



A Implementação do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (OPCAT) em Estados Federais ou Descentralizados

- Matt Pollard, Conselheiro Legal, APT

Documento para Debate no Seminário:
“O Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura: Implementação em Estados Federais ou Descentralizados”
São Paulo, Brasil (22-24 de junho 2005)

1. Introdução

O presente documento pretende fornecer bases e idéias que contribuam para as discussões no Seminário: “O Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura: Implementação em Estados Federais ou Descentralizados” em São Paulo, Brasil, de 22 a 24 de junho de 2005. O referido seminário é organizado pela Associação para a Prevenção da Tortura (APT), o escritório no Brasil do Centro pela a Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL/Brasil) e a Comissão Teotônio Vilela (CTV).

O documento:

- Apresenta os principais elementos do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (o “Protocolo Facultativo” ou “OPCAT”);
- Identifica de forma concisa as várias maneiras nas quais Estados podem ser descentralizados;
- Analisa temas inerentes à implementação do OPCAT em Estados federais ou descentralizados, inclusive:
 - proporciona uma visão geral sobre a natureza das medidas requeridas pelo OPCAT,
 - identifica as matérias que são geralmente parte de uma divisão federativa de competência legislativa e que são de interesse particular em relação ao OPCAT,
 - sugere estratégias e potenciais soluções para os desafios relacionados à implementação do OPCAT em Estados federais ou descentralizados;
 - descreve processos que levam à criação dos “Mecanismos Nacionais de Prevenção” em diversos Estados, como exemplos ilustrativos.

2. O Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura

O Protocolo Facultativo, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 2002, entrará em vigor após a ratificação de pelo ou menos 20 Estados. Até a presente data¹, 34 Estados assinaram o OPCAT e 9 notificaram as Nações Unidas acerca de sua ratificação. Os principais elementos do OPCAT são os seguintes:²

- Ênfase na **prevenção**, em detrimento da investigação *post facto* e das missões de investigação;
- **Colaboração** com os Estados-Partes a fim de prevenir violações, em detrimento da condenação pública de Estados-Partes por violações já cometidas;
- Criação de um **órgão especializado internacional** dentro das Nações Unidas (o “Subcomitê de Prevenção”), e **órgãos especializados nacionais** (“Mecanismos Nacionais de Prevenção” ou “MNPs”) que devem ser estabelecidos por cada Estado-Parte;
- Tanto os mecanismos nacionais quanto os internacionais conduzirão **visitas regulares** a locais de detenção com o propósito de monitorar suas condições, propondo **recomendações** e trabalhando de forma construtiva com os Estados-Partes para sua **implementação**, a fim de promover uma melhor prevenção da tortura e outras formas de tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes;
- O OPCAT intencionalmente incorpora um grau de flexibilidade à estrutura do **Mecanismo Nacional de Prevenção**, a fim de garantir que o estabelecimento de um MNP seja possível independentemente da estrutura interna do Estado:
 - O MNP pode consistir em um ou vários órgãos.³
 - O Estado pode estabelecer um novo órgão nacional, ou designar órgãos pré-existentes.⁴ Estes podem ser comissões de direitos humanos, ouvidorias, comissões parlamentares, grupos de leigos, organizações da sociedade civil, ou sistemas múltiplos.

¹ Até 24 de maio de 2005.

² Para maiores detalhes, vide D. Long e N. Boeglin Naumovic, Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes: um manual para a Prevenção (*Optional Protocol to the United Nations Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: A Manual for Prevention*), original em inglês (San José e Genebra: Instituto Interamericano de Direitos Humanos e Associação para a Prevenção da Tortura, 2004).

³ OPCAT, Artigo 17.

⁴ OPCAT, Artigo 17.

No entanto, a flexibilidade não é ilimitada. Em todo caso, se a estrutura geral do MNP for composta por órgãos múltiplos, cada um desses órgãos, deve obedecer aos requisitos de **independência e eficácia** (incluindo especialidade na matéria, representatividade, e recursos suficientes).⁵

- O sistema nacional, incluindo tanto o Mecanismo Nacional de Prevenção quanto quaisquer mudanças na legislação e procedimentos domésticos que tornem possível o trabalho do Subcomitê internacional, **devem ser realizadas dentro de um ano** após a entrada em vigor do Protocolo Facultativo ou, uma vez em vigor, um ano após a ratificação ou adesão pelo referido Estado.⁶
- Os membros dos mecanismos nacional e internacional devem ter acesso **a todos os locais**, oficiais ou não, em que um indivíduo esteja privado de sua liberdade, incluindo:
 - prisões e delegacias de polícia,
 - instalações para prisão preventiva,
 - centros para adolescentes infratores,
 - locais de detenção administrativa,
 - estabelecimentos das forças de segurança ou militares,
 - centros de detenção para imigrantes e solicitantes de asilo,
 - zonas de trânsito em aeroportos,
 - postos de controle em zonas de fronteira,
 - instituições psiquiátricas e médicas.
- Os especialistas visitantes devem ter garantido certos direitos e poderes a fim de realizar visitas eficazes, inclusive:
 - o direito de conduzir **entrevistas privadas** e sem testemunhas com qualquer pessoa privada de sua liberdade, bem como entrevistar outras pessoas tais como agentes de segurança ou pessoal médico e familiares dos detentos;
 - o direito ao **acesso irrestrito a todos os registros** de qualquer detento ou preso e o direito de examinar regras disciplinares, punições e outros documentos relevantes tais como aqueles que registram o número de pessoas privadas de liberdade e o número de locais de detenção existentes;
 - o direito ao **acesso a todos os recintos** do estabelecimento, incluindo, por exemplo, dormitórios, refeitórios, cozinhas, celas de isolamento, banheiros, área para exercício e unidade de assistência à saúde.
- Ao final da visita, o mecanismo de prevenção apresentará um **relatório** e uma série de **recomendações** para as autoridades competentes (tais como ministérios de Justiça, do Interior e Segurança, assim como autoridades

⁵ Vide Long e Boeglin Naumovic, nota 2 *supra*, pp. 132-135 (versão em inglês).

⁶ A menos que o Estado faça uma declaração nos termos do Artigo 24 do OPCAT, no momento da ratificação, o qual permite ao Estado o adiamento do MNP por um prazo máximo de três anos, que pode ser estendido por mais dois anos.

penitenciárias e outras). A abordagem geral é a da cooperação, requerendo que os Estados discutam sobre medidas de implementação possíveis com os mecanismos.⁷

- O Subcomitê internacional, geralmente, irá se relacionar com os Estados através de uma base totalmente **confidencial**, sujeita a circunstâncias excepcionais em que o próprio Estado publica somente uma parte de um relatório do Subcomitê ou falha ao cooperar com o trabalho do Subcomitê.⁸ O MNP, por outro lado, não necessariamente está restrito a trabalhar de forma confidencial: ao contrário, o OPCAT obriga aos Estados a publicar e disseminar ao menos um relatório anual sobre o trabalho do MNP.⁹

3. Estados Descentralizados

A descentralização de um Estado pode assumir muitas formas. Uma forma comum de descentralização consiste na delegação de certa competência limitada a governos municipais ou locais, o que em geral inclui a competência sobre algumas formas de policiamento local. A Constituição do México, por exemplo, dispõe que os municípios terão a responsabilidade por uma gama de serviços públicos, como “segurança pública” e “policiamento preventivo municipal”.¹⁰ Entretanto, a competência dos governos municipais é geralmente sujeita ao consentimento ou domínio de um mais elevado nível governamental.¹¹

Ademais, é comum uma divisão de competência federal mais defensiva entre governos “central federal” ou “nacional” e estado regional ou das províncias. Nas Américas, tais estruturas são encontradas no Brasil, México, Argentina, Venezuela, Canadá e nos Estados Unidos. Para os propósitos deste artigo, far-se-á referência ao governo central como o “Governo Federal” e aos governos descentralizados como os “Governos Regionais”.

