

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Repensando as derrogações aos
tratados de direitos humanos**
Rethinking derogations from
human rights treaties

Laurence R. Helfer

Traduzido por Gabriela C. B. Navarro

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

Sumário

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

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

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

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

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

Repensando as derrogações aos tratados de direitos humanos*

Rethinking derogations from human rights treaties

Laurence R. Helfer**

Traduzido por Gabriela C. B. Navarro***

Resumo

Vários governos responderam à pandemia de COVID-19 declarando estados de emergência e restringindo as liberdades individuais protegidas pelo direito internacional. Entretanto, muito mais Estados adotaram medidas de emergência do que derogaram formalmente as convenções de direitos humanos. O presente artigo avalia, criticamente, o sistema existente de derrogações aos tratados de direitos humanos. Ele analisa os problemas do sistema, identifica desenvolvimentos recentes que exacerbaram esses problemas e propõe uma série de reformas em cinco áreas –incorporação, engajamento, informação, prazos e escopo.

Palavras-chave: Pandemia de COVID-19; Derrogações de tratados; Estado de emergência.

Abstract

Numerous governments have responded to the COVID-19 pandemic by declaring states of emergency and restricting individual liberties protected by international law. However, many more states have adopted emergency measures than have formally derogated from human rights conventions. This Editorial Comment critically evaluates the existing system of human rights treaty derogations. It analyzes the system's problems, identifies recent developments that have exacerbated these problems, and proposes a range of reforms in five areas - embeddedness, engagement, information, timing, and scope.

Keywords: COVID-19 pandemic; Treaty derogation; State of emergency.

1 Introdução

A pandemia de COVID-19 expôs fraquezas fundamentais em muitas instituições internacionais. Entre elas está o sistema de derrogações, que permite aos Estados restringir, temporariamente, alguns tratados de direitos

* Artigo convidado.

** Professora da Faculdade de Direito e do Human Rights Centre da Universidade de Essex e Codiretora da Essex Transitional Justice Network, de Essex.
E-mail: csando@essex.ac.uk.

*** Harry R. Chadwick, Sr. Professor of Law, Duke University; Co-editor American Journal of International Law. Pelos comentários e sugestões úteis, eu agradeço a Curtis Bradley, Alan Greene, Gerald Neuman, Fionnuala Ní Aoláin, e os participantes da conferência sobre COVID-19 e Direito Internacional Público no Trinity College Dublin School of Law. Olivia Daniels forneceu excelente auxílio de pesquisa. NT: Laurence Helfer é doutor em Direito pela New York University, mestre em Direito pela Princeton University e bacharel em direito pela Yale University. É professor catedrático da Duke University School of Law.
Email: helfer@law.duke.edu

*** Original article published as “Helfer, L. (2021). Rethinking Derogations from Human Rights Treaties. American Journal of International Law, 115(1), 20-40. doi:10.1017/ajil.2020.92.” Artigo original publicado como “Helfer, L. (2021). Repensando as derrogações de direitos humanos. Revista Americana de Direito Internacional, 115(1), 20-40. doi:10.1017/ajil.2020.92.” Gabriela C. B. Navarro é doutora em direito pela Goethe Universität, mestra em direito pela UFSC e bacharela em direito pela UNESP. Atualmente, é professora no Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras. E-mails para contato: gabriela.navarro@ufla.br. Agradeço a Patrícia Perrone Campos Mello e Danuta Calazans pela revisão da tradução.

humanos durante situações de emergência.¹

À primeira vista, o sistema de derrogações parece estar funcionando bem. Quase trinta países notificaram as Nações Unidas, o Conselho Europeu ou a Organização dos Estados Americanos que suspenderam os direitos humanos em um esforço para combater o coronavírus - um número muito maior do que o que foi derogado em resposta a emergências anteriores, incluindo ataques terroristas, conflitos armados, agitação civil e desastres naturais.² Os direitos mais comumente suspensos - liberdade de circulação, reunião e associação - estão intimamente ligados a medidas de controle da pandemia. A maioria das suspensões foi adotada, inicialmente, por um a três meses, e algumas já foram encerradas. Revisando essas informações, alguns estudiosos argumentaram que COVID-19 é um “estado de emergência ideal” - exatamente o tipo de crise que as derrogações de direitos humanos se destinavam a resolver.³

No entanto, a realidade atual desmente essa avaliação otimista. A COVID-19 é um fenômeno global, mas as respostas dos direitos humanos à pandemia têm sido marcadamente diversas. Muito mais países adotaram medidas de emergência do que derogaram os tratados de direitos humanos. Mesmo os Estados que são partes dos mesmos acordos internacionais e enfrentam ameaças semelhantes à saúde pública têm respostas muito divergentes. Muitos governos declararam formalmente estados de emergência; outros estão exercendo poderes extraordinários informalmente. Alguns Estados restringiram, apenas levemente, as liberdades civis e políticas; outros usaram poderes de emergência como pretexto para reprimir a dissidência e reverter uma ampla gama de direitos fundamentais.⁴

Também há variações entre os Estados derogadores. A maioria dos avisos de derrogação são breves declarações simples listando quais direitos foram suspensos e por quanto tempo, e citando leis ou decretos domésticos; apenas alguns Estados ofereceram justificativas mais detalhadas de suas ações. Além disso, até o momento, nenhum tribunal internacional ou órgão de monitoramento avaliou se as derrogações da COVID são necessárias, proporcionais e temporárias. Como, desde então, alguns Estados retiraram ou reduziram as medidas de emergência, muitas suspensões de direitos em resposta à pandemia podem nunca ser revistas.

Os problemas vão além da crise atual e se estendem ao próprio sistema de derrogações de direitos humanos. Embora a COVID-19 tenha desencadeado comentários extensivos sobre esse sistema, a realidade é que apenas três tratados - o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (CEDH) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) - incluem cláusulas derogatórias em operação.⁵ Essas três convenções estão entre os mais antigos e influentes acordos de direitos humanos, e estabelecem tribunais e órgãos de tratados internacionais (doravante “tribunais”) altamente conceituados para monitorar o cumprimento do Estado e julgar as queixas que alegam violações. Contudo, a grande maioria das convenções globais e regionais - incluindo as que protegem os

¹ “Uma derrogação de um direito ou um aspecto de um direito é sua eliminação total ou parcial como uma obrigação internacional”. MCGOLDRICK, Dominic. The interface between public emergency powers and international law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 2, p. 380–429, abr. 2004.

² COGHLAN, Niall. Dissecting Covid-19 derogations. *Verfassungsblog*, 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/dissecting-covid-19-derogations> Acesso em: 15 set. 2021. Para os textos de todos os avisos de derrogação. COUNCIL OF EUROPE. *Complete list of the Council of Europe's treaties*. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354> Acesso em: 15 set. 2021; ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Recent suspensions of guarantees regarding multilateral treaties*. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_suspension_guarantees.asp Acesso em: 15 set. 2021; UNITED NATIONS. *Notificações do Depositário (CNs) pela Secretária Geral*. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/CNs.aspx?cnTab=tab2&clang=en> Acesso em: 15 set. 2021.

³ GREENE, Alan. States should Declare a State of Emergency Using Article 15 ECHR to confront the coronavirus pandemic. *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2020/04/01/states-should-declare-a-state-of-emergency-using-article-15-echr-to-confront-the-coronavirus-pandemic> Acesso em: 15 set. 2021.

⁴ EMMONS, Cassandra. International human rights law and Covid-19 states of emergency. *Verfassungsblog*, 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/international-human-rights-law-and-covid-19-states-of-emergency> Acesso em: 15 set. 2021; SCHEININ, Martin. COVID-19 Symposium: to derogate or not to derogate? *Opinio Juris*, 2020. Disponível em: <https://opiniojuris.org/2020/04/06/covid-19-symposium-to-derogate-or-not-to-derogate> Acesso em: 15 set. 2021.

⁵ Ver nota 50 *infra* (revisão de tratados que contêm cláusulas derogatórias ou protegem direitos não-negociáveis).

direitos econômicos e sociais, a igualdade de gênero e racial e os grupos marginalizados - não inclui cláusulas derogatórias. A ausência de tais cláusulas não impediu, entretanto, que os Estados invocassem poderes de emergência para violar os direitos que esses tratados protegem.⁶

Esse Comentário Editorial identifica e analisa os principais problemas do sistema existente de derrogações de direitos humanos e sugere possíveis reformas. O diagnóstico das falhas do sistema se baseia em uma ampla gama de desenvolvimentos, alguns referentes a derrogações e outros relacionados à legislação internacional de direitos humanos de forma mais geral. As propostas de reforma podem parecer controversas para alguns leitores. No entanto, no presente momento - quando a ONU e organizações regionais estão revendo os mandatos dos tribunais de direitos humanos; quando as instituições internacionais enfrentam desafios do populismo nacionalista e ameaças ao Estado de direito;⁷ e quando uma pandemia global concentra a atenção para proteção das liberdades individuais diante de ameaças urgentes à sociedade -, repensar as regras para derrogações durante emergências é tanto oportuno quanto essencial.

Na Parte 2 desse Comentário Editorial, introduz-se o sistema existente de derrogações aos tratados de direitos humanos e descreve-se seu funcionamento na prática. Na Parte 3, identificam-se os desenvolvimentos que exacerbaram as falhas de projeto básico nesse sistema. Na Parte 4, identificam-se reformas potenciais em cinco áreas: incorporação, engajamento, informação, prazos e escopo. Na Parte 5, conclui-se brevemente.

2 Uma visão geral das derrogações ao Tratado de Direitos Humanos

Quando um Estado enfrenta uma ameaça à sua segurança ou sua sobrevivência, a pressão para adotar medidas de emergência - incluindo a suspensão das liberdades individuais que o Estado se comprometeu anteriormente a manter - é muitas vezes esmagadora. Os redatores de três acordos de direitos humanos - o PIDCP, a CEDH e a CADH - estavam cientes desses perigos. Eles reconheceram que as crises fornecem desculpas convenientes para que os governantes expandam seus poderes, desmantelem as instituições democráticas e reprimam os opositores políticos. No entanto, os redatores, também, aceitaram que os governos têm a responsabilidade de proteger seus cidadãos e suas sociedades. Para equilibrar essas preocupações concorrentes, os tratados incluíam cláusulas que autorizavam os Estados a suspender certos direitos durante emergências, enquanto submetiam tais medidas a notificação e monitoramento internacional.⁸

2.1 As razões e o design das cláusulas de derrogação

Várias considerações orientaram a decisão de adotar essas disposições. Em primeiro lugar, “sob o direito internacional geral, em tempo de guerra os Estados não estavam estritamente vinculados a obrigações convencionais, a menos que a convenção contivesse disposições em contrário”; uma disposição explícita do tratado delineando o escopo das suspensões permitidas era, portanto, necessária “para evitar que os Estados derrogassem arbitrariamente suas obrigações em relação aos direitos humanos em tempo de guerra” ou

⁶ ALTO COMISSARIADO PARA OS DIREITOS HUMANOS. *Compilação de declarações por órgãos do Tratado de Direitos Humanos no contexto de COVID-19*. 2020. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/TB/COVID19/External_TB_statements_COVID19.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

⁷ Para uma discussão adicional, ver HELFER, Laurence R. Populism and international human rights institutions: a survival guide. In: NEUMAN, Gerald L. (ed.). *Human rights in a time of populism: challenges and responses*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

⁸ Para análises influentes: CRIDDLE, Evan J. (ed.). *Human rights in emergencies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016; GROSS, Oren; NÍ AOLÁIN, Fionnuala. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006; FITZPATRICK, Joan. Human rights in crisis: the international system for protecting human rights during states of emergency. *The Modern Law Review*, v. 58, n. 2, p. 279-282, mar. 1995.

outras emergências.⁹

Em segundo, os redatores dos tratados duvidavam da capacidade das instituições nacionais de responsabilizar os governos pela violação de direitos individuais. As medidas que os executivos e legisladores adotam em resposta às crises frequentemente infringem as liberdades civis e políticas. No entanto, os juízes, frequentemente, relutam em questionar os órgãos políticos quando as restrições de direitos são contestadas nos tribunais. Os limites domésticos aos poderes de emergência - que exigem proclamação pública e revisão judicial dos decretos de emergência - seriam, assim, insuficientes para garantir que as restrições de direitos fossem compatíveis com o direito internacional.¹⁰

Em terceiro lugar, os tratados incluem limitações, salvaguardas e procedimentos de revisão para dissuadir abusos. O artigo 4 do PIDCP é ilustrativo. Quando uma emergência pública que “ameaça a vida da nação” é oficialmente proclamada, no Artigo 4(1), autoriza-se um Estado a derrogar certas disposições do PIDCP, mas apenas “na medida estritamente necessária pelas exigências da situação”. No Artigo 4(2), acrescenta-se uma restrição adicional: um Estado não pode suspender certos direitos designados como não-derrogáveis, incluindo as proibições de assassinato, tortura e escravidão. No artigo 4(3), exige-se que o país derrogador apresente um aviso ao Secretário-Geral da ONU listando os direitos que suspendeu, as razões de sua suspensão e, posteriormente, a data em que levantará as medidas de emergência. O Secretário-Geral da ONU faz circular essa informação para outras partes do tratado e para o Comitê de Direitos Humanos da ONU (CDH). O CDH, por sua vez, pode rever a derrogação ao examinar as queixas contra o Estado derrogador, analisar os relatórios apresentados por esse Estado e emitir comentários gerais interpretando o PIDCP.

