

A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph. D. (Cambridge), Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco (Itamaraty), Coordenador da Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade de Brasília

SUMÁRIO

- I. *Introdução*
- II. *A obra de elaboração dos instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos: interação entre o global e o regional*
- III. *O quadro geral: identidade de propósito e diversidade de conteúdo e efeitos jurídicos dos instrumentos de proteção*

NOTA: Trabalho de pesquisa apresentado pelo Autor, em forma de conferência ministrada, como Professor convidado do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e da Chancelaria do Uruguai, no Seminário Internacional *Las Naciones Unidas 40 Años Después*, em 15 de novembro de 1985, realizada no Ministério das Relações Exteriores do Uruguai, em Montevideu, em comemoração ao 40º aniversário da Organização das Nações Unidas (ONU). — Ressalta o Autor que os conceitos e argumentos contidos no presente trabalho de pesquisa — aqui reproduzido com autorização prévia do Itamaraty — são emitidos unicamente em sua capacidade puramente pessoal.

- IV. *Proteção internacional dos direitos humanos: evolução doutrinária*
 - 1. *Superação da doutrina da "impossibilidade de agir" (CDH) e cristalização do direito de petição nos planos global e regional*
 - 2. *Debate acerca da doutrina do caráter indivisível dos direitos humanos*
 - 3. *Reconhecimento do caráter inderrogável de certos direitos básicos nos planos global e regional*
- V. *Proteção internacional dos direitos humanos: evolução jurisprudencial*
 - 1. *Interpretação dos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos*
 - 2. *Aspectos da implementação dos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos: exemplos de construção jurisprudencial "ratione materiae", "ratione personae" e "ratione temporis"*
- VI. *Proteção dos direitos humanos: compatibilização entre dispositivos convencionais e de direito interno*
- VII. *Considerações finais*

I. Introdução

O quadragésimo aniversário da Organização das Nações Unidas constitui ocasião das mais propícias para uma avaliação geral de um domínio em que tem sido considerável a sua contribuição, a par da dos sistemas regionais (interamericano e europeu): o da salvaguarda dos direitos humanos. Distanciamos-nos hoje no tempo da fase "legislativa" de elaboração dos instrumentos de salvaguarda nos planos global e regional, que apresentam identidade de propósito e diversidade de conteúdo e efeitos jurídicos. A evolução, nas quatro últimas décadas, da proteção internacional dos direitos humanos pode ser apreciada tanto à luz da doutrina quanto da jurisprudência. São pontos marcantes da evolução doutrinária a superação da doutrina da "impossibilidade de agir" da Comissão de Direitos Humanos da ONU e a cristalização do direito de petição nos planos global e regional, o debate sobre o chamado caráter indivisível dos direitos humanos, e, significativamente, o reconhecimento do caráter inderrogável de certos direitos básicos — o mínimo universal — nos planos global e regional. A evolução jurisprudencial pode ser investigada em relação tanto à interpretação quanto à implementação (*ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione temporis*) dos tratados concernentes à proteção internacional dos direitos humanos. No presente estudo deter-nos-emos em cada um desses pontos, assim como na questão da compatibilização entre dispositivos convencionais e de direito interno na proteção dos direitos humanos, antes de apresentarmos nossas considerações finais.

II. A obra de elaboração dos instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos: interação entre o global e o regional

Em 1947, enquanto a Comissão de Direitos Humanos da ONU preparava a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a UNESCO realizava, a título de colaboração, um exame dos principais problemas teóricos levantados por tal Declaração. Foi circulado a alguns dos principais pensadores da época de diversos países um questionário, contendo *inter alia* questões acerca das relações entre direitos de indivíduos e de grupos em sociedades de tipos diferentes e em circunstâncias históricas distintas, assim como das relações entre liberdades individuais e responsabilidades sociais ou coletivas (1). Ao final de reuniões celebradas em Paris, de 26 de junho a 2 de julho de 1947, a Comissão sobre Princípios Filosóficos dos Direitos Humanos, da UNESCO, reuniu suas conclusões em documento intitulado "As Bases de uma Declaração Internacional de Direitos Humanos". Observou-se, de início, que uma declaração universal confrontar-se-ia com interpretações várias derivadas das distintas filosofias prevalecentes em cada época. Por exemplo, em decorrência dos movimentos religiosos e do desenvolvimento dos Estados nacionais desde a Renascença até o século XVII, surgiu e se cristalizou uma determinada categoria de direitos, *civis e políticos*, que vieram a se incorporar nas constituições dos diversos Estados. No século XIX, em decorrência dos progressos tecnológicos e da industrialização, formaram-se os chamados direitos *econômicos e sociais*, daí advindo o problema capital da *implementação* dessas duas categorias distintas de direitos (2).

O documento final da Comissão da UNESCO data de julho de 1947, precedendo assim a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembléia Geral da ONU, como se sabe, aos 10 de dezembro de 1948. Dos então 58 Estados-Membros da ONU, 48 votaram

(1) *Los Derechos del Hombre, Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal Reunidos por la UNESCO*, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, apêndice I, pp. 227-232; uma parte especial do questionário dizia respeito às bases teóricas e garantias práticas de diversos direitos enunciados. Para algumas das principais respostas, cf. *ibid.*, pp. 97-98 (TEILHARD DE CHARDIN), 181-185 (ALDOUS HUXLEY), 15-22 e 69-74 (JACQUES MARITAIN), 24-27 (E. CARR), 129-136 (QUINCY WRIGHT), 160-164 (LEVI CARNEIRO), 90-96 (HAESAERT), 75-87 (HAROLD LASKI). Foram também consultados autores sobre a conceituação dos direitos humanos na União Soviética (TCHECHKO, pp. 143-159) na China (CHUNG-SHU LO, pp. 177-189) e na tradição islâmica (HAMAYN KABIR, pp. 173-176).

(2) A Comissão atribuiu especial importância à categoria mais recente de direitos, dependentes do "estudo da relação da propriedade e seu uso, da propriedade privada e comum, e dos direitos privados e responsabilidade pública". O documento enumera 15 direitos que, no parecer da Comissão, têm uma importância fundamental, e ressalta o caráter dinâmico das relações recíprocas entre os direitos humanos; cf. *ibid.*, apêndice II, pp. 233-246.

a favor, nenhum contra, 8 se abstiveram e 2 encontravam-se ausentes na ocasião. A Declaração resultou de uma série de decisões tomadas no biênio 1947-1948, a partir da 1ª sessão regular da Comissão de Direitos Humanos da ONU em fevereiro de 1947. O plano geral era de um *International Bill of Human Rights* (3), do qual a Declaração seria apenas a primeira parte, a ser complementada por uma Convenção ou Convenções (posteriormente denominadas Pactos) e medidas de implementação. Estas últimas não constavam, pois, da Declaração Universal de 1948. Ponto importante, que vale ressaltar, é a inclusão na Declaração das duas categorias de direitos (4), os *civis e políticos* (artigos 2-21) e os *econômicos e sociais* (artigos 22-28).