Em geral, a descentralização divide a competência com bases nas unidades geográficas definidas e/ou em categorias referentes à matéria. A Constituição deve elencar temas nos quais o governo central deve ser competente, tais como saúde, defesa nacional, imigração, com uma lista semelhante para o governo regional, a fim de dividir em certa medida quase todas as competências entre os dois níveis de governo.¹² Ou ainda a um nível governamental pode ser atribuído poder sobre todos

⁷ Artigo 12(d) obriga aos Estado “a examinar as recomendações do Subcomitê de Prevenção e com ele engajar-se em diálogo sobre possíveis medidas de implementação”. Artigo 22 dispõe de forma similar em relação à implementação das recomendações dos MNPs.

⁸ Vide Artigo 16.

⁹ Vide Artigo 23.

¹⁰ Constituição do México, artigo 115 (II) e (III)(h). Vide também artigo 178(7) da Constituição da Venezuela, dispondo sobre “prevenção e prevenção nos bairros e serviços de policiamento municipal” sob administração Municipal.

¹¹ Portanto, o artigo 115 da Constituição do México dispõe que os Municípios têm a competência “concorrente com os Estados quando necessário e quando a legislação assim determinar” e o artigo 178 da Constituição da Venezuela estabelece que a competência sobre serviços de policiamento municipais deve ser exercida em conformidade com a legislação nacional aplicável”. Vide também artigo 123 da Constituição da Argentina.

¹² Vide, por exemplo, as seções 91 e 92 da Constituição Canadense, 1867.

os assuntos não especificamente elencados para outro.¹³ Entretanto, alguns Estados descentralizados podem também definir competências de diferentes níveis governamentais com base na jurisdição de determinado grupo de indivíduos, por exemplo, povos indígenas e estrangeiros. Desse modo, a Constituição do Canadá estabelece que ao Governo Federal compete a jurisdição exclusiva sobre, dentre outros assuntos, os “indígenas” e os “estrangeiros”.¹⁴

Mesmo em sistemas federais que expressamente prevêm a competência “exclusiva” dos governos central e regional para certas matérias, sobreposições inevitavelmente ocorrem. Isso pode ocorrer porque a diferença entre graus de competência dados a cada Governo (Federal ou Regionais) pode não ser de fácil entendimento: no Canadá, por exemplo, ao Governo Central é atribuída a competência para “o estabelecimento, manutenção, e gerenciamento das penitenciárias” enquanto que a cada Província é dada a competência para o “estabelecimento, manutenção e gerenciamento de prisões públicas e reformatórios nas e para as províncias”.¹⁵ A distinção está esclarecida na prática, mas segundo os termos da legislação criminal ordinária, todos os indivíduos sentenciados com penas de detenção de dois anos ou superior devem ser encarcerados em uma penitenciária Federal, enquanto que aqueles sentenciados com penas inferiores a dois anos devem permanecer em uma prisão de Província. Ainda, tal divisão não pode ser encontrada no texto da Constituição.

A sobreposição pode também ocorrer devido a acordos administrativos com base em contrato firmado entre diferentes níveis de governo: por exemplo, algumas províncias no Canadá realizaram com o Governo Federal os “Acordos para Intercâmbio de Serviços”, no qual presos sentenciados em nível federal devem ser confinados em prisões das províncias, e presos sentenciados pelo governo local devem ser confinados em penitenciárias. Ademais, no Canadá, a maioria das Províncias contrata o Governo Federal para que a polícia real canadense (*Federal Royal Canadian Mounted Police*) exerça as funções de policiamento que seriam exclusivos da jurisdição das províncias.¹⁶

A sobreposição pode ainda ocorrer quando medidas que são necessariamente implícitas ou conexas a uma expressa delegação de poder para o Governo Federal assemelham-se às medidas que poderiam ser tomadas com base em uma delegação de poder expressa ao Governo Regional. Por exemplo, o Governo Regional pode formalmente ter competência exclusiva no que concerne ao policiamento e seu território, mas o Governo Federal deve ter uma competência implícita sobre o policiamento em aeroportos internacionais, se este último tiver competência expressa sobre viagens aéreas ou aeroportos internacionais.

Alguns Estados podem também formalmente reconhecer áreas de competência concorrente sobre uma dada matéria. Por exemplo, o artigo 24 da Constituição Brasileira dispõe que “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar

¹³ Vide a discussão em Jose Ma. Serna de la Garza, “Constitutional Federalism in Latin America” (2000), 30 Cal. W. Int’l L.J. 277.

¹⁴ Artigos 91(24) e (25) da Constituição Canadense, 1867.

¹⁵ Artigos 91(28) e 92(6) da Constituição Canadense, 1867.

¹⁶ Vide http://www.rcmp-grc.gc.ca/ccaps/contract_e.htm <acesso em 26 de maio de 2005>.

concorrentemente sobre” uma série de assuntos, incluindo o direito penitenciário e “proteção e defesa da saúde”.

Em qualquer situação em que ocorra a sobreposição, a Constituição pode ou não dispor expressamente uma fórmula para a solução do conflito de competência entre instâncias políticas distintas. Por exemplo, o artigo 24 da Constituição Brasileira especifica que a legislação federal que implemente regras gerais em área de competência concorrente “suspende a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário”. Na ausência de regras constitucionais claras, os tribunais podem ser forçados a produzi-las e dirimir disputas através de decisões proferidas caso-a-caso. Essa é a situação no Canadá, onde Tribunais desenvolvem e aplicam teorias de difícil compreensão e chegam algumas vezes a soluções contraditórias na ausência de uma fórmula constitucional clara para a solução de conflitos.¹⁷

Governos Federais também podem tentar contornar suas limitações de competência através do uso de formas de influência política que não dependam diretamente da competência legislativa na matéria. Por exemplo, apesar da competência exclusiva sobre a maioria dos assuntos relacionados ao atendimento à saúde estar claramente outorgada aos Governos das Províncias Canadenses, um sistema de saúde nacional relativamente unificado foi criado, com seus princípios norteadores estabelecidos por Legislação Federal, a Lei de Saúde do Canadá (*Canada Health Act*). Os fundamentos para tal arranjo recaem sobre negociação e influência de cunho político e econômico, em detrimento de uma competência legislativa constitucional *per se*: O Governo Federal destina recursos para o atendimento à saúde aos Governos das Províncias, condicionado ao cumprimento das regras estabelecidas em legislação federal.¹⁸ Dessa forma, o Governo Federal utiliza-se de sua competência não vinculante para realizar gastos de seus recursos com vistas à indiretamente atingir objetivos da política nacional, ainda que fora de sua jurisdição, demonstrando que estratégias políticas realistas combinadas com negociações de boa-fé entre todos os atores do Governo Federal e Regional podem transpor graves obstáculos constitucionais.

As variações nas estruturas estatais são potencialmente infinitas; entretanto, na maioria das situações a cooperação entre diferentes níveis de governo é politicamente exequível e pode permitir uma eficaz implementação nacional dos objetivos afins, inclusive de obrigações provenientes de tratados, mesmo quando há o envolvimento de competências dos níveis federal e regional de governo. A seção seguinte analisa tendências gerais e ilustrações específicas do direito e práticas de Estados descentralizados ao implementarem tratados de direitos humanos, tal como o OPCAT. Em seguida, passaremos a analisar um tema específico, *i.e.*, o Mecanismo Nacional de Prevenção.