Em suma, a cláusula derogatória reconhece que eventos extraordinários podem exigir restrições temporárias aos direitos humanos que seriam inaceitáveis em outros momentos. Essas disposições permitem aos Estados que enfrentam ameaças internas ou externas “ganhar tempo e margem de manobra legal para os eleitores, tribunais e grupos de interesse enfrentarem crises enquanto sinalizam a essas audiências que os desvios de direitos são temporários e legais”.¹¹ As limitações e salvaguardas aplicáveis às derrogações - e as notificações formais que os Estados devem apresentar - fornecem informações vitais aos grupos de interesse nacionais, membros de tratados e instituições internacionais sobre quais direitos estão suspensos, por qual motivo e por quanto tempo. Munidos dessas informações esses atores podem questionar, - ao menos a princípio - a suspensões de direitos que são demasiadamente amplas, carecem de justificativa adequada, ou ultrapassaram as crises que as geraram.

2.2 Derrogações aos direitos humanos na prática

Durante as últimas seis décadas, mais de cinquenta Estados - incluindo membros do Conselho de Segurança da ONU, grandes nações industrializadas e pequenos países em desenvolvimento - derrogaram, pelo menos, um tratado de direitos humanos. Suas derrogações responderam a uma série de situações de emergência - conflitos armados, guerras civis, insurreições, graves choques econômicos, desastres naturais e, mais recentemente, uma ameaça à saúde pública global.¹² Essas suspensões de direitos podem ser agrupadas em aproximadamente três períodos de tempo.

Durante o primeiro período, desde os anos 50 até o final do século XX, as derrogações se concentraram em alguns poucos Estados, que responderam à agitação civil ou política localizada, e geralmente limitadas

⁹ SIMPSON, A. W. Brian. *Human rights and the end of empire: Britain and the Genesis of the European Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

¹⁰ GROSS, Oren. Chaos and rules: should responses to violent crises always be constitutional? *The Yale Law Journal*, v. 112, n. 5, p. 1011-1134, mar. 2003; RAMRAJ, Victor V. *Emergencies and the limits of legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

¹¹ HAFNER-BURTON, Emilie M.; HELFER, Laurence R.; FARISS, Christopher J. Emergency and escape: explaining derogations from human rights treaties. *International Organization*, v. 65, n. 4, p. 673-707, out. 2011.

¹² Ver fontes do depositário do tratado citadas na nota 2 *supra*.

no tempo e no escopo. Na Europa, as derrogações eram “utilizadas quase exclusivamente por dois países: O Reino Unido [...] em suas relações com a Irlanda do Norte, e a Turquia em suas relações com o Movimento Separatista Curdo na região sudeste do país”.¹³ Nas Américas, o Peru foi de longe o país que mais frequentemente derogou tratados. Suas suspensões de direitos “aumentaram no início dos anos 90, um período de grande agitação interna”, quando o presidente Alberto Fujimori “suspendeu a Constituição, fechou o Congresso e expulsou o Judiciário”.¹⁴ Durante esse período, os tribunais internacionais interpretaram e aplicaram cláusulas derogatórias de tratados para dar ampla liberdade aos governos para decidir se existia uma emergência, ao mesmo tempo em que faziam avaliações mais criteriosas sobre se as suspensões de direitos eram necessárias e proporcionais.¹⁵

Uma mudança ocorreu após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. Numerosos governos responderam à ameaça do terrorismo transnacional declarando estados de emergência e suspendendo liberdades individuais, especialmente restrições à prisão e detenção preventiva. Ao contrário de crises anteriores, porém, esses poderes extraordinários persistiram por anos, criando as chamadas emergências permanentes. No entanto, enquanto muitos países operaram sob estados de exceção *de jure* ou *de fato* durante o período pós-11 de setembro, eles raramente fizeram uso de derrogações para justificar a suspensão de direitos.¹⁶ Apenas o Reino Unido (de 2001 a 2005) e a França (de 2015 a 2017) notificaram derrogações em resposta a ataques ou ameaças terroristas transnacionais, e mesmo nesses países as medidas de emergência persistiram muito tempo depois que as derrogações expiraram.¹⁷ Fora do contexto antiterrorismo, alguns Estados continuaram, como no primeiro período, a derogar em resposta a crises localizadas e temporárias. Ao rever os dois tipos de suspensões, os tribunais ampliaram a divergência entre duas doutrinas jurídicas - por um lado, dando aos governos ampla autoridade para decidir por quanto tempo as emergências persistem, enquanto, por outro, se tornaram cada vez mais céticos em relação às restrições de direitos que eram desproporcionais à ameaça.¹⁸

As medidas de emergência engendradas pela pandemia de COVID-19 diferem em vários aspectos. Por um lado, essas medidas foram adotadas por numerosos governos durante alguns meses em 2020, em resposta a uma ameaça global comum. No entanto, o número de Estados derogadores, quase trinta,¹⁹ é muito inferior aos mais de cem países que impuseram restrições aos direitos individuais relacionadas à pandemia.²⁰

Uma segunda diferença diz respeito ao número e à diversidade dos direitos afetados. Não é surpresa que

¹³ MARINIELLO, Triestino. Prolonged emergency and derogation of human rights: why the European Court should raise its immunity system. *German Law Journal*, v. 20, n. 1, p. 46-71, fev. 2019.

¹⁴ HAFNER-BURTON, Emilie M.; HELFER, Laurence R.; FARISS, Christopher J. Emergency and escape: explaining derogations from human rights treaties. *International Organization*, v. 65, n. 4, p. 673-707, out. 2011. Fora da Europa e das Américas, os Estados PIDCP que têm o maior número de derrogações são Argélia, Israel, Sri Lanka e Sudão. *Id.* em 679.

¹⁵ Ver, por exemplo, COUNCIL OF EUROPE. *Guia sobre o artigo 15 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos: derrogação em tempo de emergência* (31 de dezembro de 2019); CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Habeas Corpus em Situações de Emergência. *Parecer consultivo OC-8/87, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 8 (1987)*.

¹⁶ MASFERRER, Aniceto. *Post 9/11 and the state of permanent legal emergency: security and human rights in countering terrorism*. Berlin: Springer, 2012.

¹⁷ NÍ AOLÁIN, Fionnuala. The cloak and dagger game of derogation, in human rights in emergencies. In: CRIDDLE, Evan J. (ed.). *Human rights in emergencies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 51-54.

¹⁸ COUNCIL OF EUROPE. *Case of a and others v. the United Kingdom*. Application no. 3455/05. 19 February 2009. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/499d4a1b2.pdf> Acesso em: 15 set. 2021.

¹⁹ No início de maio de 2020, doze dos vinte e quatro Estados partes (50%) haviam suspenso as garantias sob a CADH, enquanto dez dos quarenta e sete Estados (21%) haviam derogado a CEDH. Apenas quatorze dos 173 Estados partes (8%) haviam derogado a PIDCP, e todos, exceto dois, haviam também derogado as convenções regionais. COGHLAN, Niall. Dissecting Covid-19 derogations. *Verfassungsblog*, 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/dissecting-covid-19-derogations> Acesso em: 15 set. 2021. Em junho e julho de 2020, Etiópia, Namíbia, Paraguai, Senegal e Tailândia apresentaram notificações de derrogação da PIDCP. Notificações de depósito, nota *supracitada* 2.

²⁰ Os bancos de dados que coletam as restrições relacionadas à pandemia de direitos humanos incluem: COVID-19 Civic Freedom Tracker, em <https://www.icnl.org/covid19tracker>; COVID-DEM Infohub, em <https://www.democratic-decay.org/covid-dem>; e Varieties of Democracy (V-Dem) Pandemic Backsliding Project, em <https://www.v-dem.net/en/our-work/research-projects/pandemic-backsliding>.

a maioria das derrogações em razão da COVID-19 se concentrem na liberdade de circulação, de reunião e de associação. Mas os Estados também restringiram os direitos à liberdade, ao respeito à vida privada e familiar, a um julgamento justo, à proteção da propriedade, à liberdade de expressão e à educação.²¹ Alguns controles advindos da COVID-19 também infringiram direitos não derogáveis - incluindo o direito à vida, a proibição de tortura e tratamento cruel, desumano ou degradante, e trabalho forçado²² - e prejudicaram as obrigações positivas de um Estado em matéria de direitos humanos, incluindo aquelas relacionadas às garantias econômicas e sociais.²³

Uma terceira diferença diz respeito aos governos que invocaram a pandemia como uma desculpa para reprimir dissidências. Muitas dessas violações estão relacionadas à saúde pública - tais como prisões arbitrárias e execuções extrajudiciais durante os *lockdowns* ou censura de informações sobre infecções ou mortes relacionadas à COVID.²⁴ Outras expandem-se muito mais longe e talvez as mais infames sejam as leis de emergência húngaras que dão ao executivo poder de governar, praticamente, sem restrições por meio de decreto.²⁵

Uma última diferença diz respeito à resposta volumosa à COVID-19 de instituições internacionais.

Os 56 procedimentos especiais das Nações Unidas, os 10 órgãos de tratados de direitos humanos da ONU, e os três principais sistemas regionais de direitos humanos [...] lançaram coletivamente mais de 150 declarações sobre o respeito aos direitos humanos durante a pandemia desde o final de fevereiro [2020].²⁶

Algumas dessas declarações enfocam derrogações,²⁷ mas a grande maioria se refere a restrições de emergência dos direitos humanos em geral e a convenções que não incluem cláusulas de derrogação ou suspensão.

Em suma, o uso de derrogações em resposta à COVID-19 é, apenas, uma faceta de um conjunto muito mais amplo de restrições e violações dos direitos humanos durante a pandemia. Para um mecanismo concebido para restringir a suspensão das liberdades individuais durante emergências por meio de divulgação e supervisão internacional, o regime de derrogações parece ter, apenas, um impacto modesto.

3 Problemas com o regime de derrogações existentes

Na Parte 2, forneceu-se visão geral da concepção e do funcionamento das derrogações aos tratados de direitos humanos. Essa parte identifica e analisa os problemas do regime de derrogações.

²¹ COGHLAN, Niall. Dissecting Covid-19 derogations. *Verfassungsblog*, 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/dissecting-covid-19-derogations> Acesso em: 15 set. 2021.

²² DZEHTSIAROU, Kanstantsin. European Convention on Human Rights. *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgoobservers.com/2020/03/27/covid-19-and-the-european-convention-on-human-rights> Acesso em: 15 set. 2021.

²³ THE STATE'S positive obligations under IHRL during the coronavirus outbreak. *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgoobservers.com/2020/04/29/announcement-webinar-the-states-positive-obligations-under-ihrl-during-the-coronavirus-outbreak-5-may> Acesso em: 15 set. 2021.

²⁴ SUN, Nina. Applying Siracusa: a call for a general comment on public health emergencies. *Health & Hum. Rts. Journal*, 2020. Disponível em: <https://www.hhrjournal.org/2020/04/applying-siracusa-a-call-for-a-general-comment-on-public-health-emergencies> Acesso em: 15 set. 2021.

²⁵ GEBREKIDAN, Selam. For autocrats, and others, coronavirus is a chance to grab even more power. *New York Times*, 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/03/30/world/europe/coronavirus-governments-power.html> Acesso em: 15 set. 2021.

²⁶ REINSBERG, Lisa. Mapping the proliferation of human rights bodies' guidance on COVID-19 mitigation. *Just Security*, 2020. Disponível em: <https://www.justsecurity.org/70170/mapping-the-proliferation-of-human-rights-bodies-guidance-on-covid-19-mitigation> Acesso em: 15 set. 2021; ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Res. No. 4/2020: direitos humanos das pessoas com covid-19* (27 de julho de 2020). Disponível em: <https://www.oas.org/en/iCADH/decisions/pdf/Resolution-4-20-en.pdf> Acesso em: 15 set. 2021.

²⁷ Ver, por exemplo: UNITED NATIONS. *Compilation of statements by human rights treaty bodies in the context of COVID-19*. CCPR/C/128/2 (24 de abril de 2020).

