

A SOBERANIA POPULAR E SEUS LIMITES CONSTITUCIONAIS: O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS COMO ÚLTIMO RECURSO PARA EVITAR A BANALIDADE DO MAL*

*THE POPULAR SOVEREIGNTY AND ITS CONSTITUTIONAL LIMITS:
THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AS THE LAST RESTO
FOR AVOIDING THE BANALITY OF THE EVIL*

Emilio Santoro  

Professor na Università degli Studi di Firenze. Doutor em Ciência Política e Social pelo Instituto Universitário Europeu.

E-mail: emilio.santoro@unifi.it

O caso Diciotti é uma prova do próprio constitucionalismo, ou seja, da civilização jurídica construída após as tragédias da primeira metade do século XX. A avaliação do Senado italiano está livre de restrições jurídicas ou, caso a autorização para abrir um processo seja negada, haverá “um juiz em Berlim”?

Nos últimos meses, o debate italiano (particularmente na esquerda italiana) parece centrado no problema de obedecer a leis injustas. A desobediência às leis injustas foi evocada em conexão com o processo criminal do prefeito Mimmo Lucano, que foi contrário ao sistema de recepção de imigrantes em Riace, e depois com a “Lei Salvini”, quando os prefeitos foram chamados a ignorar as disposições da lei sobre o registro de solicitantes de asilo. Em suma, parece que voltamos à era da *Antígona* de Sófocles, que opôs a lei moral e a desobediência à lei do tirano Creonte. Sófocles a fez dizer: “Não pensei que seus decretos tivessem tal peso que pudessem revogar as leis infalíveis e não escritas dos deuses, e você mero mortal e homem. As leis divinas não são para agora, nem ainda para ontem, mas vivem para sempre e suas origens são mistérios para os homens”.

Essa abordagem ao problema parece esquecer que não vivemos mais na antiga Tebas, mas em um Estado constitucional. Constituições rígidas

* Publicação original: SANTORO, Emilio. The Popular Sovereignty and Its Constitutional Limits: the European Court of Human Rights as the last resto for avoiding the banality of the evil. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; WOJTYCZEK, Krzysztof. *Judicial Power in a Globalized World*. Suíça: Springer, 2019, p. 501-510. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-030-20744-1_31 Tradução de Nelso Molon Júnior. Revisão de Ricardo Antônio Lucas Camargo.

foram elaboradas após a Segunda Guerra Mundial justamente para resolver o problema que Hannah Arendt chamou de “a banalidade do mal”: a ideia de que os funcionários públicos devem obedecer à lei como tal, que têm o dever de aplicá-la independentemente de seu conteúdo. A pedra angular do constitucionalismo, em particular do constitucionalismo italiano, é a ideia de que o juiz não deve ser simplesmente a boca da lei, de Creonte, nem mesmo de uma lei que expresse a vontade do povo soberano, como pretendia o Iluminismo jurídico. Um juiz deve ser, antes de mais nada, o juiz da lei. Seu primeiro dever é avaliar se uma lei está de acordo com a Constituição e, se duvidar disso, encaminhar a questão ao Tribunal Constitucional. O problema não é comparar a lei positiva, expressão da vontade do povo, com a lei moral, as “leis infalíveis e não escritas dos deuses” de Antígona. É uma das legitimidades constitucionais da lei: para assinalar com Kelsen, uma lei inconstitucional é apenas uma lei temporária, aparente. Conforme aprendem os calouros da faculdade de Direito, uma decisão de inconstitucionalidade remove uma lei desde o momento em que foi aprovada: ela possui eficácia *ex tunc*, na frase latina dos advogados.

O constitucionalismo se apoia em um equilíbrio delicado expresso no oxímoro do artigo um da constituição italiana: “A Itália é uma República democrática baseada no trabalho. A soberania é do povo, que a exerce nas formas e nos limites da Constituição”.