¹⁷ Vide Joseph E. Magnet, “Special Topics: Paramountcy and Interjurisdictional Immunity”, <http://www.constitutional-law.net/paramountcy.html> <acesso em 26 de maio de 2005>.

¹⁸ Vide Governo do Canadá, “1957 - Advent of Medicare in Canada: Establishing Public Medical Care Access”, <http://canadianeconomy.gc.ca/english/economy/1957medicare.html> e Parlamento do Canadá, Serviço de Pesquisa, “The Canada Health Act: Overview and Options” (16 June 2003), <http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/944-e.htm> <acesso em 26 de maio de 2005>.

4. Implementação do OPCAT em Estados Descentralizados

(a) Natureza da Implementação de Medidas Requeridas

Visão Geral:

Após a descrição dos principais elementos do OPCAT *supra*, os Estados estão obrigados a tomar as seguintes medidas de implementação, entre outras:

- Fornecer ao Subcomitê internacional:
 - um direito estatutário de acesso¹⁹ a todos os lugares, sem notificação prévia,²⁰ em que pessoas estejam privadas de sua liberdade;
 - direito ao acesso a todos os registros relevantes e outras informações,
 - direito a conduzir entrevistas privadas com quaisquer pessoas envolvidas na privação de liberdade.
- Garantir que o direito do Subcomitê de realizar visitas não esteja sujeito a qualquer exceção, além daquelas restrições facultativas, opcionais ou temporárias sob circunstâncias limitadas previstas no OPCAT;²¹
- Dar poderes aos Mecanismos Nacionais de Prevenção através do direito estatutário de acesso irrestrito a todos os lugares²², registros e demais informações, e o direito de proceder entrevistas privadas com todas as pessoas envolvidas na privação de liberdade, sem exceções;
- Assegurar que o estatuto para os Mecanismos Nacionais de Prevenção incorpore as garantias requeridas de independência e eficácia;

¹⁹ No que se refere ao Subcomitê internacional, ainda que não seja o Mecanismo Nacional de Prevenção, não deve ser necessário diretamente autorizar o Subcomitê para conduzir seu mandato; ainda que tal competência estatutária seja claramente preferível a fim de cumprir as obrigações do OPCAT; deve ser suficiente que os executivos dos governos tenham o poder de requerer que todos os indivíduos relevantes e instituições permitam e cooperem com o trabalho do Subcomitê.

²⁰ Enquanto o Subcomitê internacional obviamente necessitará, por razões de logística se não outra, informar ao Estado sobre sua visita com antecedência, um elemento de surpresa nas visitas a locais de detenção deve ser preservado, com vistas a obter a real visão do tratamento de pessoas privadas de liberdade e das condições de detenção: Long e Boeglin Naumovic, nota 2 *supra*, pp. 71, 124 (versão em inglês).

²¹ O acesso a um local só pode ser recusado quando forem satisfeitos os critérios do Artigo 14(2) do OPCAT : objeções a visitas a algum lugar de detenção em particular só poderão ser feitas com fundamentos urgentes e imperiosos ligados à defesa nacional, à segurança pública, ou a algum desastre natural ou séria desordem no lugar a ser visitado que temporariamente previna o desenvolvimento dessa visita. A existência de uma declaração de estado de emergência não deverá ser invocada por um Estado-Parte como razão para objetar uma visita.

²² Novamente, assim como estabelecido para o Subcomitê internacional, o direito de acesso do MNP disposto no artigo 20(c) do OPCAT deve ser lido como o direito de visita a locais de detenção *sem prévia* notificação: tal interpretação é fundamental para que o MNP possa efetivamente prevenir a tortura e outras formas de maus-tratos, como pretende o OPCAT: Vide Long e Boeglin Naumovic, nota 2 *supra*, p. 132 (versão em inglês).

- Estabelecer proteção estatutária para todos os indivíduos, inclusive agentes de segurança e indivíduos privados de liberdade, que cooperam com o Subcomitê internacional e os Mecanismos Nacionais de Prevenção;
- Garantir que o estatuto para os Mecanismos Nacionais de Prevenção autorize os mesmos a realizar recomendações e torná-las públicas;
- Estabelecer um procedimento de recebimento, resposta, e ação sobre as recomendações do Subcomitê e do Mecanismo Nacional de Prevenção.

Divisão de Competência sobre Medidas de Implementação:

No contexto do Protocolo Facultativo, para a atribuição de competência entre governos Federal e Regional, ou poderes executivo e legislativo, os seguintes temas são de particular interesse:

- Implementação de tratados de forma geral,
- Direitos humanos em geral (ou tortura e maus-tratos em particular),
- Polícia e delegacias,
- Direito penal, administração da justiça e instalações para prisão preventiva,
- Estabelecimentos prisionais, inclusive instalações para adolescentes,
- Instituições de saúde mental ou psiquiátricas,
- Áreas de fronteira, aeroportos e instalações para imigração,
- Instalações Militares,
- Instalações educacionais, particularmente escolas residenciais,
- Instalações médicas, em especial aquelas destinadas ao controle de doenças em que se recomenda a quarentena e instalações para tratamento de longo-prazo para alojar indivíduos que não possuem controle sobre sua liberdade pessoal (*i.e.*, em algumas circunstâncias, os idosos),
- Qualquer jurisdição baseada na identidade, por exemplo, de indígenas, adolescentes, estrangeiros.

A adoção de tratados, na maioria das vezes, compete exclusivamente às instituições do Governo Federal, mas no que diz respeito à implementação, tal competência pode variar muito. Em alguns Estados, o governo federal tem o poder de aprovar uma legislação a fim de implementar um tratado ratificado, ainda que a matéria sobre a qual verse o tratado seja da competência de um Governo Regional.

No caso da Austrália, a Constituição (Seção 51, xxix) dá poder ao Parlamento da *Commonwealth* (federal) para legislar sobre a inserção de tratados dos quais a Austrália faz parte na legislação doméstica daquele país. O referido parlamento deve, através dessa competência legislativa, implementar qualquer tratado, independente da matéria.²³

Em outros Estados, o Governo Federal não pode implementar sozinho um tratado já ratificado: se toda ou parte da matéria sob a qual versa o tratado for de competência do Governo Regional, este último deve ter algum papel no processo legislativo. Por exemplo, o Canadá deve observar, tanto a legislação federal quanto a legislação e ações de suas Províncias e Territórios, com vistas a satisfazer suas obrigações constantes no *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, uma vez que o Governo Federal não pode isoladamente promulgar legislação de implementação nessas áreas que tocam a competência das províncias.²⁴

Alternativas intermediárias também podem ser viáveis, quando o Governo Federal pode legislar na hipótese do Governo Regional ainda não ter legislado sobre certa matéria. O artigo 24 da Constituição Brasileira estabelece que, em matéria “penitenciária”, dentre outras, a ausência de lei federal pode permitir aos estados o exercício pleno da competência legislativa até que o Governo Federal tome medidas para “ocupar-se” de tal matéria através de um ato federal.²⁵

Uma outra possibilidade é de implementar um tratado internacional através de poderes que estão implícitos como necessariamente conectados a um campo expresso de competência legislativa do Governo Federal. Nos Estados Unidos, por exemplo, o governo federal baseou-se em poderes constitucionais “implícitos”, combinados com a cláusula de “bem-estar geral” no Preâmbulo, bem como as cláusulas sobre “necessário e apropriado” e comércio constantes no Artigo I, para estabelecer programas de bem-estar social em larga-escala, construir um sistema de estradas interestaduais, fornecer recurso federal para a educação pública, e envolver-se em milhares de outras atividades não expressamente ditas de sua competência pela Constituição Americana.