3.1 Desenvolvimentos dentro do sistema de derrogações: da origem de uma emergência à revisão internacional

As dificuldades começam quando um Estado enfrenta, pela primeira vez, uma “emergência pública que ameaça a vida da nação”.²⁸ Todos os sistemas jurídicos nacionais estabelecem regras e procedimentos para que os governos respondam a tais crises, inclusive restringindo as liberdades individuais. A maioria dos países dá poder ao Executivo para adotar medidas de emergência, com variações nacionais relacionadas ao grau de envolvimento legislativo, se uma emergência deve ser declarada oficialmente e quando, como e por quem os poderes de emergência podem ser encerrados.²⁹

Entretanto, nenhuma constituição nacional exige que o governo derogue quando suspende as liberdades individuais em resposta a uma crise, e muito menos vincule a legalidade das suspensões à apresentação de um aviso de derrogação.³⁰ No entanto, os Estados podem optar por derrogar o PIDCP ou um tratado regional de direitos humanos. Por exemplo, as democracias estabelecidas que derrogam o fazem

com um objetivo específico em mente: assinalar as restrições de direitos potencialmente impopulares, tornar as más notícias a seu favor e sinalizar aos juízes e aos grupos de interesse domésticos que pressionam pelo cumprimento do tratado que as restrições de emergência são necessárias, temporárias e legais.³¹

Mas a realidade é que as suspensões de direitos emergenciais de todos os tipos de governos são muito maiores do que o subconjunto de suspensões sujeitas a derrogações internacionais.³²

Em seguida, consideram-se as ações dos Estados que derrogam. Em princípio, as notificações devem ser imediatas; mas na realidade, as notificações são frequentemente depositadas semanas ou meses após a adoção de medidas de emergência.³³ Mais preocupante, o conteúdo das notificações tem sido criticado como “muito geral, muito breve e omitindo uma indicação clara dos artigos que foram suspensos”.³⁴ As derrogações ligadas ao coronavírus são uma modesta melhoria a esse respeito. A maioria dos avisos identifica quais direitos foram suspensos, a lei que autoriza sua suspensão e quanto tempo durarão as medidas de emergência. No entanto, essas notificações revelam duas outras falhas - uma falha em explicar “por que a derrogação é necessária nas circunstâncias” e uma suposição de que o atendimento às regras nacionais para medidas de emergência preenche necessariamente os requisitos para a suspensão de direitos sob o direito internacional.³⁵

Outras dificuldades surgem uma vez que um Estado tenha apresentado um aviso de derrogação. Como um relator de direitos humanos da ONU lamentou recentemente, “os depositários de tratados e os órgãos

²⁸ CEDH, Art. 15, 4 de novembro de 1950, ETS 5. Formulações semelhantes aparecem em: CADH, Art. 27, 27 de junho de 1981, 21 ILM 58; e PIDCP, Art. 4, Dez. 16, 1966, 999 UNTS 171.

²⁹ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. The Bound executive: emergency powers during the pandemic. Virginia public law and legal theory research paper No. 2020-52. *Public Law Working Paper No. 747*, 26 de julho de 2020. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3608974> Acesso em: 15 set. 2021.

³⁰ Somente a Armênia faz referência a derrogações em sua constituição. Const. da Armênia, cap. 2, Art. 76 (1995) (rev. 2015) (que prevê a suspensão temporária de certos direitos humanos “sujeitos aos compromissos internacionais assumidos com respeito às derrogações de compromissos em situações de emergência ou durante a lei marcial”). Algumas outras constituições incluem salvaguardas semelhantes às cláusulas de derrogação de tratados, mas não mencionam as derrogações. Ver, por exemplo, Const. da Geórgia, cap. 8, Art. 71(4) (1995) (rev. 2018); Const. do México, cap. 1, Art. 29 (1917) (rev. 2015).

³¹ HAFNER-BURTON, Emilie M.; HELFER, Laurence R.; FARISS, Christopher J. Emergency and escape: explaining derogations from human rights treaties. *International Organization*, v. 65, n. 4, p. 673-707, out. 2011.

³² UNITED NATIONS. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism on the human rights challenge of states of emergency in the context of countering terrorism. *A/HRC/37/52 (28 de fevereiro de 2018)*. (relatório de Fionnuala Ní Aoláin) [doravante Relatório Ní Aoláin].

³³ UNITED NATIONS. *General comment N. 29: states of emergency (article 4)*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).

³⁴ ORÅÅ, Jaime. *Human Rights in States of Emergency in International Law*. Don Mills: Oxford University Press, 1992.

³⁵ COGHLAN, Niall. Dissecting Covid-19 derogations. *Verfassungsblog*, 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/dissecting-covid-19-derogations> Acesso em: 15 set. 2021.

de direitos humanos que monitoram a implementação dos tratados raramente tomaram a notificação como base para um engajamento robusto com os Estados.³⁶ Os depositários, em particular, geralmente veem o processo de notificação como um mero exercício de verificação, registrando e publicando quaisquer informações que o governo forneça.

Na ausência de um mecanismo para engajar Estados derogatórios no momento da notificação, a revisão internacional das suspensões de direitos emergenciais geralmente não ocorre até que uma queixa que as conteste chegue à Corte Europeia de Direitos Humanos (TEDH) ou aos tribunais interamericanos de direitos humanos, ou até que o CDH analise uma petição individual contra um Estado derogatório ou examine seu relatório periódico sob o PIDCP. Devido a longos atrasos nesses processos, vários anos decorrem até que os tribunais possam avaliar a legalidade das derrogações. A revisão frequentemente ocorre muito depois que as medidas de emergência foram levantadas e, em alguns casos - como as derrogações da CEDH ou da CADH que não acionam queixas individuais - nunca chega a ocorrer.³⁷

Apesar desses atrasos, os tribunais internacionais desenvolveram uma extensa jurisprudência sobre derrogações. Dois aspectos dessa jurisprudência são dignos de nota, cada um dos quais aponta para um escopo muito diferente da revisão internacional. O primeiro refere-se aos tribunais, que dão ampla liberdade aos governos para determinar se existe uma emergência pública, para identificar a natureza da ameaça e para moldar uma resposta apropriada.³⁸ Eles também reconhecem que as emergências podem continuar por anos, levando um Estado a estender uma derrogação ou a registrar derrogações em série em resposta à mudança das circunstâncias.³⁹

Uma segunda doutrina diz respeito a restrições às suspensões dos direitos humanos que um Estado pode adotar em resposta a uma crise. Essas restrições são fundamentadas no texto das cláusulas derogatórias, sendo que a mais importante delas permite suspensões de direitos apenas “na medida estritamente exigida pelas exigências da situação”.⁴⁰ As cláusulas também designam certos direitos como não derogáveis, colocando-os fora do alcance de medidas de emergência e implicando um papel mais robusto para os tribunais no policiamento desses limites.⁴¹

Os tribunais têm interpretado essas disposições de forma expansiva. Ao avaliar a necessidade e a proporcionalidade, por exemplo, os tribunais consideram se as suspensões são limitadas no tempo e no escopo, consistentes com os objetivos proferidos pelo governo, se injustificadamente praticam discriminações entre diferentes grupos, se incluem salvaguardas para limitar abusos potenciais, e se a necessidade de uma derrogação foi mantida sob revisão.⁴² Em princípio, essas avaliações são apenas prospectivas; na prática, os tribunais consideram as circunstâncias ou informações que surgiram após a adoção das suspensões,⁴³ e sua

³⁶ Relatório Ní Aoláin, *supra* nota 32, para. 26.

³⁷ ISTREFI Kushtrim; SALOMON, Stefan. Entrenched derogations from the European Convention on Human Rights and the emergence of non-judicial supervision of derogations. *Austrian Review of International and European Law Online*, v. 22, n. 1, p. 5-28, 2017.

³⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Irlanda v. Reino Unido*, App. No. 5310/71, para. 207 (TEDH 1978). “Em razão de seu contato direto e contínuo com as necessidades urgentes do momento, as autoridades nacionais estão, em princípio, em melhor posição do que o juiz internacional para decidir tanto sobre a presença de tal emergência quanto sobre a natureza e o alcance das derrogações necessárias para evitá-la”.

³⁹ Analisando “derrogações em série” pela Colômbia, Israel, Turquia, Venezuela e Reino Unido. HAFNER-BURTON, Emilie M.; HELFER, Laurence R.; FARISS, Christopher J. Emergency and escape: explaining derogations from human rights treaties. *International Organization*, v. 65, n. 4, p. 673-707, out. 2011. Mantendo a detenção sem revisão judicial, com base em uma derrogação arquivada dez anos antes. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Marshall v. the United Kingdom*, dec., No. 41571/98, ECtHR (Fourth Section), 10 July 2001.

⁴⁰ TEDH, *supra* nota 28, Art. 15; CADH, nota 28, art. 15; CADH, nota 28, art. 15; CADH, nota 28, art. 15. 27; PIDCP, *supra* nota 28, art. 4.

⁴¹ As derrogações também não devem violar as outras obrigações de direito internacional de um Estado. *Ver* Parte 3(B) *infra*.

⁴² COUNCIL OF EUROPE. *Guia sobre o artigo 15 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos*: derrogação em tempo de emergência (31 de dezembro de 2019).

⁴³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Irlanda v. Reino Unido*, App. No. 5310/71, para. 207 (TEDH 1978); TZEVELEKOS, Vassilis P. Herd immunity and lockdown: the legitimacy of national policies against the pandemic and judicial self-restraint

revisão se torna “mais rigorosa” quando uma derrogação durar mais tempo.⁴⁴ Alguns tribunais sugerem que os Estados devem responder às crises aplicando limitações ordinárias aos direitos, evitando assim a necessidade de derrogar em primeira instância.⁴⁵ Outros afirmam que os Estados não podem limitar os direitos derogáveis que fornecem “garantias processuais” cuja suspensão “contornaria a proteção de direitos não derogáveis”.⁴⁶

A jurisprudência e os comentários gerais sobre as derrogações permitem, assim, uma ampla deferência dos governos para determinar se existe uma emergência, limitando significativamente as medidas que eles podem implantar para suspender os direitos durante uma crise. O resultado é uma jurisprudência bifurcada que muitas vezes valida a declaração de uma ameaça extraordinária, ao mesmo tempo em que restringe as opções disponíveis para responder a ela.⁴⁷

3.2 Desenvolvimentos fora do sistema de derrogações

Três tendências mais amplas reforçam os problemas criados pelo sistema de derrogações existente: a adoção de numerosas convenções de direitos humanos que carecem de disposições explícitas de suspensão; uma evolução significativa na forma como essas convenções são interpretadas; e as decisões dos tribunais internacionais que ampliam as obrigações dos Estados partes da CEDH, CADH e PIDCP no que diz respeito aos direitos não derogáveis.

Primeiro, a ONU e as organizações regionais adotaram numerosos tratados de direitos humanos ao longo do meio século anterior. Essas convenções enfocam os direitos dos grupos vulneráveis, marginalizados e minoritários; protegem certos direitos de maneira mais detalhada; ou ocasionalmente codificam novos direitos. Amplamente categorizados, esses tratados procuram “fazer mais concreto o foco das [convenções anteriores] em ‘todos’”.⁴⁸ Existe, portanto, um grau significativo de sobreposição entre os direitos protegidos nos acordos de direitos humanos mais recentes e antigos.

No entanto, os instrumentos de direitos humanos mais antigos e mais recentes diferem em sua abordagem a emergências. Apenas quatro novas convenções incluem cláusulas de derrogação, e parecem nunca ter sido invocadas.⁴⁹ Vários outros tratados mais novos - os protocolos opcionais que proíbem a pena capital, bem como as convenções da ONU e regionais que proíbem a tortura e os desaparecimentos forçados - protegem os direitos que são expressamente inultrapassáveis ou exigem o cumprimento mesmo em circunstâncias excepcionais.⁵⁰ Mas a grande maioria dos tratados globais e regionais de direitos humanos - mais de

by the TEDH. *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgeoiservers.com/2020/05/11/herd-immunity-and-lock-down-the-legitimacy-of-national-policies-against-the-pandemic-and-judicial-self-restraint-by-the-TEDH> Acesso em: 15 set. 2021.

⁴⁴ COUNCIL OF EUROPE. *Baş v. Turquia*, App. No. 66448/17, para. 224 (TEDH 2020).

⁴⁵ Comentário Geral nº 29, nota 33 *supra*, para. 5.

⁴⁶ *Id.*, para. 15; Artigo 9 (Liberdade e Segurança da Pessoa). “As garantias processuais que protegem a liberdade da pessoa nunca poderão ser sujeitas a medidas de derrogação que contornem a proteção de direitos não derogáveis”. UNITED NATIONS. *General comment N. 29: CCPR/C/GC/35 (2014)*.