Este artigo afirma um oxímoro, pois reconcilia a soberania e seus limites. Se lermos os criadores da noção de soberania, de Bodin a Hobbes e Austin, veremos que para eles o soberano não tem limites: tomando emprestado o latim dos advogados novamente, *superiorem non recognoscens*. O soberano deve ser aquele que não tem regra superior definindo as fronteiras de seu poder. Em vez disso, a Constituição italiana prevê que a soberania “pertence ao povo”, mas ao mesmo tempo exige que este último a exerça dentro dos limites estabelecidos pela própria Constituição, sem que isso prejudique o caráter democrático da República: o artigo primeiro começa com a proposição de que a República Italiana é democrática.

O Art. 9º, § 3º, do Ato Constitucional n. 1 de 1989, implementando o artigo 96 da Constituição, prevê que a Casa do Parlamento de que um representante do povo seja membro, ou o Senado, se um membro do governo não for membro do Parlamento, “pode, por voto do maioria de seus membros, negar a autorização para processar se considerar, com uma

avaliação incontestável, que a pessoa sendo processada agiu para proteger um interesse constitucionalmente relevante do Estado, ou para buscar um interesse público proeminente no exercício das funções do governo”.

O que torna o caso do sequestro de cento e setenta e sete pessoas a bordo do navio Diciotti um *experimentum crucis* sobre constitucionalismo e sua saúde é que não só o Ministro do Interior, Salvini, mas todo o governo deixou de negar que foram detidas cento e setenta e sete pessoas, possivelmente (não foram autorizados a candidatar-se), incluindo requerentes de asilo, no navio militar sem justificativa legal. Assim, não negaram ter cometido um delito de sequestro, agravado pela sua posição de governantes. Em vez disso, eles optaram por argumentar que o ato foi legitimado pelo princípio de que o fim justifica os meios. O Ministro do Interior e o governo optaram por argumentar que deliberadamente procederam ao sequestro e que este, embora sem justificativa legal, era necessário “para proteger um interesse constitucionalmente relevante do Estado, ou para buscar um interesse público proeminente”.

Esta escolha questiona dramaticamente o significado e as limitações do governo constitucional: pode um governo decidir não respeitar um direito fundamental de algumas pessoas, um direito constitucional expresso, para buscar o que eles pensam ser um interesse público proeminente ou um interesse constitucionalmente relevante do Estado (eu acho que a defesa das fronteiras)?

O problema surge primeiro da frase, na regra sobre a autorização do processo, que tenho enfatizado, "avaliação incontestável": pode esta frase ser lida como uma negação do Art. 1º da Constituição? Pode uma Câmara do Parlamento, representando o povo soberano, reconhecer como legítimo um ato que rompe os limites constitucionais ao exercício da soberania popular?

Provavelmente, os redatores da Constituição nunca pensaram que esse problema pudesse surgir, mas, desde que surgiu, ele precisa de uma solução. Segundo reportagens da imprensa, o Presidente do Tribunal Constitucional limitou-se a insistir na distinção entre uma “avaliação jurídica” por parte do Tribunal de Ministros, chamado a apurar se “o fato é delito” e, se for o caso, a remeter o caso ao Parlamento, e uma “avaliação política” pela qual “a Câmara ou o Senado avaliam [...] se o crime se justifica para satisfazer um interesse público constitucionalmente relevante. Nesse caso, o Parlamento não autoriza o processo”.

Se esta distinção significa que a avaliação do Parlamento é independente dos direitos reconhecidos pela Constituição italiana, discordo.

Em minha opinião, a cláusula que define a avaliação do Parlamento como "incontestável" não pode questionar o delicado equilíbrio basilar do constitucionalismo. Não é possível empoderar os representantes do povo soberano para estabelecerem os limites da soberania do povo. Mais uma vez, uma frase latina nos lembra: *nemo iudex in re sua*. Afinal, constituições rígidas e tribunais constitucionais nasceram após a Segunda Guerra Mundial porque os fatos que aconteceram antes da guerra desapontaram a esperança de Rousseau e dos teóricos do Estado de Direito do século XIX de que o povo soberano ou o legislativo pudessem proteger os direitos fundamentais do povo em face do executivo.