Ademais, outra distinção pode ser identificada com alguns Estados que não ratificarão um tratado até que o estejam cumprindo plenamente: a Suíça é um exemplo. Quando as divisões constitucionais de poder estão envolvidas em um tratado no referido Estado, uma solução deve ser encontrada *antes* da ratificação. Em outros Estados, o Governo Federal procederá à ratificação antes de completar o procedimento interno com os Governos Regionais para realizar a implementação das medidas: a Argentina é um exemplo. Nesses Estados, a ratificação pelo Governo Federal pode auxiliar a reunião de todos os atores a fim de encontrar soluções.

Se um Governo Federal não tem um domínio exclusivo sobre a competência exclusiva para legislar a implementação de tratados em geral, este pode ter

²³ Estado de Victoria, “Federal-State Relations Committee Report on International Treaty Marking and the role of the States”, Capítulo 1, <http://www.parliament.vic.gov.au/fsrc/report1/front/Summary.htm>.

²⁴ Vide, e.g., Quinto Relatório Periódico do Canadá para o Comitê de Direitos Humanos, UN Doc. CCPR/C/CAN/2004/5 (em inglês).

²⁵ Vide discussão em *Serna de la Garza*, nota 13 *supra*, p. 293.

competência constitucional suficiente para implementar um certo tratado com base no fato do tratado ser relativo a uma de suas áreas de competência ordinária. Isso pode ser definido de forma unificada e ampla como “direitos humanos”²⁶, ou pode ser uma combinação de diversas fontes de competência tais como “prisões”, “polícia” e “saúde”.

Nas situações em que o Governo Federal não é capaz de implementar um tratado de direitos humanos sozinho, algum método para se obter um acordo ou ação do Governo Regional faz-se necessário. Órgãos de tratados internacionais de direitos humanos em algumas ocasiões têm afirmado que o estabelecimento de cooperação regional-federal bem como de mecanismos de implementação e monitoramento constitui-se em um *dever* dos Estados a fim de *cumprir com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos*.²⁷ A seção seguinte do presente documento examina possibilidades de estratégias para se encontrar a necessária cooperação para implementar tratados de direitos humanos em estados descentralizados.

(b) Estratégias e Soluções

Sob a perspectiva do direito internacional, restrições internas impostas aos procedimentos de implementação de tratados não podem servir de óbice para o fracasso da implementação, mesmo que tais restrições sejam provenientes de divisão de poder formal constante no texto da Constituição.²⁸ No caso do OPCAT tal ênfase é expressa nos seguintes termos: “as disposições do presente Protocolo deverão se estender a todos os Estados federais sem quaisquer limitações ou exceções”.²⁹

Entretanto, ao se tentar buscar a ratificação universal, bem como a efetiva e plena implementação de tratados de direitos humanos, deve-se reconhecer que os Estados descentralizados, na prática, enfrentam desafios especiais. Para que novos instrumentos internacionais sejam amplamente ratificados e de fato implementados, a comunidade internacional deve atuar próxima aos governos, instituições e

²⁶ Vide, e.g., artigo 23 da Constituição da Argentina.

²⁷ Vide, e.g., Observações Finais do Comitê de Direitos Humanos: *Alemanha*, 04 de maio de 2004, UN Doc. CCPR/CO/80/DEU (em inglês), parágrafo 12: “O Estado-Parte deve ser lembrado de suas responsabilidades em relação ao Artigo 50 [cláusula dos Estados Federais] do Pacto; deve-se estabelecer mecanismos apropriados entre os níveis Federal e ‘Länder’ a fim de garantir a plena aplicabilidade do Pacto”.

²⁸ Vide *Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados*, Artigo 27; *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory* (1932), Advisory Opinion, P.C.I.J. (Ser. A/B) No. 44 at 24 (em inglês); Ariel E. Dulitzky, “Implementación del Derecho Internacional de Los Derechos Humanos en Los Sistemas Federales: El Case de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos Y La Republica Argentina” (no prelo, El Centro de Estudios Legales y Sociales, Argentina).

²⁹ OPCAT, Artigo 29. Portanto os problemas às vezes encontrados com a cláusula de Estados Federais da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (vide Ariel E. Dulitzky, nota 28 *supra*), não existem com respeito ao OPCAT. Governos Federais certamente terão a obrigação de fazer tudo o que for possível para garantir que os Governos Regionais tomem as medidas necessárias para implementar o OPCAT, mas não há dúvida alguma de que o Governo Federal permanece em quaisquer circunstâncias responsável perante a comunidade internacional por qualquer falha, ainda que seja de um Governo Regional, na implementação plena e respeito às obrigações do OPCAT.

membros da sociedade civil com o intuito de encontrar soluções para os obstáculos enfrentados por Estados descentralizados.

Através de uma série de exemplos, a seção seguinte irá considerar as diferentes maneiras nas quais Estados descentralizados estão procedendo em prol da implementação do OPCAT. Como resultado, entretanto, baseado na experiência dos Estados até o momento, o seguinte marco geral para implementar o OPCAT em Estados descentralizados deve ser levado em consideração, seja após a ratificação ou mesmo durante o processo de negociação para consentir tal ratificação:

1. Avaliar se o Governo Federal dispõe de suficiente competência constitucional para promulgar legislação em prol da implementação e/ou se também será necessária ação ou consentimento dos Governos Regionais.
2. Fazer referência a qualquer procedimento existente para lidar com a ratificação ou implementação de tratados internacionais ou para lidar com direitos humanos, ou estabelecer um procedimento *ad hoc* de consulta e negociação. Em quaisquer circunstâncias o Estado deve assegurar que a sociedade civil, particularmente ONGs nacionais, sejam incluídas no processo.
3. Avaliar se mudanças legislativas são necessárias a fim de garantir que o Subcomitê tenha os poderes requeridos pelo OPCAT e, em caso positivo, quais governos estão envolvidos?
4. Analisar o(s) mecanismo(s) nacional (is) existente(s) que realiza(m) visitas a locais de detenção, a fim de avaliar lacunas em sua abrangência, independência ou poderes, quando comparados aos critérios dos mecanismos nacionais de prevenção segundo o OPCAT.³⁰
5. Determinar a frequência e a duração necessárias das visitas conforme o contexto geográfico e institucional dos Estados. Elaborar estimativas para os recursos financeiros e humanos necessários.
6. Sub a luz da avaliação dos mecanismos existentes e recursos necessários, determinar, através de consulta, o diálogo e negociação com todos os atores envolvidos, seja para nomear mecanismo(s) existente(s) com as devidas alterações legislativas ou para criar um novo mecanismo nacional de prevenção:

³⁰ Para maiores detalhes sobre a avaliação dos mecanismos existentes, vide Walter Suntinger, "National Visiting Mechanisms: Categories and Assessment" (26 June 2003), in Association for the Prevention of Torture, *Visiting Places of Detention: Lessons Learned and Practices of Selected Domestic Institutions, Report on an expert seminar, Geneva, July 2003* (em inglês). Suntinger avalia os mecanismos de visita existentes através das seguintes categorias: inspeção administrativa interna, inspeção por um órgão externo/misto estabelecido por uma respectiva autoridade/ministério, inspeção por instituições de direitos humanos, inclusive o escritório do ouvidor, inspeção por órgãos parlamentares, inspeção judicial, inspeção por ONGs e outros modelos.