A Declaração Universal de 1948 (5), incorporada que foi em resolução do tipo declaratório da Assembléia Geral da ONU, não tem, como jamais pretendeu ter, força jurídica obrigatória, muito embora seja inegável seu impacto nas constituições, legislações e jurisprudências nacionais, assim como em tratados internacionais e demais resoluções da ONU. Tal impacto se tornou ainda mais considerável pelo lapso de tempo prolongado (18 anos) entre a adoção da Declaração e a dos dois Pactos (e Protocolo Facultativo) em 1966 (6), que levou alguns intérpretes a sugerir que possivelmente alguns dos princípios da Declaração tenham hoje se tornado "obrigatórios" como parte do direito internacional consuetudinário (7). Não surpreende que a elaboração dos dois Pactos (e Protocolo Facultativo) tenha exigido tanto tempo, vez que se tentava detectar o denominador comum aceitável aos Estados-Membros da ONU e alcançar

-
- (3) Para um dos estudos mais completos sobre o tema, cf. H. LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, parte III, pp. 273-393.
- (4) Sobre tal antinomia individual *versus* social nas duas categorias de direitos incorporados à Declaração Universal, cf., e.g., E. G. DA MATA-MACHADO, *Contribuição ao Personalismo Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1954, pp. 79, 86-88 e 93.
- (5) Para um estudo geral de seu histórico legislativo, cf., e.g., ALBERT VERDOODT, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain, Ed. Nauwelaerts, s/d, pp. 35-331; J. HUMPHREY, "The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character", *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B. G. Ramcharan), The Hague, M. Nijhoff, 1979, pp. 21-37.
- (6) ONU, documento ST/HR/2, *United Nations Action in the Field of Human Rights*, N.Y., 1974, pp. 8-9.
- (7) Cf., e.g., JOHN P. HUMPHREY, "The International Law of Human Rights in the Middle Twentieth Century", *The Present State of International Law and Other Essays* (Centenary Celebration of the International Law Association 1873-1973), Deventer, Kluwer, 1973, p. 85. Cf. também observações in G. EZEJIOFOR, *Protection of Human Rights under the Law*, London, Butterworths, 1964, pp. 88-90; L. B. SOHN, "The Universal Declaration of Human Rights, a Common Standard of Achievement? — The Status of the Universal Declaration in International Law", 8 *Journal of the International Commission of Jurists* (1967) pp. 23-26.

uma definição comum dos direitos essenciais à preservação da sociedade humana (8).

Já nos primeiros anos da fase “legislativa”, de elaboração dos instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos, a nível global assim como regional, constata-se uma interação entre os distintos labores de redação daqueles instrumentos. O ímpeto e a fonte comum de inspiração provieram da Declaração Universal de 1948, ponto marcante do desencadeamento do processo de *generalização* da proteção internacional dos direitos de pessoa humana. Assim, a Declaração Universal formou, em grande escala, a base do que veio a tornar-se o Pacto da ONU de Direitos Cívicos e Políticos, a nível global, e a Convenção Européia de Direitos Humanos, a nível regional (9). Assim, e.g., sabe-se que no decorrer dos trabalhos preparatórios dos Pactos da ONU de Direitos Humanos e da Convenção Européia de Direitos Humanos — influenciados pela Declaração Universal — houve contatos constantes entre os participantes, alguns dos quais integraram os comitês preparatórios tanto das Nações Unidas quanto do Conselho da Europa. A Convenção Européia seguiu-se a Carta Social Européia — com regime próximo ao do Pacto de Direitos Económicos, Sociais e Culturais — cujas raízes remontam ao sistema de garantias das Convenções da OIT (10). É clara, nesta fase “legislativa”, a interação entre os níveis global e regional (cf. também infra).

Com a adoção dos dois Pactos, em 1966, comportando medidas de implementação, completou-se o projeto original de um *International Bill of Human Rights*, iniciado com a Declaração Universal de 1948 (11) (supra). Por mais relativo que seja o valor dos *travaux préparatoires* (12) como elemento de interpretação de tratados, são um fator que não pode ser ignorado em uma avaliação da experiência das Nações Unidas na proteção internacional dos direitos humanos em perspectiva histórica. Nos trabalhos preparatórios dos Pactos, que se estenderam de 1947 a 1966, podem-se destacar quatro fases: na primeira, de 1947 a 1950, a Comissão de Direitos Humanos da ONU trabalhou praticamente só, sem assistência

-
- (8) POLYS MODINOS, “Coexistence de la Convention européenne des droits de l’homme et du Pacte des droits civils et politiques des Nations Unies”, 1 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1968) p. 42.
- (9) Egon Schwelb, “The United Nations and Human Rights”, 11 *Haward Law Journal* (1965) p. 369.
- (10) Phedon Vegleris, “Twenty Years’ Experience of the Convention and Future Prospects”, *Third Colloquy about the European Convention on Human Rights* (Brussels, 1970), doc. H/Coll. (70)6, pp. 38-39 e 51.
- (11) Cf. “After 30 years, an International Bill of Human Rights”, 13 *U. N. Monthly Chronicle* (abril 1976) n.º 4, pp. 50-52.
- (12) Cf., em geral, e. g., B. NARAIN MEHRISH, “The Role of *Travaux Préparatoires* as an Element in the Interpretation of Treaties — in the Light of Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, 40 *Yearbook of the A. A. A.* (1970) pp. 43-92.

direta do ECOSOC ou da Assembléia Geral da ONU. De 1950 a 1954 os três órgãos atuaram conjuntamente, dividindo-se o período em 1951 com a importante decisão da Assembléia Geral de ter dois Pactos ao invés de um. O quarto e último período se estende de 1954, data da conclusão pela Comissão do projeto dos dois Pactos, até 1966, data de sua adoção — em que os trabalhos foram desenvolvidos pela própria Assembléia Geral (e sua III Comissão) (13).

Já em sua segunda sessão (dezembro de 1947) a Comissão de Direitos Humanos contemplava medidas de implementação, discutidas sistematicamente até 1951 (sistemas de petições e de relatórios); persistia, no entanto, a dúvida se seriam incorporadas no próprio projeto do Pacto ou separadamente em Protocolo do Pacto (14). Naquele ano a Assembléia Geral, reconsiderando posição anterior, e atendendo a pedido do ECOSOC (15), optou pelo preparo de dois Pactos, um sobre direitos civis e políticos, e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais (16). Esta decisão é hoje aclamada como refletindo o marco e a principal característica do abordamento dos direitos humanos prevalecentes em meados do século XX, qual seja, “o reconhecimento indubitável do fato de que os seres humanos estão habilitados ao gozo não apenas dos direitos civis e políticos tradicionais, mas também dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais, para a maioria das pessoas, os direitos tradicionais têm pouco sentido” (17).

Na época, a solução do projeto dos dois Pactos veio como uma conciliação — conforme apregoado por CASSIN no próprio ano de 1951 (18) — entre a tese de Pactos sucessivos (anteriormente endossada pela Comissão) e a de um único Pacto (a tese anterior da Assembléia Geral). Assim como

(13) Para um estudo detalhado da matéria, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies under the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights and Its Optional Protocol”, 28 *International and Comparative Law Quarterly* (1979) pp. 734-765, esp. pp. 735-756.