Certamente cabe ao governo e ao Parlamento o poder de limitar a entrada de migrantes na Itália (talvez não a entrada de requerentes de asilo), mas esse poder não pode ser exercido violando os direitos constitucionais dos migrantes. Não é a política do governo e da maioria do Parlamento que está em questão, mas sim a possibilidade de a implementar violando os direitos fundamentais das pessoas.

Em minha opinião, os riscos deste caso – constitucionalismo, i.e., a civilização jurídica que construímos após as tragédias da primeira metade do século passado – são muito altos. Portanto, é muito importante estabelecer se, no caso – muito provável após a decisão da comissão do Parlamento – de o Senado negar a autorização para processar, "haverá um juiz em Berlim" – para usar a famosa frase – para proteger direitos fundamentais das pessoas. Embora o caminho para levar a decisão do Senado perante o Tribunal Constitucional seja inacessível, penso que haverá um juiz, não em Berlim, mas em Estrasburgo: nomeadamente, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH).

Este Tribunal decidiu consistentemente que “embora os Estados sejam soberanos no estabelecimento de suas políticas de migração, as dificuldades na gestão dos fluxos migratórios não podem justificar práticas incompatíveis com as obrigações convencionais” (decisão da Grande Câmara no caso *Geórgia vs. Rússia*, comunicada em 30 de janeiro de 2019). Com base neste princípio, a Itália já foi condenada em 2012, caso *Hirsi Jamaa e outros vs. Itália*, por rejeitar migrantes sem permitir que eles solicitassem asilo. Ainda mais relevante é a condenação no caso *Khlaifia e outros vs. Itália*, onde a Grande Câmara, embora reconhecendo os problemas que as autoridades

italianas enfrentam na gestão dos fluxos migratórios, decidiu que não pode isentar a Itália da obrigação de garantir as condições de detenção que respeitem a dignidade das pessoas e, o mais importante, não permite formas de detenção que não estejam previstas pela lei italiana.

As obrigações que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) impõem aos Estados membros incluem as que decorrem do artigo 13. Este artigo estabelece que “Todos aqueles cujos direitos e liberdades, conforme estabelecido nesta Convenção, sejam violados, terão um recurso efetivo perante uma autoridade nacional não obstante a violação ter sido cometida por pessoas que exercem funções oficiais”. Uma vez que, no caso do navio Diciotia, um direito foi certamente violado, nomeadamente o direito à “liberdade e segurança” do artigo 5º da Convenção, e o TEDH considera este direito de grande importância porque a sua violação conduz frequentemente à violação da proibição da tortura e dos tratamentos desumanos ou degradantes do artigo 3º, parece óbvio que o caso pode ser levado ao Tribunal de Estrasburgo. A convicção de que o caso será ouvido pelo TEDH também é amparada pelo fato de que algumas pessoas sequestradas no Diciotti já apresentaram um requerimento e que, se a autorização para processar o ministro Salvini for negada, parece óbvio que os requerentes o solicitem ao Tribunal para que se pronuncie sobre esta negação também.

Em um famoso julgamento contra a Itália, o TEDH já declarou o seu poder de impor o direito dos requerentes a um processo efetivo contra os autores de violações dos artigos 3º e 5º da Convenção.

Não só é importante lembrar este caso porque parece lançar luz sobre a atitude do Tribunal, mas principalmente porque se trata de um acontecimento que evidencia um caminho perigoso que se abriria se fosse admitido que uma Câmara do Parlamento pudesse impedir o processo contra alguns ministros por violarem um direito fundamental, em particular o direito à liberdade individual, ao alegar que o fizeram por “um interesse constitucionalmente relevante do Estado, ou para buscar um interesse público proeminente”.

A decisão a que me refiro é particularmente significativa porque o Tribunal cumpriu o seu dever de proteger os direitos fundamentais da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, mesmo quando eles são violados por órgãos constitucionais de um Estado, como o governo no caso Diciotti ou o Presidente da República, ambos seguramente convictos de que

agiram “na busca de um interesse público proeminente” nas suas competências oficiais, ainda que por esses fatos o Tribunal de Ministros não tenha solicitado autorização para julgar.