⁴⁷ Entre os estudos especializados sobre derrogações e medidas de emergência, incluem-se Princípios Siracusa sobre a Limitação e Derrogação de Disposições no [PIDCP]. UNITED NATIONS, ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985); LILLICH, Richard. The Paris minimum standards of human rights norms in a state of emergency. *American Journal of International Law*, v. 79, n. 4, p. 1072-1081, out. 1985. Espera-se que a Associação de Direito Internacional emita um relatório sobre o tema. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Committees*. Disponível em: <https://www.ila-hq.org/index.php/committees> Acesso em: 15 set. 2021.

⁴⁸ HANNUM, Hurst. *Rescuing human rights: a radically moderate approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

⁴⁹ Carta Árabe dos Direitos Humanos, Arte. 4, 15 de setembro de 1994; Carta Social Europeia (Revisada), Art. F, 3 de maio de 1996, ETS 163; Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, Art. 19, Fev. 1, 1995, ETS 157; Convenção Europeia sobre a Participação de Estrangeiros na Vida Pública em Nível Local, Art. 9, 5 de fevereiro de 1992, ETS 144.

⁵⁰ Segundo Protocolo Opcional ao [PIDCP] visando a Abolição da Pena de Morte, 15 de dezembro de 1989, 1642 UNTS 414; Protocolo No. 6 à [ECHR] relativo à Abolição da Pena de Morte, 1 de março de 1985, ETS 114; Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, 15 de dezembro de 1989, UN Doc. A/Res/44/144; Convenção

oitenta no total - carece de uma disposição que autorize derrogações ou suspensões durante situações de emergência.⁵¹

Visto de uma perspectiva, esse afastamento das cláusulas de derrogação reflete o desenvolvimento progressivo do direito internacional. De acordo com essa visão, os Estados se tornaram mais dispostos a aderir aos tratados de direitos humanos e mais confortáveis com a revisão pelos tribunais internacionais. Muitos países, também, responderam a situações excepcionais, suspendendo liberdades individuais protegidas tanto no direito interno quanto no direito internacional. No entanto, os Estados se abstiveram de incluir cláusulas derogatórias na maioria das convenções de direitos humanos e ratificaram essas convenções em grande número.

Esse argumento de desenvolvimento progressivo ignora o fato de que todas as disposições derogatórias contêm cláusulas de segurança que limitam as suspensões de direitos emergenciais a “medidas não inconsistentes com outras obrigações [de um Estado] nos termos do direito internacional”.⁵² Formalmente, essas cláusulas de segurança explicitam o que já está implícito - que a derrogação de um Estado a um tratado não diminui seus compromissos sob outros tratados ou o direito internacional consuetudinário.⁵³ De uma perspectiva prática, porém, as cláusulas de segurança - quando vistas à luz dos muitos acordos de direitos humanos *sem* disposições suspensivas - fazem derrogações de convenções que *permitem* derrogações muito menos impactantes. Por exemplo, a violência doméstica aumentou acentuadamente durante os *lockdowns* da COVID-19. Um Estado que justifica sua reduzida capacidade de prevenir ou investigar tal violência durante a pandemia com uma derrogação do direito ao respeito à vida privada e familiar na PIDCP ganha pouco se permanecer vinculado às mesmas obrigações ou mesmo mais amplas sob a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW).⁵⁴

Um segundo pressuposto subjacente ao argumento do desenvolvimento progressivo é que os acordos de direitos humanos são estáticos e autocontidos. Mas, na realidade, eles não são nenhum dos dois. A exclusão de cláusulas derogatórias de muitos tratados foi baseada em um entendimento que não é exato, já que as convenções redigidas em linguagem vaga se tornaram muito mais prescritivas. Os limites entre tratados, também, se tornaram mais porosos. Mais notadamente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o TEDH e o CDH interpretaram direitos civis e políticos não derogáveis para abranger direitos econômicos e sociais, obrigações positivas, e outros instrumentos internacionais. Ao fazê-lo, os tribunais expandiram amplamente os direitos que estão “fora dos limites” às suspensões durante emergências.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) fornece um exemplo impressionante de como os tratados de direitos humanos evoluíram.⁵⁵ O PIDESC carece de uma disposição sobre derrogações ou suspensões. As principais razões para sua ausência são a “natureza mais flexível e amoldável” das obrigações do Estado no PIDESC e a inclusão de uma cláusula de limitações gerais que não

Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, 9 de dezembro de 1985, OAS TS 67; Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados, 20 de dezembro de 2006; Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, 9 de junho de 1994; *ver também* Convenção sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, Art. 11, 24 de janeiro de 2007, Doc. das Nações Unidas. A/Res/61/106 (“Os Estados Partes deverão tomar [...] todas as medidas necessárias para garantir a proteção e a segurança das pessoas com deficiência em situações de risco, incluindo situações de conflito armado, emergências humanitárias e a ocorrência de desastres naturais”). “”).

⁵¹ Este número é baseado em uma coleção abrangente de instrumentos internacionais da Biblioteca de Direitos Humanos da Universidade de Minnesota, disponível em <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/ainstls1.htm>. Excluí dessa coleção documentos não vinculativos, assim como tratados sobre direito humanitário, direito do trabalho e contraterrorismo.

⁵² ECHR, *supra* nota 28, Art. 15; CADH, nota 28, art. 15; CADH, nota 28, art. 15; CADH, nota 28, art. 15. 27; PIDCP, *supra* nota 28, art. 4.

⁵³ UNHRC COVID Declaração, *supra* nota 27, parágrafo 2(d).

⁵⁴ Observando o aumento da violência doméstica durante a pandemia e afirmando que os Estados “têm a obrigação de diligência devida para prevenir e proteger as mulheres de, e responsabilizar os perpetradores por” tal violência. CEDAW. *Nota de Orientação sobre CEDAW e COVID-19*. (22 de abril de 2020).

⁵⁵ Para exemplos adicionais, ver HELFER, Laurence R. Pushback against supervisory systems: lessons for the ILO from international human rights institutions. In: KOHIYAMA, Tomi; POLITAKIS, George; LIEBY Thomas (eds.). *ILO 100 - Law for Social Justice*. Geneva: International Labour Office, 2019.

faz distinção entre emergências e situações comuns.⁵⁶ Essas duas características, indiscutivelmente, tornam desnecessária uma disposição derogatória.

Nas últimas três décadas, entretanto, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotou uma série de comentários gerais que transformaram uma convenção outrora vista amplamente como uma aspiração em um tratado que é “incontestavelmente obrigatório e sujeito à aplicação imediata no todo ou em parte substancial”.⁵⁷ O Comitê, também, interpretou, de forma restrita, a cláusula de limitações gerais no PIDESC, exigindo que os Estados adotem os meios menos restritivos disponíveis ao limitarem os direitos.⁵⁸ Mais importante ainda, rotulou os níveis mínimos essenciais dos direitos à alimentação, água, moradia e saúde como “obrigações fundamentais” que “não são derogáveis [e] continuam a existir em situações de conflito, emergência e desastre natural”.⁵⁹ Essas interpretações limitam a capacidade dos Estados de restringir esses direitos, mesmo durante crises que diminuem drasticamente os recursos financeiros e o apoio institucional disponível para programas sociais.

A erosão dos limites entre tratados de direitos humanos reflete na jurisprudência dos tribunais internacionais interpretando expansivamente os direitos não derogáveis. A Corte IDH, por exemplo, sustentou que o direito à vida se estende além das privações arbitrárias dos atores estatais para incluir o direito a uma existência digna ou decente.⁶⁰ Os Estados devem tomar “medidas positivas e concretas” para cumprir esse direito, “especialmente no caso de pessoas vulneráveis e em risco”.⁶¹ A Corte foi mais longe em recentes decisões, sustentando que “o direito fundamental à vida nunca será significativo e eficaz sem nutrição, água, cuidados com a saúde, moradia, educação e terras ancestrais”.⁶² O comentário geral do CDH de 2018 sobre o direito à vida segue uma trajetória igualmente ambiciosa.⁶³ Além de análises detalhadas sobre aborto, eutanásia, pena de morte e ameaças de atores não estatais, o comentário geral abrange as interpretações evolutivas de outros órgãos de direitos humanos e convida os Estados a adotarem “medidas destinadas a garantir o acesso sem demora dos indivíduos a bens e serviços essenciais, tais como alimentação, água, abrigo, cuidados com a saúde, eletricidade e saneamento”.⁶⁴ O TEDH tem sido comparativamente mais circunspecto na infusão de direitos econômicos e sociais no direito à vida, mas a Corte não se coibiu de aumentar outros direitos não derogáveis. Por exemplo, interpretou a proibição da escravidão, servidão e trabalho forçado ou compulsório para incluir o tráfico de pessoas,⁶⁵ aplicou abordagem evolutiva para determinar os tipos de maus-tratos que se qualificam como tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante;⁶⁶ e impôs obrigações positivas aos Estados para desenvolver uma estrutura legal prática e eficaz para prevenir, investigar e punir tais maus-tratos por parte de atores públicos e privados.⁶⁷

⁵⁶ ALSTON; QUINN, 1987 apud SSENYONJO, Manisuli. *Economic, social and cultural rights in international law*. London: Hart Publishing, 2009; ICESCR Artigo 4 permite aos Estados-Partes impor “somente [...] as limitações determinadas por lei somente na medida em que isso seja compatível com a natureza desses direitos e somente com o objetivo de promover o bem-estar geral em uma sociedade democrática”.

⁵⁷ DENNIS, Michael J.; STEWART, David P. Justiciability of economic, social and cultural rights: should there be an international complaints mechanism to adjudicate the rights to food, water, housing, and health? *American Journal of International Law*, v. 98, n. 3, p. 462-515, jul. 2004.

⁵⁸ Por exemplo, Comitê ESCR, Comentário Geral 14: O Direito ao Mais Alto Padrão Atingível de Saúde, para. 42. UNITED NATIONS. *E/C.12/2000/4*. 11 August 2000. General Comment No. 14 (2000).

⁵⁹ Por exemplo, Comitê ESCR, Declaração sobre a Pobreza e o ICESCR, para. 18. UNITED NATIONS. *E/C.12/1/Add.59*. 2001.

⁶⁰ PASQUALUCCI, Jo M. The right to a dignified life (vida digna): the integration of economic and social rights with civil and political rights in the inter-american human rights system. *Hastings International and Comparative Law Review*, v. 31, n. 1, 2008.

⁶¹ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*. Judgment of June 17, 2005.

⁶² ANTKOWIAK, Thomas M. A “Dignified Life” and the resurgence of social rights. *Seattle University School of Law*, v. 18, n. 1, 2020.

⁶³ UNITED NATIONS. *General comment N. 36: CCPR/C/GC/36* (2018).

⁶⁴ UNITED NATIONS. *General comment N. 36: CCPR/C/GC/36* (2018); JOSEPH, Sarah. Extending the right to life under the International Covenant on civil and political rights: general comment 36. *Human Rights Law Review*, v. 19, n. 2, p. 356-359, jun. 2019.

⁶⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Rantsev v. Chipre e Rússia*, *App. No. 25965/04*, para. 282 (TEDH 2010).

⁶⁶ COUNCIL OF EUROPE. *Selmouni v. França*, *App. No. 25803/94*, para. 101 (TEDH Grand Chamber 2001).

⁶⁷ COUNCIL OF EUROPE. *Volodina v. Rússia*, *App. No. 41261/17*, para. 77 (TEDH 2019).

Em suma, os três desenvolvimentos discutidos nesta Seção - a ligação indireta dos tratados de direitos humanos sem cláusulas de derrogação às convenções que permitem suspensões, a evolução da norma PIDESC para incluir obrigações centrais mínimas que se aplicam mesmo em situações excepcionais, e a jurisprudência que expande direitos não negociáveis para incluir obrigações positivas e garantias econômicas e sociais - ampliaram, vastamente, o escopo e o alcance da legislação internacional de direitos humanos aplicável durante emergências sem, no entanto, ampliar, concomitantemente, a autoridade estatal para suspender direitos durante tais crises.

3.3 Consequências do incentivo aos estados a derrogarem

As problemáticas concepção e operação de cláusulas derogatórias, juntamente à expansão dos tratados de direitos humanos e da jurisprudência, criam incentivos problemáticos para os Estados que enfrentam ataques terroristas, agitação civil, desastres naturais, pandemias e outras crises. Considere a perspectiva dos funcionários do Poder Executivo que enfrentam estas ameaças. Considerações domésticas sobre leis e política - tais como se as suspensões de direitos são constitucionais, têm apoio legislativo, ou serão contestadas em juízo - provavelmente estarão, em primeiro lugar, na mente desses funcionários. Esse enfoque é reforçado pelo fato de que a decisão de suspender direitos internamente muitas vezes não tem relação com a obrigação de revelar essas suspensões internacionalmente. Como resultado, a maioria das suspensões de direitos de emergência nunca são objeto de derrogações.