(14) H. W. BRIGGS, “Implementation of the Proposed International Covenant on Human Rights”, 42 *American Journal of International Law* (1948) p. 391; A. A. CANÇADO TRINDADE, “The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organizations”, 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976) pp. 756-758 e 763; ONU, documentos E/600 (de 1948), E/1371 (de 1949), E/1681 (de 1950).

(15) 6 U. N. *Yearbook on Human Rights* (1951) pp. 526-527.

(16) A. G., resolução 543 (VI), de 1951.

(17) J. P. HUMPHREY, *op. cit.*, supra n. (7), p. 101.

(18) R. CASSIN, “La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme”, 79 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1951) pp. 297-305, cf., também pp. 241-362. Sobre a etapa inicial de elaboração dos Pactos, cf. em geral EGON SCHWELB, “Notes on the Early Legislative History of the Measures of Implementation of the Human Rights Covenants”, *Mélanges offerts à Polys Modinos*, Paris, Pédone, 1968, pp. 270-289.

o sentido atribuído às duas categorias de direitos consagrados nos dois Pactos em discussão era diferente, também se distinguiam os métodos de implementação dos dois grupos de direitos: a Comissão, colocando em prática as diretrizes recebidas da Assembléia Geral para a elaboração de dois Pactos distintos⁽¹⁹⁾, concebeu, por exemplo, o processo de *reclamações* ou *petições* como aplicável particularmente aos direitos civis e políticos, mas não aos direitos econômicos, sociais e culturais, porque “as obrigações com relação a esses direitos não podem ser tão precisamente definidas como no caso dos direitos civis e políticos”⁽²⁰⁾. Os direitos econômicos, sociais e culturais eram vistos como fins ou objetivos a ser realizados “progressivamente”, em período de tempo mais longo⁽²¹⁾.

A Comissão concluiu o projeto de ambos os Pactos em 1954; as medidas de implementação incluíam o sistema de relatórios periódicos e o sistema de petições. Em louvor da Comissão, deve-se ressaltar que, apesar da diversidade de pontos de vista (não apenas em seu seio mas também no ECOSOC e na Assembléia Geral), conseguiu ela realizar a difícil tarefa de produzir os dois Pactos em uma época caracterizada pelos conflitos ideológicos gerados pela guerra fria e também marcada pelo processo incipiente de descolonização, cujos impactos se podiam fazer sentir em seus trabalhos⁽²²⁾; a realização da Comissão, em tal clima, não deve passar despercebida.

Nos anos subseqüentes, até a adoção dos dois Pactos pela Assembléia Geral (1954 a 1956), virtualmente todo o trabalho ficou a cargo da própria Assembléia (e sua III Comissão). Em 1955 o Secretário-Geral da ONU preparou um histórico dos Pactos e seus problemas (liberado em 1º de julho de 1955 como documento A/2929 da ONU), em que afirmava que “existia um consenso geral no sentido de que os dispositivos dos Pactos deveriam ser implementados, a nível nacional, pelos próprios Estados-Partes por meio de medidas legislativas, administrativas, e outras, apropriadas. Subsistiam diferenças consideráveis de opinião acerca do estabelecimento ou não de medidas internacionais de implementação e, em caso afirmativo, dos tipos ou sistemas de implementação”⁽²³⁾ a ser adotados.

Os debates, a respeito, se prolongaram até as vésperas da adoção dos dois Pactos em 1966⁽²⁴⁾; o quadro geral de implementação enfim

(19) ONU, documento E/2256, Annex I, pp. 44-54.

(20) J. SIMSARIAN, “Progress in Drafting Two Covenants on Human Rights in the United Nations”, 46 *American Journal of International Law* (1952) p. 711.

(21) *Ibid.*, pp. 710-718.

(22) J.-B. MARIE, *La Commission des Droits de l'Homme de l'ONU*, Paris, Pédone, 1975, p. 168.

(23) ONU, documento A/2.929, capítulo II, § 24, p. 9.

(24) Para um relato, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “A Implementação Internacional dos Direitos Humanos ao Final da Década de Setenta”, 25 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (1979) pp. 344-347.

adotado compreendia três medidas principais: o sistema de *relatórios*, comum a ambos os Pactos; o sistema de *reclamações interestatais*, encontrado no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, sendo o órgão internacional em questão — o Comitê de Direitos Humanos estabelecido pelo Pacto — dotado de competência facultativa para receber e examinar tais reclamações; e o sistema de *petições individuais* (25) ao Comitê, incluído no Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos. O Comitê foi concebido e tem atuado mais como um órgão de conciliação ou bons ofícios do que estritamente judicial (26). As obrigações sob o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos são de tal ordem que sua implementação reveste-se de um caráter de “imediatismo”, a requerer *medidas* concretas dos Estados-Partes; não se trata, pois, de um instrumento apenas de “promoção” dos direitos humanos, vez que cria obrigações *imediatas* para os Estados-Partes (27). Já o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a seu termo, prevê a *realização progressiva* daqueles direitos, a qual pode melhor ser apreciada, a par — e sobretudo — das medidas gerais tomadas pelos Estados, também à luz da atuação conjunta das agências especializadas da ONU em suas respectivas esferas de competência. Contudo, tal diferenciação entre direitos cívicos e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais, apresenta algumas nuances e não passa sem alguma dificuldade, como veremos mais adiante.

Os trabalhos preparatórios da Convenção Internacional (da ONU) sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (iniciados em 1963-1964) beneficiaram-se do fato de terem seus redatores encontrado inspiração e base para os trabalhos no longo processo de redação dos Pactos de Direitos Humanos da ONU (*supra* e dos *travaux préparatoires* da Convenção Europeia de Direitos Humanos (*infra*). Distintamente dos dois Pactos de 1966 (e Protocolo Facultativo), que só entraram em vigor uma década depois, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de dezembro de 1965, entrou em vigor pouco tempo depois, em janeiro de 1969. Dos debates de 1965 da III Comissão da Assembleia Geral da ONU resultou a decisão da criação do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD), encarregado de considerar *relatórios* dos Estados-Partes (em sistema

(25) Sobre o direito de petição individual, cf. EGON SCHWELB, “Civil and Political Rights: the International Measures of Implementation”, 62 *American Journal of International Law* (1968) pp. 863-864, e, no contexto europeu, K. VASAK, “Le problème des pétitions individuelles relatives aux droits de l’homme” *La protection internationale des droits de l’homme dans le cadre européen* (1960 Strasbourg Colloquium), Paris, Dalloz, 1961, pp. 261-278.

(26) ONU, documento A/5.411, § 64, p. 9.

(27) EGON SCHWELB, “The Nature of the obligations of the States-Parties to the International Covenant on Civil and Political Rights”, in *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. I, Paris, Pédone, 1969, pp. 301-324.

análogo ao da OIT) (28), *reclamações interestatais* e, em base facultativa, *petições individuais*.