A decisão é a proferida pelo Tribunal em 2016 no processo *Nasr e Ghali vs. Itália*. O fato foi a rendição extraordinária de Abu Omar. Este último, já condenado por pertencer a uma associação terrorista à época do julgamento do Tribunal, foi sequestrado, espancado, levado para a base militar americana de Aviano e depois para o Cairo, onde foi torturado para obrigá-lo a cooperar com a inteligência egípcia. A investigação apurou a responsabilidade de um agente da CIA estabelecido em Milão e de outros cidadãos norte-americanos, no total vinte e seis pessoas, para as quais o Ministro da Justiça não solicitou a extradição.

Durante a investigação, os promotores pediram ao serviço de inteligência italiano informações sobre os agentes norte-americanos: “A este pedido, o Primeiro-Ministro, na qualidade de autoridade competente em segredos de Estado, indicou que havia autorizado a transmissão das informações solicitadas sob a condição que a sua divulgação não prejudicaria a ordem constitucional” (§ 55 do acórdão do TEDH). Posteriormente, a investigação levou ao envolvimento de alguns agentes da inteligência italiana. Foi encerrado com a acusação de 35 pessoas, incluindo 26 cidadãos norte-americanos que foram julgados à revelia, por não terem se apresentado ao julgamento. Em seguida, o Primeiro-Ministro apresentou dois pedidos ao Tribunal Constitucional, contra os magistrados de Milão, alegando um conflito de competência entre os poderes do Estado devido ao uso e divulgação de documentos e informações confidenciais do Estado.

Quando o Tribunal aceitou ouvir os pedidos, os promotores de Milão apresentaram eles próprios um pedido de conflito de competência, sustentando que o Primeiro-Ministro agiu *ultra vires* na classificação dos documentos e das informações relativas à organização e cometimento do sequestro. Segundo os promotores, um segredo de Estado não poderia aplicar-se ao sequestro que constituísse um “fato subversivo da ordem constitucional”, uma vez que os princípios do governo constitucional impedem que alguns indivíduos sejam sequestrados em território nacional e transferidos à força para outro país para serem interrogado com ameaça ou uso de violência física ou moral.

De acordo com os promotores de Milão, “*uma vez que o sequestro foi parte de uma violação sistemática dos direitos humanos, principalmente a*

proibição da tortura e da privação arbitrária de liberdade, era contrário aos princípios fundamentais da Constituição e às regras internacionais de direitos humanos” (§ 90, meu grifo).

Com o julgamento n. 106/2009 de 18 de março de 2009, o Tribunal Constitucional italiano “declarou a prevalência dos interesses protegidos por segredo de Estado sobre qualquer outro interesse garantido constitucionalmente e lembrou que o executivo tem o poder discricionário de avaliar a necessidade do segredo para proteger esses interesses”, um poder “que só pode ser limitado pela necessidade de o Parlamento explicitar os motivos essenciais de uma decisão e pela proibição de classificar os fatos subversivos da ordem constitucional”. O Tribunal Constitucional especificou que este poder não está sujeito a qualquer controle judicial, incluindo o seu próprio, e sublinhou que em um pedido de conflito de competência não foi chamado a expressar uma avaliação das razões para aplicar o segredo de Estado (§ 99).

O Tribunal “reconheceu a ilegalidade da prática de ‘rendições extraordinárias’, mas considerou que ‘um ato criminoso individual, por mais grave que fosse, não [era] em si mesmo capaz de constituir um fato subversivo da ordem constitucional, pois [era] incapaz de subverter, por meio da perturbação, o arranjo geral das instituições democráticas”. Portanto, o Tribunal decidiu que, embora o sequestro do requerente não fosse elegível como segredo de Estado, o uso de segredo de Estado não poderia ser descartado na investigação” (§ 102).

