiva constitui uma barreira prática considerável à manutenção do DPE durante situações de emergência e períodos conturbados. Na sua base não está necessariamente o egoísmo, uma preocupação apenas com o bem-estar próprio. Frequentemente explica-se em razão de uma empatia limitada, da predisposição para desvalorizar as queixas de pessoas que aparentam ser ameaçadoras ou estranhas. Uma forma de responder a este tipo de preocupações é procurando persuadir o cidadão comum de que o risco de erros na detenção e acusação de terroristas é real e que estes erros têm consequências graves e que alguns dos cidadãos cumpridores da lei estão expostos a estes riscos. A melhor forma de persuasão pode passar por relatos convincentes que ilustrem a forma como diferentes pessoas estariam em risco se o Estado pudesse deter e punir sem submissão prévia a julgamento e sem intervenção de garantias processuais. Mas tais tentativas de persuasão também necessitam de invocar razões de justiça que relembram às pessoas que um dos principais motivos para a existência do DPE é o de evitar graves injustiças.²⁶

IV. Processo equitativo e a guerra ao terror nos E.U.A.

A presente secção aborda os temas tratados de forma abstracta nas secções anteriores discutindo a questão da detenção sem apresentação a julgamento nos Estados Unidos durante a “Guerra ao Terror”.

²⁶ Ver **R. DWORKIN**, “Terror and the Attack on Civil Liberties”, *New York Review of Books*, Vol. 50, 6 Nov. 2003, http://www.nybooks.com/articles/article-preview?article_id=16738; **J. WALDRON**, “Security and Liberty: The Image of Balance”, *Journal of Political Philosophy*, 2003, pp. 191-210; **D LUBAN**, “Eight Fallacies about Liberty and Security”, em **R. WILSON**, *Human Rights in the War on Terrorism*, Cambridge, 2005, pp. 243-245.

A. Conceptualização do problema do terrorismo

Depois de sofrer um ataque surpresa, da magnitude do que ocorreu nos Estados Unidos em 11 de Setembro de 2001, um governo tem de avaliar a situação, analisar natureza e as acções dos seus inimigos e diagnosticar os problemas que conduziram ao e resultaram do ataque. Quando os múltiplos problemas são identificados, cada um proporcionará uma perspectiva parcial da situação e de como lidar com a mesma. Depois dos ataques de 11/9, o governo dos Estados Unidos identificou diversos problemas, entre os quais a real possibilidade de novos ataques terroristas, controlo insuficiente das fronteiras e da emigração, controlo deficiente da segurança aérea, informação deficitária sobre os seus inimigos e a sua capacidade e a possível existência de células terroristas entre os estudantes e emigrantes de países muçulmanos.²⁷

Estes diagnósticos mais específicos não impediram, contudo, uma visão global da situação. A visão global da Administração Bush era a de que os EUA se encontravam (1) numa situação de emergência grave que envolvia (2) uma significativa e extensa frente de guerra. Emergência grave é a categoria genérica e guerra é o tipo específico de emergência. Imediatamente após o ataque, o Presidente Bush reuniu-se com o Conselho de Segurança Nacional, sublinhando que os E.U. “estavam em guerra com um inimigo de um tipo novo e diferente” e que o terrorismo tinha de ser eliminado por representar uma ameaça “ao nosso modo de vida”.²⁸ Os ataques de 11/9 podem ter sido encarados como crimes ou como um único ataque de retaliação por parte de radicais islâmicos, mas em última análise a percepção do governo dos E.U. era a de uma guerra de duração prolongada e não a de uma situação de emergência nacional de curta duração.²⁹ Quando em fins de 2001 os E.U. desencadearam a guerra no Afeganistão, a ideia de guerra ao terror deixou de ser uma mera metáfora uma vez

²⁷ A Comissão do 11/9 descobriu que, previamente ao 11/9, o Departamento de Defesa nunca se havia verdadeiramente envolvido no combate à Al-Qaeda. O Serviço de Imigração e Naturalização (ISN) nunca se havia inteiramente debruçado sobre o terrorismo e em vez disso estava mais preocupado com imigrantes ilegais envolvidos na prática de crimes e com processos de naturalização em atraso. A Administração Federal da Aviação (FAA) mostrou falta de preparação para os ataques de 11/9 porque não ocorrera no país nenhum sequestro de aeronaves durante a última década e os explosivos, mais do que qualquer outro tipo de armas, eram vistos como mais mortíferos e prováveis. Ver **NATIONAL COMMISSION ON TERRORIST ATTACK UPON THE UNITED STATES, THE 9/11 COMMISSION REPORT**, W.W. Norton & Co., 2004.