- Como será demonstrado a seguir, modelos possíveis para um MNP, seja existente ou novo, em Estados descentralizados, devem incluir o seguinte:
 - **Um órgão nacional unificado**
 - Decretado e nomeado somente pelo Governo Federal;
 - Decretado e nomeado por todos os Governos Federal e Regionais de forma conjunta, cada qual atuando conforme sua competência constitucional, mas criando um mecanismo nacional administrativamente dividido.
 - **Múltiplos órgãos**³¹
 - Cada qual atua em base regional dentro de sua jurisdição, para a qual o governo individualmente é responsável;
 - Um órgão é decretado e nomeado pelos governos regionais conjuntamente (cobrindo toda a jurisdição do Governo Regional), e um Segundo órgão criado e nomeado pelo Governo Federal (cobrindo toda a jurisdição Federal);
 - Cada qual atua em diferentes categorias de detenção: e.g., instalações para detenção de estrangeiros, centros de detenção preventiva, prisões, instituições psiquiátricas, instalações militares;
 - Agências especializadas em lidar com grupos específicos, tais como os indígenas; ou
 - Qualquer combinação dos itens acima.
7. Determinar o método de seleção dos membros do Mecanismo Nacional de Prevenção e como ONGs nacionais e outros membros da sociedade civil serão envolvidos.

A decisão quanto à forma mais apropriada e politicamente aceitável de MNP em um Estado depende de uma série de fatores. Em alguns Estados descentralizados, com área geográfica relativamente pequena e uma autoridade constitucional nacional, ou com a presença de vários pequenos Governos Regionais com pouca concentração populacional, pode ocorrer que um único MNP represente o modelo mais eficaz. Em outros Estados, geograficamente grandes com uma população dispersa e com autoridade constitucional dividida, pode ser que ter múltiplos MNPs na área de jurisdição do país seja menos oneroso e mais eficaz.

Entretanto, quando a abordagem dos múltiplos MNPs é a escolhida, pode ser difícil manter consistência quanto às recomendações e averiguações, as quais são relevantes tanto para indivíduos quanto para os governos afetados. Por esse motivo, deve-se recordar que um MNP administrativamente unificado pode ainda ter um número relativamente grande de membros e escritórios geograficamente

³¹ Qualquer modelo em que órgãos múltiplos são contemplados, esforço e recursos extras podem ser necessários para assegurar a consistência entre as atividades dos MNPs e garantir que estes e o Subcomitê internacional possam efetivamente se comunicar como dispõe o OPCAT. Na maioria dos casos, irá envolver a criação de alguma forma de agência de coordenação. Vide parágrafos abaixo para mais discussões sobre os temas associados aos modelos múltiplos.

dispersos, ou ainda comitês, a fim de se reduzir os custos de viagem, entre outros. Por exemplo, o Conselho de Direitos Humanos da Áustria tem a responsabilidade de avaliar a atividade policial com ênfase na manutenção do respeito aos padrões de direitos humanos; dentro de sua composição, seis comitês de visita especializados foram formados em base regional conforme a organização territorial dos tribunais austríacos.³² Enquanto o trabalho em geral deve ser dividido entre os escritórios regionais ou comitês, os custos estimados para cada MNP deveriam não somente incluir os custos das visitas em si mesmas, mas também, ao menos, uma sessão plenária por ano, em que todos os membros das MNPs, ou representantes de cada MNP, reúnem-se para trocar informações sobre averiguações e metodologias com vistas a garantir a devida consistência.

Em todo caso, faz-se essencial assegurar que todos os locais em que indivíduos estejam privados de sua liberdade, seja contemplado que cada mecanismo de visita tenha a capacidade e todos os poderes e garantias exigidas pelo OPCAT, e que a estrutura geral seja administrável e obtenha efeito e resultados consistentes. A propósito, confiar em vagos trabalhos de entidades existentes pode trazer dificuldades para estar de acordo com os requisitos do OPCAT. Um Estado deve ser capaz de relatar informação agregada sobre a implementação do OPCAT ao Subcomitê internacional.³³ Estados que implementam modelos múltiplos de MNPs deveriam considerar estabelecer uma única agência de coordenação, com vistas a garantir que o Subcomitê e os MNPs possam comunicar-se de forma efetiva e eficiente, como disposto pelo OPCAT.³⁴

Ademais, quando um Estado nomeia mecanismos de visita existentes para serem MNPs do OPCAT, qualquer visita realizada por aqueles mecanismos a “locais onde pessoas estejam privadas de liberdade”, como definido pelo OPCAT, se constituiriam automaticamente em uma visita que deve cumprir com os requisitos do OPCAT, independentemente se a visita fora ou não denominada “visita do OPCAT” pelo Estado. Em outras palavras, se um grupo de indivíduos voluntários (não especialistas) é designado como um MNP sob o OPCAT, e no curso de sua visita lhe é negado o direito à entrevista privada,³⁵ ou lhe é negado o acesso a uma parte do local de detenção,³⁶ ao Estado *não* caberia dizer que a visita não era em verdade uma “visita do OPCAT”, mas tão somente um “trabalho doméstico rotineiro” e portanto não sujeita às garantias do OPCAT.

Deve-se ressaltar que mudanças nos poderes e mandatos dos mecanismos existentes freqüentemente serão necessárias para que sejam designados como MNPs do OPCAT. Por exemplo, a independência e o trabalho de um MNP requer que este seja capaz de decidir a duração, o tipo e os locais de visitas sem a interferência do Estado; mecanismos existentes podem não ter esta descrição. É também importante reconhecer que certas formas de mecanismos existentes, mesmo exercendo uma função relevante, são inerentemente incapazes de atender

³² Para detalhes sobre a estrutura e funcionamento do Conselho de Direitos Humanos Austríaco, vide o *site* do Conselho: http://www.menschenrechtsbeirat.at/en/index_en.html <acesso em 6 de junho de 2005>.

³³ OPCAT, Artigo 12(b).

³⁴ OPCAT, Artigos 12(c) e 20(f).

³⁵ OPCAT, Artigo 14(d).

³⁶ OPCAT, Artigo 14(1)(c).

ao requisito da independência: por exemplo, sistemas internos de inspeção administrativa.³⁷

(c) Exemplos de Procedimentos de Implementação do OPCAT em Estados Descentralizados

Com vistas a ilustrar diversos temas, estratégias e soluções relacionados à implementação do OPCAT em estados descentralizados, os parágrafos seguintes tratarão da situação em vários Estados, a saber:

- O uso de procedimentos permanentes de consulta (Canadá);
- A criação de procedimentos *Ad Hoc* de Cooperação (Suíça);
- A designação de órgãos múltiplos em um único estado a fim de atender aos requisitos do MNP (Reino Unido);
- Legislação por alguns ou todos os níveis de governo com o intuito de autorizar um MNP em conjunto (Alemanha);
- O primeiro Estado-Parte do OPCAT (Argentina);
- Um amplo processo de consulta (México).

As informações específicas de países nesta seção foram adquiridas de uma variedade de fontes disponíveis para a Associação para a Prevenção da Tortura, incluindo uma reunião informal sobre a implementação do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura em Estados Federais, realizada na Missão Permanente do Canadá em Genebra, em janeiro de 2005. Entretanto, de forma alguma, essas informações são resultado de uma pesquisa exaustiva; a situação de cada país pode se alterar ou se desenvolver rapidamente, e a informação é fornecida somente com o intuito de fornecer bases para o debate: esses breves comentários não representam uma aprovação do procedimento ou ação de quaisquer desses Estados pela APT.

Mecanismos de Consulta Permanentes: Canadá

Alguns Estados, como o Canadá, estabeleceram mecanismos permanentes para tratar as obrigações internacionais de direitos humanos, inclusive a ratificação e a implementação de novos tratados internacionais de direitos humanos. No Canadá, o Governo Federal tem a competência constitucional para assinar e ratificar tratados e é o responsável perante direito internacional pela implementação dos mesmos. Se, conforme a divisão de poderes estabelecida na Constituição do Canadá, ao Governo Federal é atribuída a competência legislativa em razão da matéria do tratado, o mesmo pode tomar medidas para implementá-lo; entretanto, se a matéria do tratado é de competência legislativa das províncias, são estas últimas que deverão implementá-lo.