Apesar do segredo de Estado, o Tribunal de Milão considerou que havia provas suficientes do sequestro e da responsabilidade de 22 agentes dos EUA, condenou duas autoridades italianas por auxílio e cumplicidade, mas declarou que os diretores da inteligência italiana não poderiam ser processados pelo segredo de Estado. Eles foram condenados no julgamento de apelação após uma longa disputa entre o Tribunal de Cassação e o Tribunal Constitucional sobre os limites do segredo de Estado. Não apenas a condenação dos agentes norte-americanos foi mantida, mas também aqueles que tiveram imunidade diplomática reconhecida no julgamento também foram condenados. Além disso, foi reconhecido o direito de Abu Omar e seus parentes de receberem indenizações.

Depois que a sentença se tornou final, nenhum órgão do governo italiano solicitou a extradição dos cidadãos norte-americanos condenados, e um mandado de prisão internacional foi emitido apenas para o agente da

CIA em Milão. Este último e os dois cidadãos norte-americanos que se encontravam na Itália no momento da condenação solicitaram e obtiveram o perdão presidencial italiano.

No julgamento, o TEDH reiterou a sua orientação, que já podemos definir como definitiva, nos assuntos relativos ao artigo 3º, i.e., tortura e tratamentos desumanos ou degradantes. Cito o parágrafo 262 da decisão porque é tão claro que qualquer reformulação só poderia ofuscá-lo:

Quando um indivíduo apresenta um caso verossímil de que sofreu, pela polícia ou outros serviços estatais semelhantes, ou em consequência de atos cometidos por agentes estrangeiros agindo com o consentimento ou conivência do Estado, um tratamento contrário ao artigo 3º, esta disposição, juntamente com o dever geral imposto pelo artigo 1º da Convenção aos Estados de "garantir a todos dentro de sua jurisdição os direitos e liberdades definidos nesta [...] Convenção", exige como consequência que deve haver uma efetiva investigação oficial. Tal investigação deve ser capaz de levar à identificação e, se for o caso, à punição dos responsáveis e à apuração da verdade. Se assim não fosse, apesar da sua importância fundamental, a proibição geral da tortura e das penas e tratamentos desumanos ou degradantes seria ineficaz na prática e seria possível em alguns casos aos agentes do Estado infringir, quase impunemente, os direitos das pessoas sob seu controle.

No julgamento, o Tribunal reafirma outros princípios estabelecidos de sua jurisprudência sobre tortura e maus-tratos: o processo criminal não deve prescrever e, após a condenação, a pena não pode estar sujeita a suspensão condicional, perdão, anistia e clemência (§ 263 pontos V e VI).

É claro destas disposições que a vontade do Parlamento, enquanto representante da soberania do povo, não pode ser colocada acima da Convenção dos Direitos do Homem tal como interpretada pelo Tribunal. Tanto o perdão como a anistia, que violariam a Convenção, são aprovados pelo Parlamento que, de acordo com o artigo 79 da Constituição italiana, deve aprová-los por uma maioria de dois terços. Assim, nem mesmo a vontade certificada de dois terços do povo soberano pode suprimir o direito de punir alguém que seja responsável por um tratamento contrário ao artigo 3º da Convenção.

No entanto, a passagem mais relevante desta decisão, que determina sua importância para o caso de sequestro do navio Diciotti, é aquela em que

o Tribunal destaca o lugar central do artigo 5º da Convenção. Mais uma vez, pela sua clareza, cito diretamente o parágrafo 296 da decisão.

Em primeiro lugar, o Tribunal observa a importância fundamental das garantias do artigo 5º para assegurar aos indivíduos em uma democracia o direito de não serem submetidos à detenção arbitrária pelas autoridades. Por esta razão, nunca se deixa de destacar na jurisprudência que qualquer privação de liberdade deve estar em conformidade com as disposições materiais e processuais da legislação nacional, mas também em conformidade com o próprio fim do artigo 5º: proteger os indivíduos contra o uso arbitrário do poder. A importância da proteção concedida aos indivíduos contra o uso arbitrário do poder é demonstrada pelo artigo 5º, § 1, que enumera as circunstâncias em que um indivíduo pode ser legalmente privado de sua liberdade, entendendo-se que tais circunstâncias exigem uma interpretação restrita para elas, pois são exceções a uma garantia fundamental da liberdade individual.