²⁸ **GEORGE W. BUSH**, “Remarks by the President in Photo Opportunity with the National Security Team”, 12 Set. 2001, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010912-4.html>

²⁹ Ver **K. L. SCHEPPELE**, “Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11”, U.P.A.J.CONST.L., 2004.

que uma guerra real estava a ser travada contra os Talibãs e contra os operacionais da Al-Qaeda que os Talibãs abrigavam. Depois de os E.U terem invadido o Iraque em 2003, já ninguém podia negar que o país se encontrava envolvido numa verdadeira guerra. Durante muito tempo, no entanto, Osama bin Laden e a Al-Qaeda eram os alvos principais. A guerra contra a Al-Qaeda era um de um tipo invulgar – o inimigo era um movimento religioso e político e não outro Estado. Quer a duração da guerra, quer a correspondente possibilidade de ataques aos E.U., eram realidades completamente imprevisíveis. No entanto, as guerras no Afeganistão e no Iraque ocorriam a milhares de milhas de distância do território dos E.U. e a partir de 2003 a vida nos E.U. começou a normalizar.

Em especial nas suas fases iniciais, as situações de emergência envolvem a transferência de competências para o poder executivo. O Presidente é dotado da capacidade para actuar prontamente no sentido de melhorar a segurança, impedir novos ataques e melhorar a recolha de informação. Depois dos ataques de 11/9, o Congresso, os tribunais e o povo em geral concederam durante bastante tempo ao Presidente George Bush e à sua Administração uma grande margem de latitude que lhes permitiu a adopção de medidas agressivas de combate ao terrorismo no interior e fora do país. E embora não tivessem ocorrido ataques terroristas nos E.U durante o período 2002-2006, as guerras no Afeganistão e no Iraque, bem como os ataques terroristas na Europa e na Ásia, conferiram plausibilidade à pretensão de que os E.U atravessavam uma grave emergência terrorista e permitiram dotar a CIA e as unidades de operações especiais com um mandato permanente para actuarem.

B. Os detidos pelos E.U. Durante a guerra ao terror

A Guerra ao Terror levanta um conjunto de questões jurídicas, incluindo a segurança das fronteiras e a política de imigração; vigilância electrónica sem mandato, técnicas de interrogatório e o uso de tortura; elaboração de perfis raciais; e o papel da Convenção de Genebra no tratamento de terroristas. A minha preocupação nesta sede continua restrita às questões em torno da detenção sem apresentação a julgamento. Uma das respostas da Administração Bush aos ataques de 2001 a Nova Iorque e Washington foi a adopção de uma política de detenção de suspeitos de terrorismo por largos períodos sem apresentação a julgamento ou outras protecções concedidas pelo processo equitativo, sempre que tal era reputado de necessário para a obtenção de informações úteis ou para a neutralização dos suspeitos terroristas (relembre-se o Argumento das Três Opções). Muitos detidos viram

negado o acesso a aconselhamento jurídico, *habeas corpus* e o direito a um julgamento imparcial. A Administração Bush não procurou em nenhum momento, como o permite o artigo 2 da Constituição, obter a autorização do Congresso para suspender o *habeas corpus*. Esta norma de suspensão prescreve que “[o] Privilégio da Ordem de *Habeas Corpus* não será objecto de suspensão, excepto em Casos de Rebelião ou Invasão quando a Segurança pública o imponha”.³⁰ Acresce que a Administração não declarou o estado de emergência ao abrigo do artigo 4 da ICCPR (da qual é parte contratante).

Pouco depois dos ataques de 11/9, o Departamento de Justiça levou a cabo a investigação e prevenção do terrorismo doméstico através de detenções, interrogatórios e, em muitos casos, deportações –na maioria dos casos de pessoas muçulmanas do sexo masculino– que se pensava terem informações sobre o ou ligações ao terrorismo. Aproximadamente 1.200 pessoas foram detidas ao abrigo deste programa. Uma vez que detenções prolongadas com vista a conduzir uma investigação não são permitidas ao abrigo do Direito dos E.U., a maioria das detenções foi conduzida pelos Serviços de Imigração e Naturalização ou ao abrigo de ordenamentos jurídicos que permitem a detenção de testemunhas essenciais. A grande maioria dos detidos foi presa pelos Serviços de Imigração e Naturalização com base em mandatos emitidos ao abrigo das leis de imigração. A muitas destas pessoas foi negada caução e foram deportadas depois de interrogadas. Outros detidos permaneceram sob detenção na qualidade de testemunhas essenciais, uma vez que isso permitia ao governo mantê-los detidos por um período prolongado sem ter de deduzir uma acusação. E poucos, se é que algum, destes detidos ao abrigo do programa do Departamento de Justiça foram posteriormente acusados por crimes de terrorismo, muitos foram deportados por violações menores da lei da imigração. Quer o *Human Rights Watch*, quer o Inspector Geral do Departamento de Justiça, publicaram posteriormente relatórios nos quais detalhavam os abusos aos quais os detidos haviam sido sujeitos, tais como “detenção prolongada sem acusação, recusa do direito a ser libertado sob caução, interferência no direito ao aconselhamento jurídico e condições injustificadamente duras de detenção”.³¹

³⁰ U.S. CONST., Art. I § 9.2.