Locais de detenção recaem em áreas de sobreposição de competência, dependendo da duração da condenação, qual a força policial envolvida na prisão, o local das instalações, entre outros fatores. Desse modo, na prática, o Governo

³⁷ Vide Suntinger, nota 30 *supra*, pp. 76-77.

Federal buscará o consentimento das Províncias antes de assinar ou ratificar o OPCAT, uma vez que o Governo Federal não pode forçar as Províncias a cumprir com as obrigações dispostas no OPCAT.³⁸

O Governo Federal e as Províncias criaram em 1975 um “Comitê de Agentes sobre Direitos Humanos”, o qual inclui servidores civis representantes de departamentos federais relevantes para os direitos humanos, bem como representantes de cada governo das províncias ou territórios dentro do Canadá.³⁹ O Comitê tem a atribuição de lidar com as obrigações de direitos humanos internacionais do Canadá (o que inclui o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). O Comitê realiza reunião fechada: com todos os membros presentes duas vezes ao ano, e via teleconferência mensalmente.

As províncias mantiveram-se informadas durante o procedimento de adoção do OPCAT pela Assembléia Geral das Nações Unidas, e suas preocupações foram apresentadas através do referido Comitê. Os MNPs foram um dos pontos de preocupação, bem como as emendas legislativas que seriam necessárias em nível das províncias para dar ao Subcomitê o acesso contemplado no OPCAT.

A frequência das visitas pode ter um impacto nos custos, particularmente, em um país geograficamente disperso como o Canadá. Aparentemente, um tema a ser debatido deve ser a destinação de recursos para a implementação do OPCAT.

As províncias terão que avaliar se os mecanismos de visita existentes cumprem com os requisitos do OPCAT de independência. Além disso, os mecanismos existentes atualmente realizam visitas em resposta a denúncias, mas geralmente não realizam visitas em caráter preventivo. A coordenação será fundamental. Entretanto, tais temas ainda não foram objeto de discussão em todos os seus detalhes pelo referido Comitê, e o Canadá ainda não decidiu coletivamente se assinará ou ratificará o OPCAT.

Procedimentos *Ad Hoc* de Cooperação: Suíça

Em outros casos, um procedimento específico de consulta e implementação do OPCAT deve ser criado. Na Suíça, por exemplo, um Grupo de Trabalho Federal (entre departamentos), coordenado pelo Escritório Federal de Justiça, foi estabelecido para realizar estudos a fim de implementar o MNP conforme os requisitos estabelecidos pelo OPCAT. Um representante dos 26 Cantões (governos estaduais suíços) participou desse processo, e esse representante realizou

³⁸ “Visando evitar o problema da responsabilização internacional para obrigações que não podem ser cumpridas, o Governo Federal adotou a prática de consultar as províncias e os territórios, e obter seu consentimento, antes de assinar e ratificar tratados relacionados no todo ou em parte às matérias dentro de sua jurisdição”. Tal prática foi formalizada em um acordo firmado em reunião dos ministros responsáveis por questões de direitos humanos em nível federal e das províncias, em 1975. No mesmo encontro, o Comitê de Agentes sobre Direitos Humanos foi criado. Em Parlamento do Canadá, Senado, *Promises to Keep: Implementing Canada’s Human Rights Obligations*, Report of the Standing Senate Committee on Human Rights (December 2001), em inglês.

³⁹ Vide Koren Bell, “From Laggard to Leader: Canadian Lessons on a Role for U.S. States in Making and Implementing Human Rights Treaties” (2002) 5 Yale H.R. & Dev. L.J. 255.

consultas regulares com os Cantões individualmente. ONGs foram formalmente consultadas ao longo do processo.

Quase todos os 26 Cantões concordaram que, a qualquer tempo, a Suíça deveria ratificar o OPCAT. Como resultado, a maioria dos Cantões (exceto três) preferiu uma instituição federal central, em detrimento de uma multiplicidade de autoridades nos Cantões. Os três Cantões, diante da possibilidade de ter que arcar com custos dos MNPs regionais, por fim decidiram que seria preferível reconhecer a jurisdição federal. Na Suíça, teoricamente, é possível que um Cantão veto tal acordo se sua legislação faz-se necessária para a implementação do tratado.

Entretanto, nesse caso, o governo federal entendeu que tinha competência legislativa plena para promulgar um MNP federal: enquanto a “execução” de leis civil e penal é uma prerrogativa dos Cantões, o governo federal posicionou-se no sentido de que o MNP não interferiria diretamente na “execução” da lei penal, mas iria tão somente observar e fazer recomendações. A responsabilidade para execução de tratados é atribuição do governo federal de acordo com sua competência constitucional sobre relações internacionais⁴⁰ e o direito internacional público. Ademais, é de competência do governo federal o “monitoramento” da implementação interna ou execução de tratados. Por fim, a Constituição Suíça requer expressamente que os Cantões respeitem a legislação federal, o que inclui a legislação internacional.⁴¹

O Grupo de Trabalho suíço considerou três opções:

- (a) cada Cantão ter seu próprio MNP, portanto seriam 26 MNPs para a Suíça;
- (b) realizar um novo “*concordat*” (tratados entre Cantões) atribuindo expressamente jurisdição ao governo federal para estabelecer um MNP unificado;
- (c) criar um único órgão nacional sob competência federal existente.

A opção (c) foi finalmente a escolhida baseada nos seguintes fatores:

- Apoio dos Cantões,
- Eficiência,
- Custos reduzidos,
- Padrões/legislação uniformizados, e
- Procedimento mais rápido em prol da ratificação.

O MNP unificado da Suíça será estabelecido por um estatuto. Alguns artigos do OPCAT são suficientemente precisos para que sejam diretamente aplicados – e.g., direito ao acesso, independência – mas outros podem não ser. Portanto, ficou definido que todos os elementos dispostos no Protocolo Facultativo devem ser repetidos e/ou elaborados na legislação nacional. A legislação adotará uma definição ampla de locais de privação de liberdade, como disposto pelo OPCAT, incluindo prisões, delegacias, centros para a detenção de solicitantes de asilo, estabelecimentos psiquiátricos ou para idosos. O MNP terá o poder de realizar

⁴⁰ Artigo 54 da Constituição Suíça.

⁴¹ Artigo 49(2).

visitas não anunciadas, uma vez que o governo da Suíça considera este como um requisito implícito no conceito de “acesso livre” disposto no OPCAT.

A Governo Federal nomeará membros, conforme recomendação do Escritório Federal de Justiça e do Departamento de Relações Exteriores. O Governo Federal preferiria que os Cantões contribuíssem com uma parte dos custos do MNP, com base no benefício que teriam do “controle de qualidade” pelo MNP e na hipótese de terem que estabelecer seus próprios mecanismos de inspeção na ausência do Governo Federal. Se os Cantões fornecessem recursos para o MNP, estes também poderiam participar da seleção dos membros (fornecendo uma lista de talvez metade dos membros do MNP). Entretanto, se não há recurso dos Cantões, o processo de seleção ficará a cargo unicamente do Governo Federal. ONGs poderão propor candidatos através do Departamento de Justiça e/ou dos Cantões.

Desse modo, o modelo Suíço representa uma situação em que exercício de influência através da combinação de uma competência constitucional reconhecida, apoio financeiro, comprometimento moral bem como um processo consultivo liderado pelo Governo Federal, um MNP unificado foi acordado entre todos os governos da estrutura federal.