Essa ênfase não deve surpreender aqueles que costumam ser informados de que nossa civilização jurídica surgiu com a consagração do habeas corpus pela Magna Charta e que o constitucionalismo moderno nasceu com a reafirmação dessa instituição pela Bill of Rights de 1689 que selou o sucesso de a Revolução Gloriosa. No entanto, as consequências que o Tribunal daí extrai são de alguma forma devastadoras, pelo menos para o caso em apreço.

De fato, o Tribunal salienta (§ 297) que "os redatores da Convenção reforçaram a proteção dos indivíduos contra a privação arbitrária de liberdade ao promulgar um conjunto de direitos materiais destinados a minimizar o risco de um uso arbitrário de poder, ao prever que atos de privação de liberdade devem ser submetidos a um controle judicial independente, e deve ser possível investigar a responsabilidade das autoridades". Para o Tribunal, a justificativa para a rápida tramitação dos procedimentos de habeas corpus, exigidos pelos parágrafos 3º e 4º do artigo 5º da CEDH, é a necessidade de "descobrir e prevenir medidas que possam colocar em risco a vida da pessoa ou graves maus-tratos que violem as garantias fundamentais dos artigos 2º e 3º da Convenção". A proteção da liberdade individual, prevista no artigo 5º, parágrafo primeiro, da Convenção, é fundamental porque a falta das garantias de proteção da liberdade física e da segurança das pessoas "pode erradicar o protagonismo

da lei e tornar as formas mais elementares de proteções jurídicas inacessíveis aos detidos”.

Com base neste pressuposto, o Tribunal declarou a equivalência absoluta das garantias – portanto, das obrigações positivas – do artigo 3º e do artigo 5º. Pois, da condenação do Estado italiano no caso de Abu Omar por violação dos artigos 3º e 5º do CEDH, o Tribunal deduziu a “defensibilidade” de um pedido sob o artigo 13, i.e., por violação do dever de “realizar uma investigação oficial eficaz”. Assim, condenou a Itália porque “*os requerentes deveriam ter tido, para os fins do artigo 13, remédios efetivos e concretos capazes de encontrar e punir os responsáveis, apurando a verdade de forma satisfatória*” (§ 334, grifo meu).

A fim de esclarecer o conteúdo da obrigação de “realizar uma investigação oficial efetiva”, e considerando o caso do navio Diciotti, deve-se ter em mente que, segundo o Tribunal, “para uma investigação ser efetiva e propícia para a identificação e acusação dos responsáveis, deve ser iniciada e executada com celeridade” (§ 263, I). Portanto, deixar de iniciar a investigação ou de não a continuar depois de iniciada é uma violação da Convenção. O Tribunal é muito claro sobre as consequências da omissão de prosseguimento com a acusação, uma vez que algumas provas foram encontradas:

Quando o inquérito preliminar tenha conduzido ao início da investigação perante os juízes nacionais, todo o processo, incluindo o julgamento, deve cumprir os requisitos da proibição prevista na referida regra. Assim, os juízes nacionais não devem em caso algum parecerem dispostos a deixar uma agressão à integridade física e moral das pessoas sem punição. Isso é necessário para manter a confiança pública e garantir o apoio das pessoas ao Estado de Direito, bem como para prevenir qualquer indício de tolerância de atos ilícitos ou de possível convivência com sua perpetração (§ 263, II).