³¹ Departamento de Justiça dos E.U., Gabinete do Inspector Geral, “The September 11 Detainees: A Review of the Treatment of Aliens Held on Immigration Charges in Connection with the Investigation of the September 11 Attacks”, <http://www.usdoj.gov/oig/special/0306/index.htm>. Ver também HUMAN RIGHTS WATCH, “U.S. Supreme Court Should Review and Reject Secret Detentions”, 30 Sep. 2003, <http://hrw.org/english/docs/2003/09/30/usdom6409.htm>; American Civil Liberties Union, “Internal Justice Department Report Details 9/11 Detainees' Plight; Arab, Muslim, South Asian Immigrants Languished in Detention for Months”, 2 de Junho de 2003, <http://www.aclu.org/safefree/general/17241prs20030602.html>

O Supremo Tribunal decidiu em *Rasul v. Bush*³² um dos primeiros casos pós-11/9 que envolvia a detenção de imigrantes ilegais. Indivíduos que permaneceram detidos por mais de dois anos na base naval da baía de Guantanamo, em Cuba, sem que alguma vez tivessem sido acusados ou apresentados a tribunal, requereram *habeas* em 2004. Os detidos que propuseram a acção haviam sido todos detidos no estrangeiro. Com base no facto de os E.U. “gozarem de plena e exclusiva jurisdição” em Guantanamo, o Tribunal considerou que “os imigrantes ilegais detidos na base, à semelhança do que sucede com os cidadãos Americanos, gozam do direito de invocar a autoridade dos tribunais federais” ao abrigo da norma de *habeas*.³³ Além disso, como estavam as ser mantidos sob “custódia federal” por um período prolongado de tempo sem que lhes fosse formalmente reconhecido nenhum dos direitos que integra o DPE, assistia-lhe o direito de impugnarem a legalidade da sua detenção.³⁴ Mas também ocorreram detenções de cidadãos. Jose Padilla foi detido nos E.U. ao retornar de uma viagem ao Médio Oriente. Como referido anteriormente, Padilla é um cidadão norte-americano que se converteu ao Islão. Era suspeito de planear a explosão nos E.U. de uma “bomba contendo material radioactivo” e depois de ter sido detido em Maio de 2002 no Aeroporto Internacional O’Hare em Chicago, foi mantido sob detenção sem apresentação a julgamento na qualidade de combatente inimigo numa prisão militar na Carolina do Sul. Em 2005 Padilla foi finalmente acusado de conspirar para a prática de actos terroristas e de apoiar o terrorismo internacional.³⁵ Em 21 de Agosto de 2006, a Juiz de Distrito dos E.U. Marcia Cooke, absolveu-o da acusação de terrorismo, sustentando que a acusação “é plúrima [*multiplicitous*] quando imputa o mesmo crime diversas vezes, em diversos pontos da acusação.” O julgamento de Padilla por um tribunal criminal não-militar encontra-se pendente.³⁶ No caso de Padilla o sistema de justiça parece ter funcionado -vagarosamente e depois de grande litigância- para proporcionar a Padilla um julgamento civil.

Em Abril de 2006, o Supremo Tribunal, numa votação 6-3, recusou a revisão do processo de Padilla, uma vez que ele havia sido transferido do sistema militar pouco tempo antes do seu processo ser apreciado pelo Supremo Tribunal. A Juiz Ruth Ginsburg votou vencida a recusa de reapreciação:

³² *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466, 2004.

³³ *Id.*, 561.

³⁴ *Rasul*, 542 U.S., 483–84.