Concebida a Convenção em termos de *obrigações* dos Estados de erradicar a discriminação racial, seus objetivos transcendem a simples solução de casos puramente individuais, pois a prática de discriminação que visa a eliminar pode não raro refletir situações (políticas) mais ou menos generalizadas afetando um segmento minoritário (nos casos mais graves mesmo majoritário) da população de um país ou região. Dentre os problemas com que poderá provavelmente vir a confrontar-se o mecanismo de petições individuais da Convenção encontra-se o da discriminação *de jure*, quando os tribunais de um país não forem competentes para revisar a legislação nacional em questão (29).

A Convenção incorpora deveres não apenas de caráter negativo — o dever de não engajar ou apoiar práticas de discriminação racial — como também de caráter positivo, a saber: o dever de todos os Estados-Partes de tomar medidas eficazes para revisar políticas governamentais, nacionais e locais, e emendar, rescindir ou anular quaisquer leis e regulamentos resultando no fomento e perpetuação da discriminação racial; o dever de todos os Estados-Partes de proibir e pôr fim a quaisquer práticas de discriminação racial por todas as medidas apropriadas, incluindo legislação se necessário; o dever dos Estados-Partes de declarar ilegais e puníveis por lei os atos de disseminação e incitação à discriminação racial (30). É claro, pois, que a Convenção transcende a solução de casos individuais isolados, visando em última análise o aperfeiçoamento do sistema jurídico interno de proteção judiciária contra a discriminação racial, e o ajuste e aprimoramento de políticas nacionais e locais a fim de erradicar práticas de discriminação racial (31).

Também no âmbito regional a fase “legislativa”, de elaboração de instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos, remonta a fins da

(28) Cf. EGON SCHWELB, “The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, 15 *International and Comparative Law Quarterly* (1966) pp. 1034-1037. Sobre o sistema de relatórios da Convenção, cf. e. g., K DAS, “Measures of Implementation of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination with Special Reference to the Provisions Concerning Reports from States-Parties to the Convention”, 4 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1971) pp. 213-262.

(29) P. SCHAFFER e D. WEISSBRODT, “Exhaustion of Remedies in the Context of the Racial Discrimination Convention”, 2 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1969) pp. 644-645.

(30) Cf. artigos 2 (c) e (d), e 4, da Convenção, texto in ONU, documento ST/HR/1/Rev. 1, *Human Rights, — A Compilation of International Instruments of the United Nations*, 1978, pp. 25-26.

(31) Cf. observações in A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies under the United Nations International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, 21 *German Yearbook of International Law* (1979) pp. 374-383.

década de quarenta. A Declaração Americana de Direitos Humanos, de abril de 1948, antecede em oito meses a Declaração Universal de Direitos Humanos, de dezembro de 1948. Naquele ano têm início os trabalhos preparatórios da Convenção Européia de Direitos Humanos (com os projetos do Movimento Europeu), que se prolongam até fins de 1950, e dos quais participam a Assembléia Consultiva do Conselho da Europa (e seu Comitê Jurídico), o Comitê de Peritos, a Conferência de *Senior Officials* e o Comitê de Ministros⁽³²⁾. A Convenção Européia, assinada em 1950 e em vigor a partir de 1953, seguiram-se Protocolos Adicionais sucessivos (oito, até o presente) e a Carta Social Européia (de 1961, em vigor a partir de 1965), voltados estes aos direitos econômicos e sociais⁽³³⁾; houve, claramente, influências mútuas e interação na redação da Convenção Européia, a nível regional, e dos Pactos de Direitos Humanos da ONU (particularmente o de Direitos Civis e Políticos), a nível global, o que formou objeto de ampla bibliografia⁽³⁴⁾. Há, no entanto, uma diferença nítida de enfoque ou concepção: enquanto a atuação das Nações Unidas no presente campo se inspira mais propriamente nesta época no ideal de *promoção* dos direitos humanos, e os próprios mecanismos do Pacto de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo (recla-

(32) Para um estudo, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in the 'Travaux Préparatoires' of the European Convention on Human Rights", 58 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1980) pp. 73-88.

(33) Os trabalhos preparatórios da Carta Social Européia se estenderam de 1954 a 1961, e a eles se associou a OIT. Cf. (K. VASAK), "La protection Internationale des droits de l'homme dans le cadre des organisations régionales", 3.05/3.06 *Documentation française — Documents d'études — Droit International Public* (1973) pp. 34-35; A. H. ROBERTSON, *Human Rights in Europe*, Manchester, University Press, 1977, pp. 5-25.

(34) Cf.: R. CASSIN, "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", 79 (*Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1951) p. 328; J. M. GLENN, *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention européenne des Droits de l'homme: une étude comparative* (tese), vol. II, Universidade de Estrasburgo, 1973, pp. 369-378 e 383-386, A. H. ROBERTSON, "The United Nations Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights", 43 *British Year Book of International Law* (1968-1969) pp. 21-48, esp. pp. 41-48; F. CAPOTORTI, "The International Measures of Implementation Included in the Covenant on Civil and Political Rights", in *International Protection of Human Rights — Proceedings of the Seventh Nobel Symposium* (ed. A. Elde e A. Schou, Oslo 1967), Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1968, pp. 131-148; A. J. P. TAMMES, "The Obligation to Provide Local Remedies", in *Völkerechtelijke Opstellen aangeboden aan Professor Dr. Gesina H. J. van der Molen, Kampen, 1962*, pp. 152-168; F. C. NEWMAN, "Natural Justice, Due Process and the New International Covenants on Human Rights: Prospectus", *Public Law — Londres* (1967) pp. 274-313. Sobre os pontos de contato entre a Convenção Européia e a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (supra), cf., e.g., E. SCHWELB, *op. cit.* supra n. (28), p. 1.048.

mações interestatais e petições individuais) tenham sido concebidos como procedimentos antes de determinação dos fatos ou conciliação, o mesmo não ocorre na Convenção Européia. Aqui, quer se trate de “parecer” da Comissão Européia, de “julgamento” da Corte Européia, ou de “decisão” do Comitê de Ministros — os três órgãos da Convenção, — as petições, sejam elas interestatais ou individuais, são efetivamente “julgadas” (35).