Quanto à circunstância de que a autoridade estatal “agiu para proteger um interesse constitucionalmente relevante do Estado, ou para buscar um interesse público proeminente no exercício das funções do governo”, deve-se lembrar que, nesse caso, a Itália foi condenada porque:

(1) o Presidente da República fez uso do seu poder de perdão, cujo exercício não obedece a critérios constitucionais;

(2) o governo aplicou o segredo de Estado, e isso foi considerado pelo menos parcialmente legítimo pelo Tribunal Constitucional, conforme mencionado anteriormente;

(3) o governo optou por não solicitar a extradição dos cidadãos norte-americanos envolvidos;

Por último, com referência específica ao “interesse constitucionalmente relevante”, recorde-se que, no caso do navio Diciotti, o governo apelou ao interesse de defender as fronteiras contra a entrada ilegal de cento e setenta e sete migrantes, enquanto no caso de Abu Omar o debate incidiu sobre o perigo muito mais grave de um indivíduo condenado por participar numa organização terrorista. Mais uma vez, as palavras cristalinas do Tribunal (§ 298) sobre a possibilidade de que a proteção das pessoas contra ataques terroristas permite uma exceção ao artigo 5º da CEDH, ou seja, à proteção da liberdade pessoal de terroristas reais ou supostos, valem a citação:

Sem dúvida, as investigações sobre crimes terroristas confrontam as autoridades com problemas especiais. No entanto, isso não significa que eles sejam livres, no que diz respeito ao artigo 5º, para prender e deter suspeitos sem qualquer controle efetivo pelos tribunais nacionais e, em última instância, pelos órgãos de controle da Convenção, sempre que pensem que há um crime de terrorismo. A este respeito, o Tribunal salienta que a detenção incomunicável de um indivíduo é uma negação total dessas garantias e uma violação gravíssima do artigo 5º.

Posfácio

No acórdão frequentemente citado, o Tribunal relembra (§ 263) o seu dever de “manter a sua função de controle e intervir se houver uma desproporção clara entre a gravidade de um ato e a punição infligida. Caso contrário, o dever dos Estados de realizar uma investigação eficaz perderia muito de seu significado”. Assim, vale a pena falar sobre a gravidade do delito que pode ter sido cometido no caso do navio Diciotti.

Quando, em 30 de agosto de 2018, a Procuradoria de Agrigento remeteu as acusações relativas ao caso Diciotti ao escritório de Palermo para

que as avaliassem e, possivelmente, alterassem antes de transmitir o processo ao Tribunal de Ministros em 15 dias, incluíram a contagem de sequestro para fins de coerção nos termos do artigo 289-ter do Código Penal italiano. Na opinião deles, o Ministro do Interior manteve cento e setenta e sete reféns para “coagir” a União Europeia a redistribuir migrantes em violação da Convenção de Dublin.

Para a conveniência do leitor, cito o artigo 289-ter do Código Penal italiano, intitulado *Sequestro para fins de coerção*:

Qualquer pessoa, exceto nos casos indicados nos artigos 289-bis e 630, sequestra uma pessoa ou a mantém em seu poder, ameaçando matá-la, feri-la ou mantê-la sequestrada para forçar um terceiro, seja este um Estado, uma organização internacional de múltiplos governos, uma pessoa natural ou jurídica ou um grupo de pessoas, para praticar qualquer ato ou abster-se dele, sujeitando a libertação do sequestrado a tal ação ou omissão, é punido com pena de prisão de vinte e cinco a trinta anos.

Em vez disso, o Tribunal de Ministros decidiu processar apenas por sequestro agravado. Hoje está arquivado na promotoria de Catania um documento, assinado pelo Primeiro-Ministro Giuseppe Conte, no qual o próprio Primeiro-Ministro afirma que “no caso do navio ‘U. Diciotti’ as ações da maior gravidade foram necessárias para perseguir dois objetivos, considerados da mais alta prioridade”. O primeiro objetivo era combater o tráfico de seres humanos. O segundo, mais relevante, é descrito nestes termos pelo próprio Primeiro-Ministro:

O Governo realizou todas as ações úteis para promover uma política de combate à imigração ilegal partilhada, tanto quanto possível, a nível europeu. Em particular, houve conversações com as autoridades maltesas sobre a individuação de um porto de desembarque, e foi feito um pedido a outros Estados-Membros da União Europeia e à Comissão Europeia para a redistribuição de migrantes.