³⁵ Ver **K. ARENA, T. FRIEDEN and P. HIRSCHKORN**, “Terror Suspect Padilla Charged”, *CNN.COM*, 22 Nov. 2005, <http://www.cnn.com/2005/LAW/11/22/padilla.case/index.html>

³⁶ “Judge Drops Padilla Terror Charge”, *CNN.COM*, 21 de Agosto de 2006, <http://www.cnn.com/2006/LAW/08/21/padilla.charge/index.html>

“Este processo trazido pela segunda vez perante este Tribunal levanta questões ‘de profunda importância para a Nação’ [...]. Terá o Presidente poderes para prender indefinidamente um cidadão norte-americano detido em território dos Estados Unidos e fora do alcance de qualquer zona de combate, com base numa declaração do Executivo de que o cidadão em causa era, ao tempo da sua detenção, um ‘combatente inimigo’? Trata-se de uma questão que foi presente ao Tribunal e que deveria ter decidida há dois anos [...]. Nada do que o Governo fez até agora se destina a retrair-se da afirmação de poder Executivo contra a qual Padilla protesta. Embora o Governo tenha recentemente deduzido acusações contra Padilla num tribunal civil, nada impede o Governo de retomar o caminho inicialmente trilhado e defendido”.³⁷

A opinião do Juiz Anthony Kennedy, em desacordo com a da Juiz Ginsburg e concorrendo no sentido da maioria, sublinhou que a apreciação dos direitos que Padilla “poderia exercer caso retornasse à custódia militar é meramente hipotética e sem qualquer efeito sobre o estado actual do processo”. A opinião do Juiz Kennedy prosseguia no sentido de deixar implícito que o Tribunal se mantinha alerta para chamar a si aquelas matérias “se assim fosse necessário”. Isto poderá ser entendido como um aviso à Administração Bush de que o Tribunal não toleraria táticas evasivas. O Juiz Kennedy também reconheceu que “as pretensões de Padilla levantam questões fundamentais no que respeita à separação de poderes, incluindo a ponderação do papel e função dos tribunais”.³⁹

Outro cidadão detido foi Yaser Hamdi. Diferentemente de Padilla, Hamdi foi capturado no campo de batalha. Ele foi inicialmente capturado no Afeganistão por forças da Aliança do Norte e entregue aos militares norte-americanos. Hamdi foi inicialmente mantido em Guantanamo⁴⁰ mas em Abril de 2002, quando se descobriu que tinha cidadania norte-

³⁷ *Padilla v. Hanft*, 126 S.Ct. 1649, 2006, **J. GINSBURG**, discordando. O primeiro processo de Padilla trazido perante o Supremo Tribunal foi *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U. S. 426, 2004.

³⁹ *Padilla*, 126 S.Ct. at 1649, **J. KENNEDY**, concordando.

⁴⁰ Muitas pessoas suspeitas de terrorismo ou que se suspeitava estarem na posse de informações sobre terroristas foram capturadas pelas forças Americanas no Afeganistão e no Iraque e por unidades de operações especiais. A Administração Bush tratou estes detidos, na maioria dos casos, como combatentes inimigos, aplicando-lhes os processos extrajudiciais para lidar com prisioneiros durante períodos de guerra, mas não a Convenção de Genebra e as protecções que a mesma prescreve para os prisioneiros de guerra. Uma vez que a Administração encarava o mundo como um campo de batalha dos terroristas, tendia a não discriminar entre suspeitos de terrorismo capturados no Afeganistão ou no Iraque e os capturados fora de qualquer zona de guerra. Como forma manter sob prisão e interrogar tais detidos limitando o escrutínio público e com menor risco de um efectivo escrutínio legal, a Administração Bush criou em 2002 o campo de detenção da baía de Guantanamo, na sua base naval em Cuba. Ainda em 2007 os detidos em Guantanamo ascendiam a várias centenas. Algumas destas pessoas serão apresentadas a julgamento, enquanto que outras provavelmente permanecerão detidas sem serem julgadas. Em Setembro de 2006 a Administração Bush revelou que mantinha um programa secreto de prisões do outro lado do oceano e de que estava a transferir pessoas dessas prisões para Guantanamo. Ver *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S.Ct. 2749, 2004, e a Lei da Comissão Militar de 2006, Pub.L. No 109-366, 120 Stat. 2600, 17 de

americana, foi transferido para um brigue da Marinha nos E.U. Embora Hamdi tivesse crescido na Arábia Saudita, nasceu na Louisiana e era portanto um cidadão norte-americano. O governo argumentou que Hamdi era um combatente inimigo e que, como tal, podia permanecer detido por tempo indefinido sem ser informado das acusações que contra si pendiam, sem ter acesso a aconselhamento jurídico ou a um tribunal imparcial. Em *Hamdi v. Rumsfeld*, o Supremo Tribunal decidiu em 2004 que “cidadãos detidos” como Hamdi tinham direito a um processo equitativo e que lhes deveria ser dada uma real possibilidade de, perante um decisor neutral, contestarem a qualificação de combatente inimigo.⁴¹