No continente americano, os *travaux préparatoires* da Convenção Americana de Direitos Humanos se estenderam desde a II Conferência Extraordinária Interamericana (Rio de Janeiro) de 1965 até a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos (San José) de 1969. Deles participaram o Conselho Interamericano de Jurisconsultos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão de Assuntos Jurídico-Políticos do Conselho da OEA (além de projetos apresentados por governos). Preocupação básica foi a de “evitar o perigo de possíveis conflitos de normas e de instituições mundiais e regionais”, razão por que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos procedeu a um estudo comparativo entre os Pactos de Direitos Humanos da ONU e Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos (*supra*) e os projetos de Convenção Americana de Direitos Humanos (36). Os distintos instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos da ONU (*supra*) e as Convenções regionais (Européia e Americana) são, naturalmente, “autônomos” e apresentam variações, tanto na parte substantiva em relação à formulação dos direitos garantidos, quanto na parte processual em relação à consagração dos mecanismos de implementação (variações estas que requereriam um estudo à parte); seus redatores, no entanto, mantiveram-se conscientes da necessidade de coordenação dos distintos instrumentos, no plano global assim como regional. Os trabalhos preparatórios da Convenção Americana, que não fazem exceção a isto, mostram-se crivados de referências a dispositivos correspondentes dos Pactos de Direitos Humanos da ONU e da Convenção Européia (37), tendo presente a referida necessidade de coordenação mas sem prejuízo da expressão regional da proteção dos direitos humanos no continente americano. A Convenção

(35) POLYS MODINOS, *op. cit.*, *supra* n. (8), p. 64.

(36) OEA, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, doc. 12, de 22-09-1969, *cit.* n. (37) *infra*, pp. 1-4; e cf. OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Estudio Comparativo entre los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales y los Proyectos de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos” (relator C. A. DUNSHEE DE ABRANCHES) doc. OEA/Ser. L/V/II. 19-doc. 18, de 04-04-1968, pp. 1-51.

(37) OEA, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, “Anotación sobre el Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos” (CIDH), doc. 12, de 22-9-1969, pp. 7, 10-12, 18, 21-22, 24-27, 29, 33-35, 37-38, 41, 45, 48 e 51.

Americana, aprovada na Conferência de San José de 1969⁽³⁸⁾, entrou enfim em vigor em 1978, possibilitando a que assim se testemunhasse, tanto no âmbito global quanto regional⁽³⁹⁾ (americano), a passagem gradual ou evolução da fase "legislativa", de redação dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, à fase corrente de implementação de tais instrumentos (cf. infra).

III. O quadro geral: identidade de propósito e diversidade de conteúdo e efeitos jurídicos dos instrumentos de proteção

Da Declaração Universal de 1948 até nossos dias, os instrumentos internacionais voltados ao propósito comum de salvaguarda dos direitos humanos formam um *corpus* de regras bastante complexo, de *origens diversas* (Nações Unidas, agências especializadas, organizações regionais), de *diferentes âmbitos de aplicação* (universal e regional), *distintos também quanto a seus destinatários ou beneficiários*, e, significativamente, de *conteúdo, força e efeitos jurídicos desiguais ou variáveis* (desde simples declarações até convenções devidamente ratificadas) e de *órgãos exercendo funções também distintas* (e.g., informação, instrução, conciliação e tomada de decisão)⁽⁴⁰⁾. São igualmente distintas as técnicas de controle e supervisão (e.g., relatórios periódicos, reclamações ou petições de diversas modalidades)⁽⁴¹⁾.

(38) OEA, Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, *Ata Final*, doc. 70/rev. 1, de 22-11-1969, p. 6.

(39) Para um exame — que escaparia aos propósitos do presente estudo — da proteção internacional dos direitos humanos em outras concepções ou sistemas regionais, cf.: KAREL VASAK, "Les droits de l'homme en Afrique", 3 *Revue Belge de Droit International* (1967) n.º 2, pp. 459-478; V. O. UMOZURIKE, "The African Charter on Human and Peoples' Rights", 77 *American Journal of International Law* (1983) pp. 902-912; KEBE M'BAYE, "Les droits de l'homme en Afrique", *Les dimensions internationales des droits de l'homme* (ed. K. Vasak), Paris, UNESCO, 1978, pp. 645-664; BIRAME NDIAYE, "La place des droits de l'homme dans la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine", *ibid.*, pp. 664-679; B. BOUTROS-GHALI, "La Ligue des États Arabes", *ibid.*, pp. 634-644; NAGENDRA SINGH, "L'Asie et les droits de l'homme", *ibid.*, pp. 702-706; VLADIMIR KARTASHKIN, "Les pays socialistes et les droits de l'homme", *ibid.*, pp. 680-701; FRANCISZEK PRZETACZNIK, "L'attitude des États socialistes à l'égard de la protection internationale des droits de l'homme", 7 *Revue des Droits de l'Homme/Human Rights Journal* (1974) n.º 1, pp. 175-206.

(40) KAREL VASAK, "Le droit international des droits de l'homme", 140 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1974) pp. 348-349 e 361, e cf. também pp. 366 e 411-412.

(41) *Ibid.*, pp. 366-371 e 411-413; L. B. SOHN, "Procedures Developed by International Organizations for Checking Compliance", *The Effectiveness of International Decisions* (ed. S. Schwebel), Leiden, Sijthoff/Oceana, 1971, pp. 51-56.

Este fenômeno, que poderíamos denominar de identidade de propósitos e diversidade de meios, pode ocorrer dentro de um mesmo sistema de proteção, conforme pertinentemente ilustrado pelo sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: este último, desde seus primórdios, mesmo antes da Declaração Americana de abril de 1948, caracterizou-se, com efeito, pela evolução, em coexistência, de instrumentos de *conteúdo e efeitos jurídicos variáveis*, geralmente voltados a determinadas situações ou categorias de direitos (e.g., convenções sobre direitos de estrangeiros e cidadãos naturalizados, sobre asilo, sobre direitos da mulher; Carta Americana de Garantias Sociais, também de abril de 1948; resoluções e declarações adotadas nas Conferências Internacionais Americanas sobre aspectos distintos da temática e proteção dos direitos humanos) (42). O próprio *mecanismo* regional de proteção dos direitos humanos no continente americano tem suas origens em instrumentos outros que tratados: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e.g., resultou originalmente de uma *resolução*, a Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores (Santiago, 1959). Assim criada, a Comissão cedo pôs-se a tentar ampliar sua competência, o que conseguiu pela Resolução XXII da II Conferência Interamericana Extraordinária (Rio de Janeiro, 1965), que outorgou-lhe o poder adicional de, além de realizar estudos, receber petições ou comunicações sobre violações de direitos humanos.

Por ocasião do caso da *República Dominicana* (1965-1966), a Comissão foi mais além, como órgão já de *proteção* dos direitos humanos, verdadeiro órgão de *ação*, operando continuamente naquele país por mais de um ano, ultrapassando em muito suas atribuições de órgão de observação e recomendação; tal ação, sem precedentes, ampliou ainda mais sua competência, mediante um processo de interpretação liberal e extensiva de seus poderes. Quatro anos após, durante o conflito armado entre Honduras e El Salvador em 1969, membros da Comissão permaneceram naqueles países por um período de aproximadamente quatro meses. Nesse estágio, não mais restava dúvida de que a Comissão se consolidara como órgão não apenas de estudos e observação, mas também de ação, na proteção dos direitos humanos.

(42) Cf. fontes e detalhes in A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Evolução do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Avaliação Crítica", 19 *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal (1982) n.º 73, pp. 107-108. E cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "The Evolution of the O. A. S. System of Human Rights Protection: An Appraisal", 25 *German Yearbook of International Law* (1982) pp. 498-514; A. A. CANÇADO TRINDADE, "Una Evolución del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Evaluación Crítica", 16 *Jurídica-Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* — México (1984) pp. 433-445.