O desestímulo para participar plena e efetivamente do sistema de derrogações existe mesmo para os Estados que enviam avisos que justificam medidas de emergência. Os depositários de tratados não ajudam os governos a decidir se uma derrogação é necessária e, em caso afirmativo, como promover a coerência com os limites internacionais de suspensões de direitos. Com uma escassez de orientação e informação, e enfrentando restrições de tempo significativas, o caminho de menor resistência para os Estados derogadores pode ser o de notificações internacionais pegarem carona com as suspensões de direitos nacionais - um padrão comum para as derrogações durante a COVID-19.

No entanto, essa abordagem tem riscos consideráveis. Os limites domésticos e internacionais de poderes prementes, muitas vezes, diferem, por exemplo, se uma emergência deve ser oficialmente proclamada, quanto tempo duram as medidas excepcionais e se certas liberdades nunca podem ser suspensas. Essas divergências se tornaram mais agudas nos últimos anos, pois os tribunais interpretaram, de forma ampla, direitos inultrapassáveis. Além disso, devido à sobreposição de temas entre os acordos de direitos humanos, mesmo um Estado que adere, escrupulosamente, aos limites de suspensões nos tratados PIDCP, CEDH ou CADH pode, no entanto, violar uma das dezenas de tratados de direitos humanos que não permitem derrogações.

Na ausência de um procedimento de revisão dos avisos de derrogação no momento em que são apresentados, esses riscos podem não se manifestar durante meses ou anos. Mas, quando as suspensões são contestadas perante tribunais nacionais ou tribunais internacionais, o não cumprimento dos limites de derrogação baseados em tratados aumenta a probabilidade de uma conclusão de que o Estado tenha violado o direito internacional. Os juristas, provavelmente, serão deferentes ao governo quanto à análise se uma situação de emergência foi enfrentada. Mas, como desenvolvem uma visão *a posteriori* e após uma crise ter diminuído ou terminado, eles muitas vezes questionam a necessidade de restrições, levantam a hipótese de medidas menos intrusivas para atingir os objetivos do Estado, ou identificam outros compromissos internacionais que o Estado derogador tenha violado.

O “quebra-cabeças das derrogações”, portanto, não é “por que os Estados não estão fazendo maior uso de um regime justificatório para validar o uso de poderes excepcionais sob o direito internacional”.⁶⁸ O “quebra-cabeça” é a razão pela qual os Estados fazem tanto uso desse regime quanto o fazem. Pois, se o

⁶⁸ NÍ AOLÁIN, Fionnuala. The cloak and dagger game of derogation, in human rights in emergencies. In: CRIDDLE, Evan J. (ed.). *Human rights in emergencies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

resultado de uma notificação internacional que divulga e justifica as suspensões de direitos humanos for a constatação de que um Estado violou suas obrigações de tratado, um Estado pode, razoavelmente, concluir que o caminho menos arriscado jurídica e politicamente é suspender direitos internamente e evitar, completamente, as derrogações.

4 Redesenhando derrogações

Qualquer proposta de reforma do sistema de derrogações aos direitos humanos deve enfrentar um aparente paradoxo. Por um lado, as derrogações são um tipo de “cláusula de escape” encontrada em muitos tratados.⁶⁹ Tais cláusulas reduzem a incerteza e proporcionam flexibilidade para que os Estados gerenciem os riscos dos acordos internacionais. Para as convenções de direitos humanos, as derrogações “proporcionam uma válvula de escape para as enormes pressões que os governos enfrentam para reprimir as liberdades individuais em tempos de crise”.⁷⁰ No entanto, “a experiência tem mostrado que as mais graves violações dos direitos humanos tendem a ocorrer no contexto de estados de emergência”.⁷¹ Ao aceitar violações durante crises, as derrogações ameaçam minar a *razão de ser* do direito internacional dos direitos humanos. .

4.1 Parâmetros normativos e contrafactuais

O estabelecimento de um equilíbrio entre essas perspectivas concorrentes requer um parâmetro normativo sobre os objetivos das derrogações, bem como um contrafactual sobre como os Estados se comportariam se não houvesse um mecanismo para suspender os direitos. Para alguns estudiosos, as derrogações são, na melhor das hipóteses, um mal necessário. Eles temem que os Estados estejam ansiosos para abusar das cláusulas de suspensão para justificar violações generalizadas de direitos, normalizar poderes extraordinários e reprimir permanentemente as liberdades individuais.⁷² O contrafactual implícito subjacente a essa visão é que um Estado incapaz de derrogar não terá outra escolha a não ser aderir, plenamente, ou quase, aos tratados de direitos humanos que ratificou.

Um contrafactual diferente e mais realista é que, sem uma opção de fuga, os governos seriam mais, e não menos, capazes de reprimir os direitos humanos durante as emergências. Mesmo em períodos comuns, os governantes frequentemente procuram impedir a divulgação de potenciais violações de direitos, impedir sua verificação e negar responsabilidade quando surgem fatos incriminatórios.⁷³ A necessidade de respostas rápidas e eficazes a uma crise torna mais agudo o desejo de ofuscar ou minimizar as violações. Ao proporcionar um mecanismo para formalizar a decisão de suspender certos direitos, divulgar essa decisão, explicar por que as suspensões são necessárias e indicar quanto tempo elas permanecerão em vigor, as derrogações reduzem a probabilidade de infringir direitos sub-repticiamente. Mas o exercício dessa opção de fuga tem um custo. Um governo que fornece essas informações em um aviso de derrogação coloca em jogo sua

⁶⁹ HELFER, Laurence R. Flexibility in international agreements. In: DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A. (eds.). *Interdisciplinary perspectives on international law and international relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013; NEUMAN, Gerald L. Constrained derogation in positive human rights regimes. In: CRIDDLE, Evan J. (ed.). *Human rights in emergencies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. Descrevendo derrogações como uma “válvula de segurança”.

⁷⁰ HAFNER-BURTON, Emilie M.; HELFER, Laurence R.; FARISS, Christopher J. Emergency and escape: explaining derogations from human rights treaties. *International Organization*, v. 65, n. 4, p. 673-707, out. 2011.

⁷¹ COUNCIL OF EUROPE. *CDL-PI (2020)003-e*. Compilation of Venice Commission Opinions and Reports on States of Emergency (16 de abril de 2020). Disponível em: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)003-e) Acesso em: 15 set. 2021.

⁷² GROSS, Oren; NÍ AOLÁIN, Fionnuala. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

⁷³ FARBER, Daniel A. Rights as signals. *The Journal of Legal Studies*, v. 31, n. 1, p. 83-98, jan. 2002; SIMMONS, Beth A. *Mobilizing for human rights: international law in domestic politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

credibilidade ao fazer afirmações oficiais e públicas sobre a natureza da crise, o alcance e a duração das restrições de emergência. Essas informações fornecem referências para outros atores - eleitores, grupos de interesse, tribunais nacionais, tribunais internacionais e outros Estados - responsabilizarem os governos se eles desconsiderarem ou excederem esses parâmetros.

Assim, as derrogações visam reduzir as violações de direitos humanos durante emergências em *relação ao nível de violações que teriam ocorrido sem tal mecanismo*. Uma disposição de suspensão demasiado frouxa pouco fará para melhorar esta métrica, agindo como uma espécie de cartão “sair da cadeia livre” que condescende com a repressão. No entanto, uma cláusula de derrogação demasiado restritiva é igualmente problemática, desencorajando os Estados de invocar o mecanismo - e a credibilidade e os custos de monitoramento que ele impõe - e, ao invés disso, encorajando violações sub-reptícias. A chave é projetar um sistema que maximize a participação dos Estados, incentive a divulgação apropriada, aumente a responsabilidade e a supervisão e encoraje um retorno à normalidade o mais rápido possível.

4.2 Reformas

Esta seção identifica cinco áreas em que o sistema existente de derrogações pode ser melhorado - incorporação, engajamento, informação, *prazos* e escopo. Muitas das propostas discutidas abaixo podem ser implementadas pelos governos voluntariamente ou por depositários de tratados agindo sob sua autoridade existente. Outras exigirão ação coletiva, tais como diretrizes internacionais, melhores práticas ou, mais significativamente, a revisão de tratados de direitos humanos para codificar novas regras para derrogações.

4.2.1 Incorporação

Cumprimento é uma preocupação permanente para o direito internacional e, especialmente, para os tratados de direitos humanos. No contexto de derrogações, um ato inicial de descumprimento ocorre sempre que um Estado parte da CADH, da CEDH, ou do PIDCP suspende direitos internacionalmente protegidos sem apresentar a notificação necessária a um depositário de tratados. Como explicado acima, a falha em notificar é mais a regra do que a exceção, inclusive durante a pandemia de COVID-19.

Uma forma de remediar essa omissão seria incorporar a exigência de notificação do tratado nas regras e procedimentos internos de suspensão de direitos. A exigência poderia, por exemplo, ser acrescentada ao capítulo de poderes de emergência de uma constituição, a um estatuto que especifique quais ramos do governo podem suspender as liberdades individuais, ou aos regulamentos administrativos de um ministério das relações exteriores.⁷⁴ A notificação poderia ser exigida antes que as suspensões de direitos entrem em vigor ou posteriormente dentro de um período pré-determinado. O mecanismo preciso, para ligar os dois processos, é menos importante do que a ligação em si. O objetivo não é amarrar as mãos do governo no início de uma crise, mas estabelecer um mecanismo doméstico que exija que os funcionários apresentem uma notificação internacional em primeira instância.

Um benefício da incorporação doméstica como uma proposta de reforma é que ela pode ser adotada por qualquer Estado. Sugestões para vincular as suspensões de direitos domésticos às notificações internacionais também poderiam ser incluídas nas diretrizes preparadas pelos depositários de tratados. Finalmente, se as convenções de direitos humanos forem revisadas para implementar outras reformas de derrogação, os Estados poderiam incluir a obrigação de incorporar a exigência de notificação na legislação nacional, dando, ao mesmo tempo, aos governos a discricão quanto aos detalhes.

⁷⁴ Para um exemplo raro de lei doméstica de estado de emergência que requer derrogação, ver Lei No. 21-18 de 25 de maio de 2018 (República Dominicana), Art. 17, UNITED NATIONS. *International Covenant on Civil And Political Rights*. New York, 16 December 1966. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.327.2020-Eng.pdf> Acesso em: 15 set. 2021.

4.2.2 Engajamento

Os depositários de tratados precisam reavaliar a forma como respondem à apresentação de avisos de derrogação. Ao invés de simplesmente registrar e divulgar qualquer informação que um Estado apresente, os depositários devem se oferecer para conferir com governantes estatais sobre a natureza da crise, a necessidade de medidas de emergência, o escopo e a duração das suspensões de direitos. Tal engajamento deve procurar esclarecer as consequências das medidas de emergência em termos de direitos humanos e ajudar os Estados a tomar decisões informadas sobre se e como derrogar.

O sistema europeu foi o que mais se aproximou de uma abordagem de engajamento. Em 2018, a Assembleia Parlamentar do Conselho Europeu adotou uma resolução sobre estados de emergência e derrogações que incluía uma proposta para o Secretário-Geral do Conselho:

Na qualidade de depositário da Convenção [Europeia], aconselhar qualquer Estado Parte que considere a possibilidade de derrogar se a derrogação é necessária e, em caso afirmativo, como limitar estritamente seu escopo;

Abrir um inquérito nos termos do artigo 52 da Convenção em relação a qualquer Estado que derogue a Convenção;

Com base nas informações fornecidas em resposta a tal inquérito, dialogar com o Estado interessado, a fim de assegurar a compatibilidade do estado de emergência com as normas da Convenção, respeitando ao mesmo tempo a competência legal do [ECtHR].⁷⁵

A resolução previa duas funções distintas para o Secretariado-Geral - conselheiro e supervisor. Como depositário de tratados, o Secretariado-Geral aconselharia os governos a respeito de derrogações e medidas de emergência. A CEDH não exige que os Estados consultem o Secretariado-Geral antes de apresentar um aviso de derrogação, mas o depositário já forneceu tal conselho várias vezes nas últimas duas décadas.⁷⁶ Além disso, em resposta a uma ameaça comum - como a COVID-19 - todos os Estados “têm um interesse genuíno em saber se as derrogações são adequadas [...] [e] quais medidas específicas poderiam ser consideradas necessárias e proporcionais”.⁷⁷ Embora o Comitê de Ministros, o órgão executivo do Conselho Europeu, tenha se recusado a emitir uma recomendação formal “identificando normas legais e boas práticas” sobre as derrogações,⁷⁸ nada impede que o Secretariado-Geral continue a se envolver informalmente com os governos, ou que emita diretrizes sobre se as suspensões se mostraram desnecessárias ou ineficazes na prática. Essas etapas podem levar um governo a reconsiderar medidas de emergência ou a restringir seu escopo.