O documento conclui afirmando que:

Portanto, o caso do navio ‘U. Diciotti’ enquadra-se plenamente no exercício de funções governamentais para perseguir objetivos de política migratória que visem combater o tráfico de seres humanos e apelar a outros Estados-Membros da União Europeia a partilharem o ônus da gestão do fenômeno, desde as operações de busca e resgate no mar.

Não sei se o sequestro de cento e setenta e sete pessoas é uma forma lícita de “apelar” a outros Estados europeus e à União Europeia para participarem na gestão do fenômeno migratório, ou uma forma de “coagir” alguns Estados e “uma organização internacional de múltiplos governos [...] para a realização de qualquer ato”. Recorde-se que na infração do artigo 289-ter o problema é, mais uma vez, o método, nomeadamente o sequestro. O ato que se deseja que os Estados ou a organização internacional sejam coagidos a realizar pode muito bem ser um dever legal, mas não se pode usar o sequestro de pessoas para obter a satisfação de um direito ou interesse nacional, por mais legítimo que seja.

À luz dessas considerações, acho que a declaração do Primeiro-Ministro pode apoiar uma reavaliação do comportamento do governo italiano, não um sequestro agravado por ter sido cometido por um funcionário do Estado, mas o delito muito mais grave do artigo 289-ter do Código Penal italiano, um artigo introduzido para combater ações supostamente terroristas.

Voltando ao Tribunal de Estrasburgo, deve-se ter em mente que o artigo 33 da CEDH permite casos *interestaduais*, estabelecendo que “Qualquer Alta Parte Signatária pode submeter ao Tribunal qualquer alegada violação das disposições da Convenção e dos respectivos Protocolos por outra Alta Parte Signatária”. Os casos interestaduais caíram em desuso após a introdução de pedidos individuais pelas vítimas, mas eles não foram abolidos e vale a pena observar suas características. Em um antigo caso de 1961, *Áustria vs. Itália*, a então Comissão observou que a queixa interestadual não é um meio para um Estado relatar violações da Convenção contra si mesmo. É antes um remédio para levar “uma questão que afeta a ordem pública da Europa” perante o Tribunal.

Assim, se Salvini e os outros membros do governo que assumiram a responsabilidade pelo sequestro das cento e setenta e sete pessoas a bordo do navio Diciotti não fossem processados, tanto os últimos individualmente,

como outros Estados signatários da Convenção para se antecipar a tentação de resolver as relações internacionais por meio de extorsão política (ou terrorista?), pode se aplicar ao Tribunal alegando uma violação do artigo 5º. Malta, por exemplo, poderia ser tentada a fazê-lo, embora no caso Diciotti tenha sido acusada de não permitir o desembarque de pessoas: seria uma forma legítima de reagir às pressões que a Itália está exercendo sobre todos os barcos que partem da Líbia para a costa italiana.

Espero que fique claro que não estou pedindo aos promotores e juízes italianos e ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que façam um uso político do Direito Penal, i.e., que se oponham à escolha política de limitar o acolhimento dos requerentes de asilo. Peço-lhes que se oponham, pelos meios que o ordenamento jurídico disponibiliza, à forma como esta escolha está a ser implementada: nomeadamente, o fato de esta via implicar a violação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição italiana e na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Peço-lhes que mantenham vivo esse mecanismo, o constitucionalismo, que os Estados modernos criaram para evitar as tragédias originadas pela crença de que a soberania do povo não tem limites. Peço-lhes que lembrem que, sob um governo constitucional, sua primeira tarefa é evitar a “banalidade do mal”.



Este trabalho possui uma Licença *Creative Commons - Atribuição 4.0 Internacional*.

Como citar este artigo (ABNT)

SANTORO, Emilio. A Soberania Popular e seus Limites Constitucionais: o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos como último recurso para evitar a banalidade do mal. *Revista Semestral de Direito Econômico*, Porto Alegre, v. 01, n. 02, e01202, jul./dez., 2021. Tradução de Nelso Molon Júnior. Revisão de Ricardo Antônio Lucas Camargo. <https://doi.org/10.51696/resede.e01202>



**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO ECONÔMICO**