Com o Protocolo de Reformas da Carta da OEA (Buenos Aires, 1967), que entrou em vigor em 1970, foi a Comissão enfim erigida em um dos órgãos principais da Organização, tendo seu *status* jurídico assim consideravelmente fortalecido; a Comissão passava desse modo a ser dotada, finalmente, de base *convencional*, com um mandato não mais apenas de promoção mas também de controle e supervisão da proteção de direitos humanos. A partir daí pôde a Comissão atuar de modo distinto de seus primeiros anos, com amplas possibilidades de ação decorrentes de sua competência de órgão da OEA de proteção dos direitos humanos (43). O próprio tratamento das petições pela Comissão passou por significativa evolução mediante um *processo de interpretação* liberal das normas processuais; a gradual ampliação de seus poderes deu-se já bem antes da entrada em vigor, em 1978, da Convenção Americana de 1969 (44).

O desenvolvimento histórico do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos aponta, assim, no sentido de facilitar gradualmente o acesso dos particulares lesados às instâncias internacionais, e desse modo fortalecer sua posição no plano internacional, em experimentos providos *seja de base convencional, seja de base originalmente fornecida por instrumentos tecnicamente não obrigatórios* (resoluções internacionais), mas que nem por isso deixam de exercer efeitos jurídicos em relação aos Estados-Membros (45).

Não surpreende, assim, que, mesmo países que não aderiram à Convenção Americana, e antes da entrada em vigor desta, tenham participado efetivamente de procedimentos perante a Comissão Interamericana: a simples não-ratificação ou não-adesão da Convenção Americana não impede, assim, que um Estado se dirija à Comissão no decorrer da tramitação de casos que lhe digam respeito.

A própria existência dos distintos sistemas de proteção levanta a questão de sua coordenação, no tocante tanto às normas quanto aos procedimentos consagrados. Parece estar em vias de esclarecimento a questão da possibilidade de uma "coexistência" ou "acumulação" de procedimentos (petições) a níveis global (Comissão das Nações Unidas) e regional (Comissão Européia e Comissão Interamericana): estudos a respeito têm tendido a apoiar a *livre escolha* entre os *procedimentos global e regional*, argumentando no sentido de permitir-se a "acumulação" do nível regional

(43) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Evolução do Sistema...", *op. cit.* supra n. (42), pp. 108-110, também para exemplos.

(44) Cf. *Ibid.*, pp. 111-112. Para a questão da "transição" entre a "antiga" Comissão Interamericana e a "nova" Comissão a operar sob a Convenção Americana, cf. *ibid.*, pp. 113-115.

(45) *Ibid.*, p. 113; A. A. CANÇADO TRINDADE, "O Impacto de Tratados e Resoluções nas Relações Internacionais na América Latina", 19 *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal (1982) n.º 74, p. 182.

ao global, mas não vice-versa⁽⁴⁶⁾. Também já se sugeriu, quanto às normas, que deve prevalecer a mais favorável ao indivíduo reclamante em questão⁽⁴⁷⁾. Acrescente-se que, ao dispor sobre a matéria, a resolução (70)17, de 15 de maio de 1970, do Comitê de Ministros (Conselho da Europa) recomenda que os Estados-Partes à Convenção Europeia e ao Pacto de Direitos Cíveis e Políticos da ONU deveriam utilizar apenas o procedimento estabelecido na Convenção Europeia em reclamações relativas a supostas violações de direitos cobertos substancialmente tanto pela Convenção Europeia (ou seus Protocolos) quanto pelo Pacto da ONU, mas o procedimento deste último poderia ser acionado em relação a direitos não garantidos na Convenção Europeia (ou seus Protocolos) ou em relação a Estados não partes à Convenção Europeia. De toda forma, os possíveis conflitos entre normas e procedimentos de distintos sistemas de proteção devem ser afastados, pois sua “coexistência” ou coordenação se impõe como decorrência ou reflexo da *generalização* da proteção do ser humano no plano internacional⁽⁴⁸⁾.

- (46) M. TARDU, “Quelques questions relatives à la coexistence des procédures universelles et régionales de plainte individuelle dans le domaine des droits de l’homme”, 4 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1971) pp. 589-625; M. A. EISSEN, “Convention européenne des droits de l’homme et Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques: problèmes de “coexistence”. 30 *Zeitschrift für Ausländisches Recht und Völkerrecht* (1970) pp. 237-262; M. TARDU, “The Protocol to the U. N. Covenant on Civil and Political Rights and the Inter-American System: a Study of Co-Existing Petition Procedures”, 70 *American Journal of International Law* (1976) pp. 778-800; Conseil de l’Europe, doc. H (70) 7, *Problems Arising from the Co-Existence of the U. N. Covenants on Human Rights and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 1970, pp. 1-93; e sobre a “integração do sistema regional com o universal” de proteção, cf., recentemente, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-1/82, de 24-9-1982, sobre “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte, Série A. n. 1, 1982, p. 18.
- (47) RODOLFO PIZA, “La Coordinación de los Mecanismos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o “Pacto de San José”) con Respecto a los Establecidos por el Sistema de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos”, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 207-208, e cf. pp. 209-211; POLYS MODINOS, “Coexistence de la Convention Européenne des Droits de l’Homme et du Pacte des Droits Cívils et Politiques des Nations Unies”, 1 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1968) p. 66. — Cf. também os comentários (e. g., sobre o artigo 44 do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos da ONU, a propósito da co-existência com outros procedimentos) de LOUIS B. SOHN, “Human Rights: Their Implementation and Supervision by the United Nations”, in *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (ed. Th. Meron), vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 393-394.
- (48) Generalização esta advogada por SCELLE já em 1933-1934; G. SCELLE, *Précis de Droit des Gens — Principes et Systématique*, parte II, Paris, Rec. Sirey, 1934, pp. 252-255; G. SCELLE, “Règles générales du droit de la paix”, 46 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (1933), pp. 656-661.

IV. Proteção internacional dos direitos humanos: evolução doutrinária

1. Superação da doutrina da "impossibilidade de agir" (CDH) e cristalização do direito de petição nos planos global e regional

A concepção e formulação dos direitos a serem garantidos nos planos nacional e internacional (neste último, instrumentos globais e regionais) encontram-se ligadas à questão dos mecanismos de implementação. Estes últimos não estão isentos de considerações de cunho doutrinário, como o demonstra da tese da "impossibilidade de agir" da Comissão de Direitos Humanos da ONU, que sobreviveu durante muitos anos, que recapitularemos a seguir. Com efeito, em fins da década de sessenta observava-se que "no atual estágio do desenvolvimento do direito e relações internacionais, os dispositivos processuais, as medidas de implementação, o mecanismo internacional são de maior importância e maior interesse do que a re-asserção dos *standards* internacionais sobre direitos humanos em forma de tratado" (49).