MNPs Múltiplos em um único Estado: Reino Unido

O Reino Unido não é uma federação, mas tem uma estrutura significativamente descentralizada no que concerne à Escócia, País de Gales e Irlanda do Norte. Enquanto não existem questionamentos de que o Governo central teve competência constitucional plena para unilateralmente ratificar e implementar o OPCAT, na prática, um procedimento de consulta foi realizado a fim de garantir o apoio efetivo e implementação em todo o Reino Unido. Antes de assinar o OPCAT, o departamento de direitos humanos do Escritório de Relações Exteriores do Reino Unido realizou consulta com todos departamentos de Estado que possivelmente seriam afetados, com competência estatutária independente, e com as administrações delegadas na Escócia, País de Gales e Irlanda do Norte. Todos os entes relacionados confirmaram ao Governo central que um órgão existente já cumpria com os requisitos do OPCAT. Desse modo, o governo central concluiu que os MNPs já estavam instituídos e nenhum outro novo mecanismo deveria ser criado. Todos os departamentos consentiram a ratificação e designaram MNPs para o OPCAT.

Conseqüentemente, nunca houve uma proposta para criar novos mecanismos de visita no Reino Unido para cumprir com o OPCAT. O Artigo 3º do OPCAT reconhece explicitamente que os MNPs podem ser um ou vários. Antes mesmo da ratificação, o Reino Unido havia listado 20 órgãos independentes potencialmente relevantes para o OPCAT. Alguns são regionais: na Inglaterra e no País de Gales, por exemplo, a lista de mecanismos inclui vários inspetores para as prisões e centros para detenção de adolescentes, visitas de grupos de leigos às instalações de custódia policial, visitas a detenções de tribunais e hospitais psiquiátricos. Em todo o Reino Unido, há centros de detenção e transferência da imigração ou solicitantes de asilo.

Manter as conexões entre o Subcomitê internacional e a multiplicidade de MNPs no Reino Unido será um desafio administrativo. A idéia original seria a de que Subcomitê trabalharia diretamente com todos os MNPs. No momento, o Reino Unido está considerando se alguns dos órgãos maiores poderiam assumir o papel de coordenação.

Cooperação Sub-federal e Competência Legislativa Conjunta: Alemanha

Na Alemanha, o Governo Federal está bastante comprometido com a ratificação do OPCAT, e tal determinação abrange todos os ministérios do governo. Entretanto, os governos sub-federais, os “Länder”, têm áreas de jurisdição exclusiva, assim como o Governo Federal, com outras áreas em que ocorre a jurisdição “competitiva” (concorrente, em que há sobreposição). Em áreas como saúde mental e polícia, os “Länders” têm jurisdição exclusiva. Portanto, para tais temas o consentimento do Länder faz-se obrigatório para a implementação do OPCAT.

Autoridades Federal e “Länder” conseguiram reunir-se para avaliar a implementação. Eles concluíram que a Alemanha de hoje não possui organizações capazes de cumprir os requisitos do MNP estabelecidos no OPCAT. Portanto, a questão posta é se se estabelece uma única instituição federal, instituições para os dezesseis “Länder”, ou uma combinação de ambos. Os “Länder” não querem dar ao Governo Federal competência exclusiva nessa área, mas também não querem a criação de dezesseis instituições separadas. Conseqüentemente, o modelo mais favorável atualmente seria o estabelecimento de uma Comissão de dezesseis “Länder”. A fim de implementar uma Comissão Länder, deve primeiramente haver um acordo entre os mesmos, e então cada Länder deve legislar para permitir que a Comissão entre em funcionamento. Portanto, existiriam duas instituições alemãs, a Comissão Länder para instituições que não estejam em nível federal, e uma Ouvidoria para todas as instituições em nível federal. Na hipótese de disputa entre um Länder e a Comissão, os dezesseis Ministros de Justiça dos Länder devem discutir a respeito e dirimir a questão. Entretanto, não há qualquer instrumento jurídico capaz de obrigar que um Länder cumpra com as recomendações.

O Primeiro Estado-Parte do OPCAT: Argentina

A Argentina ratificou o OPCAT, em 15 de novembro de 2005, tornando-se o primeiro Estado Federal a fazê-lo.⁴² No dia seguinte, em Genebra, a Argentina informou formalmente as Nações Unidas de sua ratificação durante a sessão do Comitê contra a Tortura, ocasião em que o Comitê iria revisar o quarto relatório periódico argentino. Em suas observações finais, ao término da sessão, o Comitê contra a Tortura expressou que a ratificação é “muito bem-vinda” como um desenvolvimento positivo do trabalho da Argentina no combate à tortura.⁴³ A ratificação foi seguida de inúmeras atividades para a promoção no monitoramento em locais de detenção, organizado por vários atores, tanto governamentais quanto não-governamentais.

⁴² O Reino Unido ratificou mais cedo, em 10 de dezembro de 2003, mas ainda que seja de certa forma descentralizado em sua administração, este não é um estado “federal” *per se*.

⁴³ Comitê contra a Tortura, *Conclusões e Recomendações: Argentina*, 10 de dezembro de 2004, UN Doc. CAT/C/CR/33/1, parágrafo 4(a) (em inglês).

Na federação Argentina, a divisão constitucional de poderes representa um desafio quanto à implementação de obrigações internacionais em nível local (Províncias). O Governo Federal tem a competência constitucional para ratificar tratados, os quais são incorporados à Constituição Nacional, bem como é internacionalmente responsável por sua implementação. Legalmente, espera-se que as Províncias implementem os requisitos constitucionais, mas, na prática, a efetiva implementação depende também de vontade política por parte das províncias. Por exemplo, segundo a legislação em vigor, os governos das Províncias têm a responsabilidade de implementar o código penal federal. O Governo Federal pode somente enviar comentários; cabe às Províncias implementá-los.

No caso do OPCAT, o Governo Federal decidiu utilizar-se de sua competência para ratificar rapidamente, e somente depois iniciar discussões detalhadas com os governos das províncias a respeito da implementação. Na opinião do Governo Federal, o fato da obrigação internacional já estar estabelecida poderia incentivar os governos das províncias para que dessem início ao estabelecimento dos mecanismos de visita requeridos pelo OPCAT, em cooperação com o Governo Federal.

Estruturas variadas de MNPs têm sido propostas por uma variedade de atores envolvidos. A necessidade de algum nível de envolvimento da sociedade civil nos MNPs tem sido amplamente reconhecida, inclusive pelo Governo Federal. Um modelo recentemente estabelecido na Província de Rio Negro cria o “observatório” interinstitucional para monitorar locais de detenção. Estabelecido com o apoio da Secretaria de Direitos Humanos (*Secretaría de Derechos Humanos*) do Ministério da Justiça, esse modelo poderia eventualmente ser replicado em outras províncias. Uma outra estrutura envolve uma rede de organizações da sociedade civil com reconhecimento oficial e funcionando paralelamente ao sistema governamental. Um possível papel para o judiciário também tem sido vislumbrado. O Centro para Estudos da Defesa Pública (CEDEP) na Província de Buenos Aires, por exemplo, está atualmente realizando um projeto de capacitação sobre monitoramento de locais de detenção com vistas à implementação do OPCAT.

A existência de vários órgãos com mandatos para visitar locais de detenção em ambos níveis de governo (Federal e Províncias), aliado aos desafios financeiros na Argentina, pode tornar difícil para algumas pessoas vislumbrarem a criação de novos órgãos. A Argentina é o único país na América Latina que estabeleceu uma *Procuración Penitenciaria*, que teve seus poderes ampliados da realização de visitas somente a prisões federais para visitar *todos* os lugares de detenção sob jurisdição federal. O país também possui um escritório geral do ouvidor denominado *Defensor del Pueblo*, em nível federal, um órgão que também existe em algumas Províncias. Portanto, a implementação do OPCAT poderia ocorrer através dos órgãos existentes, com mandatos e poderes suplementares. Neste cenário, uma estrutura de coordenação nacional seria necessária.