O papel de supervisão do Secretariado-Geral baseia-se no artigo 52 da CEDH, que exige que um Estado forneça, em resposta a um pedido oficial, “uma explicação da maneira pela qual sua lei interna garante a implementação efetiva de qualquer uma das disposições da Convenção.” O Secretariado-Geral ainda não iniciou nenhum inquérito sobre uma derrogação ao artigo 52. Entretanto, em março de 2020, ele emitiu uma carta à Hungria - que adotou leis de emergência amplas em resposta à COVID-19 mas não derrogou a CEDH - enfatizando “que as medidas que os Estados membros tomam nas atuais circunstâncias excepcionais da pandemia devem estar de acordo tanto com as constituições nacionais quanto com as normas internacionais”, e oferecendo ajuda à Hungria no cumprimento de seus compromissos com os direitos humanos.⁷⁹

⁷⁵ COUNCIL OF EUROPE. *Res. 2209 (2018): Estado de Emergência - Questões de Proporcionalidade Relativas às Derrogações nos termos do artigo 15 da CEDH* (24 de abril de 2018).

⁷⁶ COUNCIL OF EUROPE. *Doc. 14506. Relatório do Comitê de Assuntos Jurídicos e Direitos Humanos*. 27 de fevereiro de 2018.

⁷⁷ ISTREFI Kushtrim. *Supervision of derogations in the wake of COVID-19: a litmus test for the Secretary General of the Council of Europe*. 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/supervision-of-derogations-in-the-wake-of-covid-19-a-litmus-test-for-the-secretary-general-of-the-council-of-europe> Acesso em: 15 set. 2021.

⁷⁸ COUNCIL OF EUROPE. *Resposta ao Rec. 2125 (2018), para. 6, Doc. 14770*. (5 de dezembro de 2018).

⁷⁹ COUNCIL OF EUROPE. *Secretary General writes to Viktor Orbán regarding COVID-19 state of emergency in Hungary*. (24 de março de 2020). Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/portal/-/secretary-general-writes-to-viktor-orban-regarding-covid-19-state>

Nem o PIDCP nem a CADH criam um mecanismo para que o Secretário-geral da ONU, o Alto Comissário da ONU para os Direitos Humanos, ou a Organização dos Estados Americanos iniciem investigações similares. Esses poderes poderiam ser concedidos mediante emendas aos dois tratados, mas tais revisões podem não ser necessárias. Os depositários de tratados podem, de acordo com suas competências existentes, rever os avisos de derrogação, solicitar informações adicionais aos Estados e fornecer conselhos informais aos funcionários do governo. A Comissão Interamericana e o CDH poderiam, também, exercer seus mandatos de proteção para investigar, proativamente, as situações de emergência cobertas por uma derrogação.⁸⁰

4.2.3 Informações

Para remediar as deficiências de informações nos avisos de derrogação, estudiosos e comitês de tratados há muito têm argumentado que um Estado deve, além de identificar os direitos específicos suspensos, fornecer “uma descrição das medidas tomadas, cópias de textos relevantes e um resumo histórico conciso dos eventos que levaram à declaração do estado de emergência que causaram a percepção de uma ameaça à vida da nação”.⁸¹ Um Estado também deve apresentar notificações suplementares se modificar ou estender as medidas de emergência, temporária ou geograficamente.⁸²

Embora não exigida pela legislação existente, a função de responsabilidade das derrogações seria reforçada se os Estados revelassem quais instituições nacionais estão autorizadas a rever medidas de emergência e quando tais avaliações são prováveis de ocorrer. O conteúdo dos avisos apropriados de derrogação também poderia ser mais acessível aos governos por meio da compilação de diretrizes de fácil utilização ou melhores práticas com exemplos apropriados, semelhantes à “Rule of Law Checklist”, emitida pela Comissão de Veneza.⁸³

Um papel mais expansivo para os depositários de tratados envolveria a distribuição de estatísticas comparativas relativas às derrogações. Tais divulgações podem revelar padrões sobre quais Estados estão derrogando e quais direitos estão suspendendo, pressionando os governos a reconsiderar medidas de emergência externas ou suspensões sub-reptícias. Pode-se argumentar que não há necessidade de que os depositários divulguem essas informações, uma vez que os acadêmicos e as ONGs coletam e analisam as respostas estatais a emergências quase em tempo real.⁸⁴ No entanto, documentos preparados por um órgão internacional, especialmente quando emparelhados com recomendações específicas de crise ou melhores práticas, provavelmente criarão mais pressão sobre os governos do que estas fontes não oficiais.

Como explicado anteriormente, o PIDCP, a CADH e a CEDH exigem que os Estados derrogadores apresentem notificações quando as suspensões de direitos terminarem.⁸⁵ Os depositários de tratados devem

of-emergency-in-hungary Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁰ A Comissão Interamericana emite regularmente medidas de precaução em resposta a violações graves e urgentes dos direitos humanos, e tem feito isso durante a COVID-19 pandemia. O UNHRC adotou ocasionalmente decisões especiais solicitando, com urgência, um relatório sobre a situação dos direitos humanos em um Estado parte. No futuro, ambos os procedimentos poderiam ser aplicados para rever as derrogações. INTERNATIONAL JUSTICE RESOURCE CENTER. *Inter-American Commission Issues Precautionary Measures as COVID-19 Threatens Indigenous Communities*. 2020. Disponível em: <https://ijrcenter.org/2020/07/22/inter-american-commission-issues-precautionary-measures-as-covid-19-threatens-indigenous-communities> Acesso em: 15 set. 2021.

⁸¹ HARTMAN, Joan. Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision. *Human Rights Quarterly*, v. 7, n. 1, p. 89-131, fev. 1985.

⁸² Comentário Geral n.º 29, nota 33 *supra*, para. 17.

⁸³ COUNCIL OF EUROPE. *The rule of law checklist*. 2016. Disponível em: https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁴ Ver fontes citadas na nota 20, *supra*.

⁸⁵ O artigo 27 da CADH exige que os Estados notifiquem “a data estabelecida para a rescisão” de uma suspensão. Na prática, os Estados informam regularmente a OEA quando terminam as suspensões. ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Recent suspensions of guarantees regarding multilateral treaties*. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_suspension_guarantees.asp Acesso em: 15 set. 2021.

divulgar ativamente estas informações, o que tende a atrair menos atenção da mídia e da sociedade civil. Uma maior conscientização das rescisões também pode ajudar a deter emergências permanentes, especialmente para crises que afetam múltiplos Estados, como a COVID-19.

Uma proposta de reforma mais ambiciosa restringiria por quanto tempo as derrogações podem permanecer em vigor. Atualmente, os tratados não limitam a duração das derrogações nem impedem sua renovação. Em vez de impor uma restrição internacional de tempo, uma abordagem mais sutil recomendaria (ou, no caso de revisões de tratados, exigiria) que os Estados revelassem a duração das medidas de emergência sob o direito interno. A literatura sobre emergências domésticas enfatiza a importância de cláusulas de caducidade para impedir que os governantes perpetuem poderes extraordinários, muitas vezes exigindo revisão e reautorização pelo legislador.⁸⁶ No entanto, como uma decisão de continuar a suspensão de direitos internacionalmente é dissociada das restrições domésticas aos poderes emergenciais, nada impede o executivo de estender uma derrogação ao tratado, mesmo quando o legislador tiver revogado as restrições aos direitos emergenciais em casa. A divulgação das cláusulas de caducidade aplicáveis e das decisões para invocá-las reforçaria a função de prestação de contas das derrogações e pressionaria os Estados a encerrar as derrogações que não são mais autorizadas internamente.

4.2.4 Prazos

Os problemas de prazos permeiam o sistema de derrogações existente. Dois são especialmente dignos de nota. Primeiro, como explicado acima, os Estados devem notificar imediatamente as suspensões de direitos, mas esta obrigação é muitas vezes honrada em violação. Reconhecendo essa realidade, os tribunais europeus têm “decidido que duas semanas de atraso no depósito de uma notificação é aceitável [capaz], mas quatro meses [é] tarde demais”.⁸⁷ No entanto, nenhum tribunal decidiu que um aviso tardio impede um Estado de derogar, uma conclusão que, provavelmente, condenaria muitas suspensões de direitos.

É desejável um limite de tempo externo? Tal limite encorajaria os Estados a submeter notificações quando as emergências ainda são recentes e poderia ser objeto de um diálogo frutífero com os depositários de tratados. Também penalizaria os Estados que suspendem os direitos internamente e apresentam notificações internacionais apenas como uma consideração tardia. No entanto, um limite externo não considera a natureza diversa das emergências, ou que a resposta inicial a uma crise deveria se concentrar na adoção de medidas internas em vez de completar um exercício burocrático. Portanto, pode ser preferível que os tribunais preservem a possibilidade de invalidar uma notificação tardia, mas reservem tal constatação para situações excepcionais, como quando uma notificação é apresentada após o fim de uma crise ou quando medidas de emergência vêm à tona, pela primeira vez, durante um litígio internacional ou um processo de relatoria estatal.

Outra abordagem seria criar incentivos positivos para que os Estados, quando razoavelmente possível, apresentem um aviso de intenção de derrogação *antes de* adotar medidas de emergência. A divulgação antecipada não é exigida pela lei existente, mas pode ser considerada como um fator atenuante por um tribunal que revisa a legalidade das suspensões, especialmente se o governo reduzir as medidas de emergência para considerar orientações dos depositários de tratados ou de organismos internacionais especializados.

Uma segunda questão de prazos diz respeito ao intervalo plurianual entre a adoção de suspensões emergenciais de direitos e a revisão dessas medidas pelos tribunais internacionais. Uma razão para esse atraso é que os indivíduos devem esgotar os recursos internos disponíveis e eficazes antes de apresentar uma recla-

⁸⁶ KOUROUTAKIS, Antonios; RANCHORDÁS, Sofia. Snoozing democracy: sunset clauses, de-juridification, and emergencies. *Minnesota Journal of International Law*, v. 25, 2016; KUYPER, Jonathan W. Designing Institutions for global democracy: flexibility through escape clauses and sunset provisions. *Ethics & Global Politics*, v. 6, n. 4, p. 195-215, 2013.

⁸⁷ ISTREFI Kushtrim. To Notify or not to notify: derogations from human rights treaties. *Opinio Juris*, 2020. Disponível em: <https://opiniojuris.org/2020/04/18/to-notify-or-not-to-notify-derogations-from-human-rights-treaties> Acesso em: 15 set. 2021.

mação perante o TEDH, a Corte IDH, ou o CDH. Mesmo durante circunstâncias difíceis, a regra de exaustão tem uma função importante - ela direciona violações às leis de emergência aos tribunais nacionais, que provavelmente estão familiarizados com o contexto local e podem proporcionar alívio rápido. No entanto, como já mencionado anteriormente, os tribunais costumam ser cautelosos em relação a questionamentos de restrições de direitos, especialmente no início de uma crise. Ainda assim, em países onde os tratados de direitos humanos foram incorporados às constituições ou estatutos ou recebem efeito direto, as razões normativas e funcionais para a exaustão podem superar esses riscos.⁸⁸

Os litigantes às vezes contornaram, temporariamente, a exigência de exaustão doméstica pedindo a um tribunal que ordenasse medidas provisórias ou cautelares. As normas para a concessão de tais medidas provisórias, provavelmente, se aplicam ao menos a algumas suspensões de direitos de emergência.⁸⁹ Em casos apropriados, portanto, um tribunal que examina um pedido de medidas provisórias pode considerar a validade de uma derrogação, por exemplo, se o pedido estiver intimamente ligado a um direito suspenso. Entretanto, como as medidas cautelares são procedimentos expeditos que procuram evitar danos irreparáveis e preservar o *status quo* em casos extremos, elas são inadequadas para avaliar, de forma abrangente, os desafios à legalidade de uma derrogação ou de uma medida de emergência.

Os litigantes, no entanto, instarão os tribunais a emitir tais ordens. Em maio de 2020, por exemplo, a Presidenta da Corte IDH emitiu medidas urgentes ao Panamá para proteger a vida e a saúde dos migrantes detidos em centros de detenção contra a propagação de COVID-19.⁹⁰ Controversamente, a ordem não dizia respeito a um caso pendente, mas sim a um julgamento emitido uma década antes que o Panamá não havia implementado totalmente. A ordem também se aplicava não apenas ao requerente nesse caso, mas a todos os migrantes com situação semelhante.⁹¹

Há outras maneiras de reduzir os atrasos no julgamento internacional dos desafios das derrogações. Por exemplo, o TEDH segue uma política prioritária que determina a rapidez com que analisa as diferentes categorias de casos. A política não acelera disputas envolvendo medidas de emergência, e estudiosos têm debatido se a Corte deveria fazê-lo em resposta ao coronavírus.⁹² No entanto, mesmo que o TEDH priorizasse questionamentos às derrogações, o atual acúmulo de casos pendentes provavelmente resultaria em apenas uma modesta economia de tempo.