Recorde-se que, desde que a Comissão de Direitos Humanos da ONU passara a funcionar há quase quatro décadas atrás, recebia milhares de petições anualmente (enumeradas em listas confidenciais), mas ficara decidido, em 1947, que a Comissão não estaria habilitada a tomar quaisquer medidas práticas com relação a essas reclamações (50): como não dispunha a ONU de um mecanismo para remediar as violações de direitos humanos alegadas em tais petições, ficou claro na época que a função da Comissão seria antes a de estabelecer certos padrões (*standards*). O assunto veio novamente à baila em 1958-1959, quando de novo se reconheceu a impossibilidade da Comissão, na ausência de mandado específico nesse sentido, de tomar qualquer linha de ação sobre a matéria (51). Em 1967, no entanto, a situação modificou-se: a pedido da própria Comissão (52), o ECOSOC concordou em atribuir-lhe autoridade para adotar medidas acerca das alegações de violações de direitos humanos (53).

(49) EGON SCHWELB, "Some Aspects of the International Covenants on Human Rights of December 1966, *International Protection of Human Rights — Proceedings of the Seventh Nobel Symposium* (Oslo, 1967, ed. A. Eide e A. Schou), Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1968, pp. 122-123. Para o ponto de vista de que o respeito aos direitos humanos "depende até certo ponto do desenvolvimento do direito internacional e das relações internacionais", cf. H. LANNUNG, "Quelques observations sur le problème de mise en oeuvre des droits de l'homme", *La Protection Internationale des Droits de l'Homme dans le Cadre Européen* (1960 Strasbourg Colloquium), Paris, Dalloz, 1961, p. 237.

(50) ECOSOC, resolução 75 (V), de 5-8-1947.

(51) ECOSOC, resolução 728 F (XXVIII), de 30-7-1959.

(52) Por sua resolução 8 (XXIII), de 1967.

(53) ECOSOC, resolução 1235 (XLII), de 6-6-1967.

Depois de vinte anos de atividades, a Comissão finalmente lograra obter as condições necessárias ao estabelecimento de mecanismo para a proteção efetiva dos direitos humanos ⁽⁵⁴⁾.

O processo culminou com a adoção pelo ECOSOC em 1970 da celebrada Resolução nº 1.503 (XLVIII) sobre o procedimento para lidar com petições relativas a violações de direitos humanos, complementada pelos dispositivos detalhados da Resolução nº 1 (XXIV) de 1971 da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias ⁽⁵⁵⁾ da ONU: as petições devem aqui necessariamente dizer respeito a “determinadas situações que pareçam revelar um padrão consistente de violações flagrantes de direitos humanos, seguramente comprovadas” ⁽⁵⁶⁾. As petições ⁽⁵⁷⁾ podem levar a Comissão de Direitos Humanos a proceder a *estudos* ou a *investigações*. Estava, assim, superada, a doutrina da “impossibilidade de agir” da Comissão ⁽⁵⁸⁾. Recorde-se que, já em 1950, HERSCH LANTERPACHT se investia contra tal doutrina, considerando *dever* dos órgãos das Nações Unidas receber e examinar petições contendo alegações de violações de direitos humanos e tomar as medidas apropriadas (que não incorressem em intervenção) ⁽⁵⁹⁾. Mas foi preciso esperar duas décadas para que se concretizasse o reconhecimento do direito de petição ⁽⁶⁰⁾ no escopo de competência da Comissão de Direitos Humanos da ONU.

(54) J.-B. MARIE, *op. cit.* supra n. (22), pp. 258-261.

(55) Cf., a respeito, A. CASSESE, “The Admissibility of Communications to the United Nations on Human Rights Violations”, 5 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1972) pp. 375-393; K. VASAK, *op. cit.*, supra n.º (25), pp. 261-278; A. R. WILKOC, “Procedures to Deal with Individual Communications to International Bodies: the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities”, 1 *New York University Journal of International Law and Politics* (1968) pp. 277-301; M. H. GUGGENHEIM, “Key Provisions of the New United Nations Rules Dealing with Human Rights Petitions” 6 *New York University Journal of International Law and Politics* (1973) pp. 427-446.

(56) Resolução 1.503 (XLVIII) do ECOSOC, § 5; resolução 1 (XXIV) da Subcomissão, § 1.

(57) Inicialmente selecionadas por um Grupo de Trabalho sobre Petições, são então encaminhadas à Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias (para a determinação de situações), e desta à Comissão de Direitos Humanos.

(58) Cf. E. SCHWELB, “(Institutions des Nations Unies:) Institutions principales et dérivées fondées sur la Charte”, *Les Dimensions Internationales des Droits de l’Homme* (ed. K. Vasak), Paris, UNESCO, 1978, pp. 295 e 321-322; para o autor, “a doutrina da “impossibilidade de agir” não podia resistir ao impacto crescente da luta contra a discriminação racial nos territórios coloniais e no sul do continente africano” (p. 322).

(59) HERSCH LANTERPACHT, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, pp. 223-251, esp. pp. 225-226, 230 e 251.

(60) Cf., a respeito, JOHN HUMPHREY, “The Right of Petition in the United Nations”, 4 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1971) pp. 463-475.

É de se recordar, ademais, que, no âmbito geral no sistema das Nações Unidas como um todo, ainda que não se tivesse logrado incorporar o direito de petição na Declaração Universal de 1948, foi ele, no entanto, inserido em mecanismos distintos de proteção, como os do sistema de tutela, do Pacto de Direitos Civis e Políticos e Protocolo Facultativo, e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; além disso, o Comitê da Descolonização e o Comitê Especial contra a *Apartheid* também se habilitaram a receber petições⁽⁶¹⁾. Assim, o direito de petição já se fazia presente no âmbito mais amplo das Nações Unidas, e o sistema da resolução 1.503 do ECOSOC (1970) veio sepultar a doutrina de “impossibilidade de agir” que comprometia especificamente a atuação de um dos órgãos da ONU, a Comissão de Direitos Humanos.

No âmbito regional, o direito de petição individual foi reconhecido, em base facultativa, na Convenção Européia de Direitos Humanos (artigo 25), mas são as petições interestatais (artigo 24) que realçam a premissa básica de *garantia coletiva*, pela qual a aplicação da Convenção é confiada a todos os Estados-Partes. Enquanto as petições interestatais se fundamentam em um direito de ação para a aplicação da garantia coletiva, as petições individuais — muito embora possam ser apresentadas coletivamente à Comissão — não pretendem servir o propósito da garantia coletiva pois é o dano que fundamenta a petição “*et non pas le mobile désintéressé de l’observation de la Convention erga omnes*”⁽⁶²⁾. Mas isto de modo algum contradiz o fato de que, no âmbito geral da Convenção, o direito de petição individual, possuindo um caráter judicial⁽⁶³⁾, baseia-se na natureza objetiva dos compromissos assumidos pelas Partes Contratantes à Convenção⁽⁶⁴⁾, uma vez que seu exercício contribui também a satisfazer o interesse geral em garantir o respeito à

(61) DAVID RUZIE, “Du droit de pétition individuelle en matière de droits de l’homme: à propos de la résolution 1.503 (XLVIII) du Conseil Economique et Social des Nations Unies”, 4 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1971) pp. 89-91, e cf. pp. 91-101.