Nos cinco anos que se seguiram aos ataques de 11/9, a Administração Bush por diversas actuou em violação do DPE e dos valores essenciais que lhe subjazem. Pouco depois do 11/9, quando o país invadiu o Afeganistão em Março de 2003, seria plausível pensar que um número acrescido de detenções sem apresentação a julgamento eram porventura necessárias como meio de obter informação sobre as actividades terroristas e como forma de neutralizar suspeitos de terrorismo, quando o governo não estava seguro de conseguir obter uma condenação em tribunal. Mas mesmo durante aquele período, a Administração Bush não procurou apoio em legislação específica que autorizasse e sujeitasse ao escrutínio judicial frequente as detenções por período prolongado sem apresentação a julgamento de cidadãos e residentes suspeitos da prática de ou do apoio ao terrorismo. Aproveitou-se antes do sistema legal de imigração e da lei sobre testemunhas essenciais para manter as pessoas sob detenção e submetê-las a interrogatórios prolongados. Utilizou instalações *offshore* (Guantanamo) para evitar o escrutínio público e judicial das detenções e dos interrogatórios de suspeitos de terrorismo detidos noutros países. E nunca chegou a oferecer qualquer pedido de desculpa ou compensação às pessoas que por engano foram detidas e sujeitas a interrogatórios e tratamento severos. Em 2003-2006, quando os E.U. atravessavam um período conturbado e não uma situação de emergência grave, a Administração Bush persistiu na utilização doméstica de medidas que iam muito além do “estritamente exigido pelas exigências da situação”.

Na parte final do ano de 2006, a Administração Bush apresentou a Lei das Comissões Militares de 2006 (LCM [*Military Commissions Act*]), a qual respeitava à suspensão do *habeas corpus* e de outros direitos integrados no DPE. Esta legislação entrou em vigor a 17

Out. de 2006.

⁴¹ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 2004.

de Outubro de 2006 e contém disposições incómodas. Permite a utilização de provas obtidas através de tratamento cruel, inumano ou degradante, mas proíbe a prova obtida através de tortura; transfere o ónus da prova relativamente a boatos desabonatórios para arguidos que apenas gozam de direitos limitados para apurar a verdade material; nega aos arguidos acesso a provas confidenciais; permite a pena de morte para crimes dos quais tenha resultado a morte a alguém; e estende a noção de “combatente inimigo que viola os costumes e as leis da guerra” de modo a incluir qualquer pessoa “que tenha intencional e materialmente apoiado actos hostis contra os Estados Unidos ou contra os seus co-beligerantes”.⁴²

A constitucionalidade das disposições da LCM sobre o *habeas* foi confirmada pelo Tribunal de Recurso do Distrito de Colúmbia em 20 de Fevereiro de 2007 no caso *Boumediene v. Bush* (apensação dos processos do detido).⁴³ O Tribunal concluiu que a LCM retira aos tribunais federais a competência para apreciar os requerimentos de *habeas* apresentados por combatentes inimigos em situação ilegal e rejeitou o caso. Resta saber se a constitucionalidade da LCM será levada à apreciação do Supremo Tribunal.

V. Conclusão

Existem razões muito ponderosas para defender o DPE em períodos conturbados e em situações de emergência. Os valores subjacentes de segurança e justiça não perdem a sua relevância e importância durante tais períodos. A criação de uma via especial de prisão e detenção para suspeitos de terrorismo, desacompanhada da maioria dos direitos que integram o DPE, é extremamente perigosa para a segurança da população e para a universalidade das protecções do processo equitativo.

⁴² Ver Lei das Comissões Militares de 2006, Pub.L. No 109-366, 120 Stat. 2600, 17 de Out. de 2006. Ver também **HUMAN RIGHTS WATCH**, “Q & A: Military Commissions Act of 2006”, Oct. 2006, <http://hrw.org/backgrounders/usa/qna1006/usqna1006web.pdf> (descrevendo as matérias e as alterações trazidas pela Lei e os pertinentes problemas que levantam). A legislação também alterou o *habeas* de forma a que “[n]enhum tribunal ou juiz terá jurisdição para ouvir ou apreciar o provimento de um requerimento de um despacho de *habeas* apresentado por ou em nome de um indivíduo em situação ilegal detido nos Estados Unidos, que tenha sido designado pelos Estados Unidos para ser detido como um combatente inimigo ou que esteja a aguardar tal determinação”. 120 Stat., 2636.

⁴³ No. 05-5062, 2007 U.S. App. LEXIS 3682 em *1, 20 de Fev. de 2007.