Um caminho mais rápido para a revisão internacional seria autorizar órgãos intergovernamentais ou depositários de tratados a solicitar uma decisão preliminar ou uma opinião consultiva de um tribunal. O Conselho Europeu criou recentemente um procedimento para que os altos tribunais nacionais busquem pareceres consultivos do TEDH.⁹³ Isto poderia ser ampliado para permitir que as instituições internacionais pudessem solicitar a um tribunal que avaliasse a validade de uma derrogação. Se os benefícios de criar tal mecanismo de encaminhamento superam os custos depende de muitos fatores - como o número de casos pendentes, se os membros do tribunal atuam em tempo integral ou parcial e se devem acelerar a revisão das

⁸⁸ Para maiores discussões, HELFER, Laurence R. Redesigning the European Court of Human Rights: embeddedness as a deep structural principle of the European Human Rights Regime. *European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p. 125-159, fev. 2008.

⁸⁹ Por exemplo, a Corte IDH pode adotar medidas provisórias “em casos de extrema gravidade e urgência, e quando necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas”. CADH, *supra* nota 28, Art. 63.2.

⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Adopción de Medidas Urgentes, Caso Vélez Loor v. Panamá (26 de maio de 2020)*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/velez_se_01.pdf Acesso em: 15 set. 2021.

⁹¹ FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. Pandemic rulings: between dialogues and shortcuts at the Inter-American Court of Human Rights. *Iconnect*, 2020. Disponível em: <http://www.icconnectblog.com/2020/07/pandemic-rulings-between-dialogues-and-shortcuts-at-the-inter-american-court-of-human-rights> Acesso em: 15 set. 2021.

⁹² DZEHTSIAROU, Kanstantsin. What can the European Court of Human Rights do in the time of crisis? *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgothers.com/2020/04/14/what-can-the-european-court-of-human-rights-do-in-the-time-of-crisis> Acesso em: 15 set. 2021.

⁹³ COUNCIL OF EUROPE. *Council of Europe Treaty Series - No. 2*. Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d383e> Acesso em: 15 set. 2021.

derrogações em relação a outras violações graves dos direitos humanos - que podem variar de acordo com os regimes dos tratados.

4.2.5 Escopo

Uma quinta reforma diz respeito ao escopo substantivo das derrogações. As principais questões, neste artigo, incluem se as derrogações são inferiores às exceções ordinárias, se devem ser modificadas as ampliações judiciais de direitos não derogáveis e se deve ser acrescentada uma cláusula derogatória a outros tratados de direitos humanos.

A primeira questão decorre do reconhecimento de que a maioria dos direitos derogáveis não são absolutos. Ao considerar-se a liberdade de circulação, um dos direitos mais frequentemente suspensos em resposta à COVID-19, este direito

só pode ser restringido por lei na medida do necessário em uma sociedade democrática para prevenir o crime ou para proteger a segurança nacional, a segurança pública, a ordem pública, a moral pública, a saúde pública, ou os direitos ou liberdades de outros.⁹⁴

Interpretada de forma ampla, essa cláusula de limitações oferece, sem dúvida, flexibilidade suficiente para impor quarentenas e bloqueios durante pandemias. Visões divergentes sobre a aplicabilidade de tais cláusulas podem explicar por que os Estados que enfrentam as mesmas ameaças de a COVID-19 adotaram medidas de controle doméstico similares, mas abordagens amplamente divergentes para derrogações.

Essas restrições comuns são preferíveis a derrogações? A Assembleia Parlamentar, o CDH, e alguns estudiosos pensam assim, afirmando que “medidas ou restrições normais para a manutenção da segurança pública, saúde e ordem devem ser claramente inadequadas antes que medidas derogatórias de emergência sejam permitidas.”⁹⁵ Outros discordam, criticando “o argumento de que tudo pode e deve ser acomodado através do teste de proporcionalidade” como tornando as derrogações “uma letra morta e, ao fazer isso, erradicar seu efeito de quarentena e potencialmente aumentar a possibilidade de poderes excepcionais se normalizarem”.⁹⁶

As metas de divulgação pública e de prestação de contas das derrogações incentivam os Estados a notificar e explicar as suspensões excepcionais, em vez de tentarem encaixar medidas de emergência em cláusulas gerais de limitações ou exceções. Os tribunais ainda não abordaram essa questão. Fora do contexto de emergência, entretanto, o TEDH caracterizou as quarentenas como “medida(s) temporária(s), a serem descontinuadas assim que as circunstâncias permitirem” e observou que “restrições severas e duradouras são particularmente suscetíveis de serem desproporcionais.”⁹⁷ Isto sugere que o bloqueio prolongado e outras políticas de longo prazo para controlar a COVID-19 e outras pandemias podem exigir uma derrogação para ser legal.

Uma segunda área de reforma potencial diz respeito à expansão significativa dos direitos não-derogáveis para incluir garantias econômicas e sociais mínimas e obrigações afirmativas. Os tribunais desenvolveram essas interpretações amplas no contexto de violações de direitos ordinários. Eles ainda têm que considerar como as interpretações se aplicam a emergências e, em particular, se um Estado pode suspender a extensão

⁹⁴ CADH, *supra* nota 28, Art. 22(3). O PIDCP e a CEDH contêm cláusulas semelhantes.

⁹⁵ COUNCIL OF EUROPE. *Res. 2209 (2018)*: Estado de Emergência - Questões de Proporcionalidade Relativas às Derrogações nos termos do artigo 15 da CEDH (24 de abril de 2018); *ver também* UNHRC, Comentário Geral N.º 37 (Artigo 21: Direito de Assembleia Pacífica), para. 96, CCPR/C/GC/37 (2020) (“Os Estados-partes não devem contar com a derrogação do direito de assembleia pacífica se puderem atingir seus objetivos impondo restrições em termos do artigo 21”).

⁹⁶ GREENE, Alan. States should Declare a State of Emergency Using Article 15 ECHR to confront the coronavirus pandemic. *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2020/04/01/states-should-declare-a-state-of-emergency-using-article-15-echr-to-confront-the-coronavirus-pandemic> Acesso em: 15 set. 2021.

⁹⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Kuimov v. Rússia*, *App. No. 32147/04*, para. 96 (TEDH 2009).

interpretativa de um direito não-derrogável, mesmo que não possa suspender o núcleo do direito. Dada a opinião amplamente defendida de que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos,⁹⁸ parece provável que os tribunais encontrem pelo menos algumas dessas ampliações aplicáveis às restrições relacionadas à pandemia. No entanto, se, como observado acima, os tribunais concluíram que certos direitos *derrogáveis* incluem, implicitamente, elementos não derrogáveis, então direitos *não* derrogáveis expandidos, também, podem incluir algumas dimensões derrogáveis.

A questão final e mais controversa relativa ao escopo diz respeito a acrescentar ou não uma cláusula derogatória aos tratados de direitos humanos que, atualmente, não incluem uma. Estudiosos têm debatido se convenções como a Carta Africana e o PDESC permitem implicitamente aos Estados suspender certos direitos durante emergências. Também destacam os muitos Estados Partes que restringiram direitos durante crises, sugerindo que a omissão destas cláusulas não tem impedido o exercício de poderes de emergência.⁹⁹ A revisão destas e de outras convenções poderia proporcionar uma oportunidade para limitar os Estados de reivindicar uma discricção implícita e mal definida para suspender direitos em favor de suspensões adequadamente limitadas que estão sujeitas a restrições, monitoramento e supervisão.

As cláusulas de segurança nas disposições derogatórias da CADH, da CEDH e do PIDCP podem criar outro catalisador para revisões de tratados. Como explicado anteriormente, essas cláusulas criam vínculos com outros instrumentos de direitos humanos, restringindo substancialmente o escopo das derrogações. Os tribunais ainda não invocaram uma cláusula de segurança para invalidar a derrogação de um Estado ou para encontrar uma suspensão inconsistente com outras convenções de direitos humanos.¹⁰⁰ Adicionar uma cláusula de derrogação a essas convenções, mas adaptar as suspensões de emergência às particularidades de cada instrumento poderia antecipar essa questão. Por outro lado, qualquer iniciativa de revisão de tratado - especialmente no atual clima geopolítico - corre o risco de abrir uma “caixa de Pandora” que poderia enfraquecer, significativamente, as proteções dos direitos humanos.

5 Conclusão

Esse Comentário Editorial usa a ocasião da pandemia de COVID-19 para rever o sistema existente de derrogações aos tratados de direitos humanos durante emergências. Ele analisa os problemas que atualmente afligem o regime de derrogações e identifica uma ampla gama de reformas potenciais.

Essas propostas buscam abrir uma conversa sobre mudanças institucionais. A adoção de reformas abrangentes será difícil, mas algumas medidas benéficas podem ser tomadas sem tais medidas. Por exemplo, os Estados podem incorporar a exigência de apresentar avisos de derrogação no direito interno, os órgãos internacionais de especialistas podem emitir diretrizes não vinculativas e melhores práticas, e os depositários de tratados podem dialogar com os governos sobre a necessidade e o escopo das suspensões de direitos emergenciais. Além disso, a possibilidade de combinar propostas - como aquelas que impõem restrições adicionais aos Estados em algumas áreas, mas dão maior margem de manobra em outras - pode expandir o espaço político para reformas mais abrangentes. O objetivo de qualquer mudança institucional deveria ser incentivar os Estados a participar de um sistema que proporcione flexibilidade suficiente para responder

⁹⁸ HELPER, Laurence R. Pushback against supervisory systems: lessons for the ILO from international human rights institutions. In: KOHIYAMA, Tomi; POLITAKIS, George; LIEBY Thomas (eds.). *ILO 100 - Law for Social Justice*. Geneva: International Labour Office, 2019.

⁹⁹ ABDI JIBRIL ALI. Derogation from constitutional rights and its implication under the African charter on human and peoples' rights. *Law Democracy & Development*, v. 17, p. 82-90, 2013; MÜLLER, Amrei. *The relationship between economic, social and cultural rights and international humanitarian law*. Leiden: Brill Nijhoff, 2013.

¹⁰⁰ Rejeitando a alegação de que uma derrogação da CEDH era inválida sob a cláusula de poupança do tratado porque o governo não “proclamou oficialmente” uma emergência como exigido pela cláusula de derrogação PIDCP. COUNCIL OF EUROPE. *Branigan e McBride v. Reino Unido, App. Nos. 14553/89, 14554/89* (TEDH 1993).

a crises e ameaças genuínas, ao mesmo tempo em que melhore as funções informativas, de supervisão e de prestação de contas das derrogações. As reformas, também, devem procurar pressionar os governos a minimizar as suspensões de direitos emergenciais e a reduzir e remover essas suspensões tão logo seja razoavelmente possível.

Referências

ABDI JIBRIL ALI. Derogation from constitutional rights and its implication under the African charter on human and peoples' rights. *Law Democracy & Development*, v. 17, p. 82–90, 2013.

ALTO COMISSARIADO PARA OS DIREITOS HUMANOS. *Compilação de declarações por órgãos do Tratado de Direitos Humanos no contexto de COVID-19*. 2020. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/TB/COVID19/External_TB_statements_COVID19.pdf Acesso em: 15 set. 2021.

ANTKOWIAK, Thomas M. A “Dignified Life” and the resurgence of social rights. *Seattle University School of Law*, v. 18, n. 1, 2020.

CEDAW. *Nota de Orientação sobre CEDAW e COVID-19*. (22 de abril de 2020).

COGHLAN, Niall. Dissecting Covid-19 derogations. *Verfassungsblog*, 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/dissecting-covid-19-derogations> Acesso em: 15 set. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Adopción de Medidas Urgentes, Caso Vélez Loor v. Panamá (26 de maio de 2020)*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/velez_se_01.pdf Acesso em: 15 set. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Habeas Corpus em Situações de Emergência. *Parecer consultivo OC-8/87, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 8 (1987)*.

COUNCIL OF EUROPE. *Baş v. Turquia, App. No. 66448/17, para. 224* (TEDH 2020).

COUNCIL OF EUROPE. *Brannigan e McBride v. Reino Unido, App. Nos. 14553/89, 14554/89* (TEDH 1993).

COUNCIL OF EUROPE. *Case of a and others v. the United Kingdom*. Application no. 3455/05. 19 February 2009. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/499d4a1b2.pdf> Acesso em: 15 set. 2021.