Outros ainda advogam pela criação de um órgão completamente novo, como um comitê de especialistas distintos. Inicialmente com base na reputação ilibada de seus membros, e através do profissionalismo de seu trabalho de prevenção; a proporção que este se desenvolve, tal órgão poderia estabelecer por si próprio o

nível de legitimidade necessário para confrontar de forma eficaz graves violações de direitos humanos em locais de detenção, em cooperação com os órgãos existentes.

As propostas de MNPs aqui mencionadas não são exaustivas, somente uma indicação da variedade de caminhos possíveis, objeto de discussão na Argentina. A decisão final deve ser tomada pelo Governo Federal, presumidamente, com o consentimento das Províncias.

Um amplo processo de consulta: México

No México, consultas nacionais sobre as implicações da ratificação do OPCAT foram inicialmente realizadas no âmbito da Comissão sobre Política Governamental em Direitos Humanos, estabelecida por lei, em março de 2003. A Comissão constitui-se no principal mecanismo no qual as consultas sobre os mais relevantes temas de direitos humanos têm sido realizadas pela atual administração. A Comissão convida a sociedade civil a participar das sessões. Um subcomitê das agências do Governo Federal e a sociedade civil discutiram a ratificação do Protocolo Facultativo, culminando na identificação da ratificação do Protocolo Facultativo como um objetivo do Programa Nacional de Direitos Humanos. Em 09 de dezembro de 2004, o Senado deu seu consentimento para a ratificação do Protocolo Facultativo pelo Executivo, e o OPCAT foi finalmente ratificado em 11 de abril de 2005.

Duas opções para o MNP estão sob consideração:

- Nomeação da existente Comissão Nacional de Direitos Humanos e/ou das comissões de direitos humanos que já existem em cada estado mexicano, com a participação da sociedade civil. O Governo Federal considera que esta abordagem não deve necessitar de emendas à legislação em vigor, tanto em nível federal quanto local.
- Uma outra possibilidade seria do MNP não incluir pessoas independentes e organizações da sociedade civil. Conforme esta estrutura, o México criaria novos mecanismos nacionais independentes através de reformas legislativas. As emendas atribuiriam poder legal ao mecanismo de forma a permitir que as autoridades reconheçam o *status* legal do mecanismo e permita o acesso a todos os locais de detenção nos termos estabelecidos pelo Senado através de sua declaração ao aprovar a ratificação do OPCAT.

Uma variedade de legislações em vigor foram identificadas para a emenda de forma a implementar o OPCAT, em nível federal e local, especialmente se um novo órgão deve ser criado para cumprir o requisito no MNP, a saber:

- A legislação que estabelece as regras mínimas para a readaptação social de pessoas sentenciadas; (*Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados*);
- A legislação sobre prevenção e readaptação social (*Ley de Prevención y Readaptación Social*);

- A lei para tratamento de adolescentes infratores (*Ley para el Tratamiento de Menores Infractores*);
- As regras dos centros nacionais de readaptação social (*Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social*);
- A legislação que estabelece as bases para a coordenação do sistema de segurança pública (*Ley General que establece las bases de coordinación del sistema de seguridad pública*);
- Regras da Secretaria Executiva do Sistema Nacional de Segurança Pública (*Reglamento Interior del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública*);
- As leis e regras que regulam o funcionamento da Procuradoria Geral da República (*Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y Reglamento Interior de la Procuraduría General de la República*);
- Outras leis de mesma natureza em nível local.

O Ministério de Relações Exteriores e o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos no México, através do apoio e assessoria da APT, estão colaborando em um projeto de dois anos para a implementação do OPCAT. O projeto consiste em uma série de seminários direcionados aos agentes públicos e representantes da sociedade civil, os quais ocorrerão em 2005 e 2006 em diversas regiões do país, incluindo os Governos Regionais. O objetivo é disseminar amplamente o conteúdo do OPCAT para todos aqueles que tenham papel em sua implementação em todo o país, bem como discutir com os mesmos atores as implicações dos vários modelos de MNPs.

5. Conclusão

O presente documento explorou, de modo preliminar, alguns dos assuntos relativos à implementação do OPCAT em Estados Federais e outros descentralizados. Como mencionado anteriormente, na maioria das situações a cooperação entre os diferentes níveis de governo é politicamente exequível e pode permitir uma eficaz implementação do OPCAT em nível nacional, mesmo quando a competência de ambos, governos federal e regional, está envolvida. Várias estratégias e procedimentos podem ser apropriados para cada Estado. Tais estratégias podem incluir negociações políticas e planejamento estratégico de recursos humanos e financeiros, argumentos jurídicos e formas morais de persuasão.

Em todo caso, deve-se observar que o OPCAT tem a função de auxiliar os Estados a cumprir obrigações já impostas pela Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e pelo direito internacional. Tendo esta premissa em mente, aliado ao constante diálogo e intercâmbio de informações entre Estado Federal e outros descentralizados, a rápida ratificação e efetiva implementação do OPCAT em estados federais não deveria ser vista como um obstáculo, cujo surgimento é possível. Pelo contrário, o OPCAT deveria ser visto pelo que de fato é: uma positiva e desejável conquista para o Estado, que será de utilidade tanto em nível doméstico quanto internacional.

Referências complementares:

D. Long and N. Boeglin Naumovic, *Optional Protocol to the United Nations Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: A Manual for Prevention* (San José and Geneva: Inter-American Institute of Human Rights and Association for the Prevention of Torture, 2004).

Walter Suntinger, “National Visiting Mechanisms: Categories and Assessment” (26 June 2003), in Association for the Prevention of Torture, *Visiting Places of Detention: Lessons Learned and Practices of Selected Domestic Institutions, Report on an expert seminar, Geneva, July 2003* (Geneva, 2003)

Parlamento da Austrália, Senado, *Trick or Treaty? Commonwealth Power to Make and Implement Treaties* (1995), Capítulo 10 “Practices in other Federations”, http://www.aph.gov.au/Senate/committee/legcon_ctte/completed_inquiries/pre1996/treaty/report/c10.htm.

Parlamento do Canadá, Senado, *Promises to Keep: Implementing Canada’s Human Rights Obligations*, Report of the Standing Senate Committee on Human Rights (December 2001), <http://www.parl.gc.ca/37/1/parlbus/commbus/senate/com-e/huma-e/rep-e/rep02dec01-e.htm>.

“Informe de La Relatoria de la Reunion de Expertos Sobre El Tema ‘Apoyo a Los Instrumentos Interamericanos de derechos humanos’” (6 mayo 2002), OEA/Ser.K/XVI, REIIDH/doc.18/02 rev.1.

Jose Ma. Serna de la Garza “Constitutional Federalism in Latin America” (2000), 30 Cal. W. Int’l L.J. 277.

Koren Bell, “From Laggard to Leader: Canadian Lessons on a Role for U.S. States in Making and Implementing Human Rights Treaties” (2002) 5 Yale H.R. & Dev. L.J. 255.

Stefan Oeter “Symposium: International Human Rights and National Sovereignty in Federal Systems: The German Experience” (2001), 47 Wayne L. Rev 871.

Ariel E. Dulitzky, “Implementación del Derecho Internacional de Los Derechos Humanos en Los Sistemas Federales: El Case de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos Y La Republica Argentina” (no prelo, El Centro de Estudios Legales y Sociales, Argentina).