COUNCIL OF EUROPE. *CDL-PI (2020)003-e*. Compilation of Venice Commission Opinions and Reports on States of Emergency (16 de abril de 2020). Disponível em: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)003-e) Acesso em: 15 set. 2021.

COUNCIL OF EUROPE. *Complete list of the Council of Europe's treaties*. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354> Acesso em: 15 set. 2021.

COUNCIL OF EUROPE. *Council of Europe Treaty Series - No. 2*. Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d383e> Acesso em: 15 set. 2021.

COUNCIL OF EUROPE. *Doc. 14506*. Relatório do Comitê de Assuntos Jurídicos e Direitos Humanos. 27 de fevereiro de 2018.

COUNCIL OF EUROPE. *Guia sobre o artigo 15 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos: derrogação em tempo de emergência* (31 de dezembro de 2019).

COUNCIL OF EUROPE. *Res. 2209 (2018): Estado de Emergência - Questões de Proporcionalidade Relativas às Derrogações nos termos do artigo 15 da CEDH* (24 de abril de 2018).

COUNCIL OF EUROPE. *Resposta ao Rec. 2125 (2018), para. 6, Doc. 14770*. (5 de dezembro de 2018).

COUNCIL OF EUROPE. *Secretary General writes to Viktor Orbán regarding COVID-19 state of emergency in Hungary*. (24 de março de 2020). Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/portal/-/secretary-general-writes-to-viktor-orban-regarding-covid-19-state-of-emergency-in-hungary> Acesso em: 15 set. 2021.

COUNCIL OF EUROPE. *Selmouni v. França, App. No. 25803/94, para. 101 (TEDH Grand Chamber 2001)*.

COUNCIL OF EUROPE. *The rule of law checklist*. 2016. Disponível em: https://www.venice.coe.int/ima-ges/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf Acesso em: 15 set. 2021.

COUNCIL OF EUROPE. *Volodina v. Rússia, App. No. 41261/17, para. 77 (TEDH 2019)*.

DENNIS, Michael J.; STEWART, David P. Justiciability of economic, social and cultural rights: should there be an international complaints mechanism to adjudicate the rights to food, water, housing, and health? *American Journal of International Law*, v. 98, n. 3, p. 462-515, jul. 2004.

DZEHTSIAROU, Kanstantsin. European Convention on Human Rights. *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2020/03/27/covid-19-and-the-european-convention-on-human-rights> Acesso em: 15 set. 2021.

DZEHTSIAROU, Kanstantsin. What can the European Court of Human Rights do in the time of crisis? *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2020/04/14/what-can-the-european-court-of-human-rights-do-in-the-time-of-crisis> Acesso em: 15 set. 2021.

EMMONS, Cassandra. International human rights law and Covid-19 states of emergency. *Verfassungsblog*, 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/international-human-rights-law-and-covid-19-states-of-emergency> Acesso em: 15 set. 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Irlanda v. Reino Unido, App. No. 5310/71, para. 207 (TEDH 1978)*.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Kuimov v. Rússia, App. No. 32147/04, para. 96 (TEDH 2009)*.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Marshall v. the United Kingdom, dec., No. 41571/98, ECtHR (Fourth Section)*, 10 July 2001.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Rantsev v. Chipre e Rússia, App. No. 25965/04, para. 282 (TEDH 2010)*.

FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. Pandemic rulings: between dialogues and shortcuts at the Inter-American Court of Human Rights. *Iconnect*, 2020. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2020/07/pandemic-rulings-between-dialogues-and-shortcuts-at-the-inter-american-court-of-human-rights> Acesso em: 15 set. 2021.

FARBER, Daniel A. Rights as signals. *The Journal of Legal Studies*, v. 31, n. 1, p. 83-98, jan. 2002.

FITZPATRICK, Joan. Human rights in crisis: the international system for protecting human rights during states of emergency. *The Modern Law Review*, v. 58, n. 2, p. 279-282, mar. 1995.

GEBREKIDAN, Selam. For autocrats, and others, coronavirus is a chance to grab even more power. *New York Times*, 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/03/30/world/europe/coronavirus-governments-power.html> Acesso em: 15 set. 2021.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. The Bound executive: emergency powers during the pandemic. Virginia public law and legal theory research paper No. 2020-52. *Public Law Working Paper No. 747*, 26 de julho de 2020. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3608974> Acesso em: 15 set. 2021.

GREENE, Alan. States should Declare a State of Emergency Using Article 15 ECHR to confront the

coronavirus pandemic. *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2020/04/01/states-should-declare-a-state-of-emergency-using-article-15-echr-to-confront-the-coronavirus-pandemic> Acesso em: 15 set. 2021.

GROSS, Oren. Chaos and rules: should responses to violent crises always be constitutional? *The Yale Law Journal*, v. 112, n. 5, p. 1011-1134, mar. 2003.

GROSS, Oren; NÍ AOLÁIN, Fionnuala. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

HAFNER-BURTON, Emilie M.; HELFER, Laurence R.; FARISS, Christopher J. Emergency and escape: explaining derogations from human rights treaties. *International Organization*, v. 65, n. 4, p. 673-707, out. 2011.

HANNUM, Hurst. *Rescuing human rights: a radically moderate approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

HARTMAN, Joan. Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision. *Human Rights Quarterly*, v. 7, n. 1, p. 89-131, fev. 1985.

HELPER, Laurence R. Flexibility in international agreements. In: DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A. (eds.). *Interdisciplinary perspectives on international law and international relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

HELPER, Laurence R. Populism and international human rights institutions: a survival guide. In: NEUMAN, Gerald L. (ed.). *Human rights in a time of populism: challenges and responses*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

HELPER, Laurence R. Pushback against supervisory systems: lessons for the ILO from international human rights institutions. In: KOHIYAMA, Tomi; POLITAKIS, George; LIEBY Thomas (eds.). *ILO 100 - Law for Social Justice*. Geneva: International Labour Office, 2019.

HELPER, Laurence R. Redesigning the European Court of Human Rights: embeddedness as a deep structural principle of the European Human Rights Regime. *European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p. 125-159, fev. 2008.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Yakey Axa Indigenous Community v. Paraguay*. Judgment of June 17, 2005.

INTERNATIONAL JUSTICE RESOURCE CENTER. *Inter-American Commission Issues Precautionary Measures as COVID-19 Threatens Indigenous Communities*. 2020. Disponível em: <https://ijrcenter.org/2020/07/22/inter-american-commission-issues-precautionary-measures-as-covid-19-threatens-indigenous-communities> Acesso em: 15 set. 2021.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Committees*. Disponível em: <https://www.ila-hq.org/index.php/committees> Acesso em: 15 set. 2021.

ISTREFI Kushtrim. *Supervision of derogations in the wake of COVID-19: a litmus test for the Secretary General of the Council of Europe*. 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/supervision-of-derogations-in-the-wake-of-covid-19-a-litmus-test-for-the-secretary-general-of-the-council-of-europe> Acesso em: 15 set. 2021.

ISTREFI Kushtrim. To Notify or not to notify: derogations from human rights treaties. *Opinio Juris*, 2020. Disponível em: <https://opiniojuris.org/2020/04/18/to-notify-or-not-to-notify-derogations-from-human-rights-treaties> Acesso em: 15 set. 2021.

ISTREFI Kushtrim; SALOMON, Stefan. Entrenched derogations from the European Convention on Human Rights and the emergence of non-judicial supervision of derogations. *Austrian Review of International and European Law Online*, v. 22, n. 1, p. 5-28, 2017.

- JOSEPH, Sarah. Extending the right to life under the International Covenant on civil and political rights: general comment 36. *Human Rights Law Review*, v. 19, n. 2, p. 356-359, jun. 2019.
- KOUROUTAKIS, Antonios; RANCHORDÁS, Sofia. Snoozing democracy: sunset clauses, de-juridification, and emergencies. *Minnesota Journal of International Law*, v. 25, 2016.
- KUYPER, Jonathan W. Designing Institutions for global democracy: flexibility through escape clauses and sunset provisions. *Ethics & Global Politics*, v. 6, n. 4, p. 195-215, 2013.
- LILLICH, Richard. The Paris minimum standards of human rights norms in a state of emergency. *American Journal of International Law*, v. 79, n. 4, p. 1072-1081, out. 1985.
- MARINIELLO, Triestino. Prolonged emergency and derogation of human rights: why the European Court should raise its immunity system. *German Law Journal*, v. 20, n. 1, p. 46-71, fev. 2019.
- MASFERRER, Aniceto. *Post 9/11 and the state of permanent legal emergency: security and human rights in countering terrorism*. Berlin: Springer, 2012.
- MCGOLDRICK, Dominic. The interface between public emergency powers and international law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 2, p. 380-429, abr. 2004.
- MÜLLER, Amrei. *The relationship between economic, social and cultural rights and international humanitarian law*. Leiden: Brill Nijhoff, 2013.
- NEUMAN, Gerald L. Constrained derogation in positive human rights regimes. In: CRIDDLE, Evan J. (ed.). *Human rights in emergencies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- NÍ AOLÁIN, Fionnuala. The cloak and dagger game of derogation, in human rights in emergencies. In: CRIDDLE, Evan J. (ed.). *Human rights in emergencies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- ORÀÀ, Jaime. *Human Rights in States of Emergency in International Law*. Don Mills: Oxford University Press, 1992.
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Recent suspensions of guarantees regarding multilateral treaties*. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_suspension_guarantees.asp Acesso em: 15 set. 2021.
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Res. No. 4/2020: direitos humanos das pessoas com covid-19 (27 de julho de 2002)*. Disponível em: <https://www.oas.org/en/iCADH/decisions/pdf/Resolution-4-20-en.pdf> Acesso em: 15 set. 2021.
- PASQUALUCCI, Jo M. The right to a dignified life (vida digna): the integration of economic and social rights with civil and political rights in the inter-american human rights system. *Hastings International and Comparative Law Review*, v. 31, n. 1, 2008.
- RAMRAJ, Victor V. *Emergencies and the limits of legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- REINSBERG, Lisa. Mapping the proliferation of human rights bodies' guidance on COVID-19 mitigation. *Just Security*, 2020. Disponível em: <https://www.justsecurity.org/70170/mapping-the-proliferation-of-human-rights-bodies-guidance-on-covid-19-mitigation> Acesso em: 15 set. 2021.
- SCHEININ, Martin. COVID-19 Symposium: to derogate or not to derogate? *Opinio Juris*, 2020. Disponível em: <https://opiniojuris.org/2020/04/06/covid-19-symposium-to-derogate-or-not-to-derogate> Acesso em: 15 set. 2021.
- SIMMONS, Beth A. *Mobilizing for human rights: international law in domestic politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- SIMPSON, A. W. Brian. *Human rights and the end of empire: Britain and the Genesis of the European Conven-*

tion. Oxford: Oxford University Press, 2001.

SSENYONJO, Manisuli. *Economic, social and cultural rights in international law*. London: Hart Publishing, 2009.

SUN, Nina. Applying Siracusa: a call for a general comment on public health emergencies. *Health & Hum. Rts. Journal*, 2020. Disponível em: <https://www.hhrjournal.org/2020/04/applying-siracusa-a-call-for-a-general-comment-on-public-health-emergencies> Acesso em: 15 set. 2021.

THE STATE'S positive obligations under IHRL during the coronavirus outbreak. *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2020/04/29/announcement-webinar-the-states-positive-obligations-under-ihrl-during-the-coronavirus-outbreak-5-may> Acesso em: 15 set. 2021.

TZEVELEKOS, Vassilis P. Herd immunity and lockdown: the legitimacy of national policies against the pandemic and judicial self-restraint by the TEDH. *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2020/05/11/herd-immunity-and-lockdown-the-legitimacy-of-national-policies-against-the-pandemic-and-judicial-self-restraint-by-the-TEDH> Acesso em: 15 set. 2021.

UNITED NATIONS, ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985).

UNITED NATIONS. *Compilation of statements by human rights treaty bodies in the context of COVID-19*. CCPR/C/128/2 (24 de abril de 2020).

UNITED NATIONS. *E/C.12/1/Add.59*. 2001.

UNITED NATIONS. *E/C.12/2000/4*. 11 August 2000. General Comment No. 14 (2000).

UNITED NATIONS. *General comment N. 29: CCPR/C/GC/35 (2014)*.

UNITED NATIONS. *General comment N. 29: states of emergency (article 4)*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).

UNITED NATIONS. *General comment N. 36: CCPR/C/GC/36 (2018)*.

UNITED NATIONS. *Notificações do Depositário (CNs) pela Secretária Geral*. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/CNs.aspx?cnTab=tab2&clang=en> Acesso em: 15 set. 2021.

UNITED NATIONS. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism on the human rights challenge of states of emergency in the context of countering terrorism. *A/HRC/37/52 (28 de fevereiro de 2018)*.

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