(62) C. TH. EUSTATHIADES, “Les recours individuels à la Commission européenne des droits de l’homme”, in *Grundprobleme des Internationalen Rechts — Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch & Co., 1957, p. 121. Cf. também C. TH. EUSTATHIADES, “La Convention européenne des droits de l’homme et de Statut du Conseil de l’Europe”, 53 *Die Friedens-Warte* (1955/1956) pp. 68-69.

(63) MICHEL VIRALLY, “L’accès des particuliers à une instance internationale: la protection des droits de l’homme dans la cadre européen”, in 20 *Mémoires Publiés par la Faculté de Droit de Genève* (1964) pp. 67-69.

(64) E. MULLER-RAPPARD, “Le droit d’action en vertu des dispositions de la Convention européenne des droits de l’homme”, 4 *Revue Belge de Droit International* (1968)-II, pp. 491-492.

Convenção (65). O direito de petição individual e a noção de garantia coletiva (mais realçada esta nos casos interestatais) podem assim ser tidos como possivelmente dois dos traços mais marcantes do novo sistema (regional) de proteção inaugurada pela Convenção Européia (66).

No sistema regional interamericano o reconhecimento do direito de petição individual antecedeu a Convenção Americana de Direitos Humanos (de 1969): a resolução XXII, da II Conferência Interamericana Extraordinária (Rio de Janeiro, 1965), ampliou os poderes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (criada também por uma resolução (67), não um tratado), para inclusive receber petições ou comunicações sobre violações de direitos humanos (68). Os poderes da Comissão (relatórios distintos, exame de comunicações, visitas a Estados — com sua aquiescência, — estudos e seminários), originalmente limitados, expandiram-se mediante processo de *interpretação liberal e ampla* de seu Estatuto e Regulamento, para o que contribuiu o fato de seus membros atuarem em sua capacidade individual e não como representantes de seus governos (69).

(65) E. MULLER-RAPPARD, *op. cit. supra*, n. (80), p. 503; HENRI ROLIN, "Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Commission européenne des droits de l'homme", 9 *Revue Hellénique de Droit International* (1956) pp. 3-14, esp. p. 9; K. Vasak, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1964, pp. 96/98; C. P. ECONOMOPOULOS, "Les éléments politiques et judiciaires dans la procédure instaurée par la Convention européenne des droits de l'homme", 22 *Revue Hellénique de Droit International* (1969) pp. 125-126; F. DURANTE, *Ricorsi Individualità Organi Internazionali*, Milano, Giuffrè 1958, pp. 129-130, e cf. pp. 125-152. Já se observou que o fator determinante da posição dos indivíduos em em um experimento internacional reside no reconhecimento de seu direito de recorrer a um órgão internacional: cf. MASSIMO PILLOTTI, "Le recours des particuliers devant les juridictions internationales", in *Grundprobleme des Internationalen Rechts — Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbush & Co., 1957, p. 351.

(66) E esta é provavelmente a razão pela qual a Comissão — um órgão internacional — encarregada da decisão quanto à admissibilidade de todas as petições (individuais e interestatais) sob a Convenção, exerce um papel central no mecanismo de proteção coletiva, tendo por isso sido caracterizada como a "pierre angulaire de l'édifice de la Convention". Cf. N. ANTONOPOULOS, *La Jurisprudence des Organes de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Leiden, Sijthoff, 1967, p. 256; cf. também E. MULLER-RAPPARD, *op. cit. supra* n. (64), pp. 486 e 515.

(67) A resolução VII, da V Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores (Santiago, 1959).

(68) Os poderes adicionais da Comissão se incorporaram ao novo artigo 9 (bis) de seu Estatuto de então (data o Estatuto originalmente de 1960). O atual Estatuto data de 1979, e o atual Regulamento de 1980.

(69) ANNA P. SCHREIBER, *The Inter-American Commission on Human Rights*, Leiden, Sijthoff, 1970, pp. 87, 155 e 145-147. E cf. *infra*, sobre a questão da interpretação dos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos.

Na época dos trabalhos preparatórios da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana recomendou a manutenção do sistema de petições individuais na futura Convenção, face a sua aceitação por parte dos Estados americanos e por já se ter “consagrado” na prática; além disso, considerou a Comissão que poder-se-ia admitir que também os Estados-Partes encaminhassem uma petição ou comunicação à Comissão “em casos excepcionais, quando ocorressem violações graves e reiteradas dos direitos humanos”⁽⁷⁰⁾. Sob esta ótica, tanto as petições individuais quanto as interestatais foram previstas na Convenção Americana, mas com uma diferença significativa em relação à Convenção Européia: enquanto sob esta última o direito de petição individual é facultativo e o de petição interestatal obrigatório (artigos 24 e 25), sob a Convenção Americana passa-se o contrário, sendo obrigatório o direito de petição individual e facultativo o de queixa interestatal (artigos 44 e 45). Uma reclamação interestatal terá naturalmente repercussões bem mais amplas e marcantes nas relações internacionais na região em questão do que muitas das petições individuais (não raro rejeitadas como inadmissíveis). Por outro lado, e talvez por isso mesmo, têm os Estados se mostrado recalcitrantes em “acionar” outros Estados, por receio de comprometerem suas relações amistosas.

Desse modo, um levantamento de dados efetuado recentemente pelo Secretário da Comissão Européia de Direitos Humanos, referentes às três décadas, de 1954 a 1984, revela que enquanto as petições individuais registradas ultrapassaram a casa das dez mil (das quais 326 declaradas admissíveis — cf. infra), poucos foram os casos de reclamações interestatais até o presente ocorridos sob a Convenção Européia: *Grécia versus Reino Unido* (a propósito de *Chipre*, 1956-1957); *Áustria versus Itália* (1961-1963); *Dinamarca, Noruega, Suécia e Holanda versus Grécia* (1967-1970); *Irlanda versus Reino Unido* (1971-1973); *Chipre versus Turquia* (1974-1978); *Dinamarca, França, Holanda, Noruega e Suécia versus Turquia* (1982 em diante) ⁽⁷¹⁾.

Vê-se que o registro de queixas interestatais, mesmo no sistema regional europeu onde constituem mecanismo obrigatório sob a Convenção Européia, não deixa assim de ser modesto. Possivelmente ainda menor sob o experimento da Convenção Americana, em que foi relegado a

(70) OEA, *op. cit.* supra n. (37), p. 41.

(71) European Commission of Human Rights, *Stock-Taking on the European Convention on Human Rights (1954-1984)*, C. E. doc. 1.373-06.2, Strasbourg, Council of Europe, 1984, pp. 6-19, e cf. p. 312. Para um estudo de alguns desses casos interestatais, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “L'épuisement des recours internes dans affaires inter-étatiques: la procédure de la Convention Européenne des Droits de l'Homme”, 14 *Cahiers de Droit Européen* (1978) pp. 139-157; A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in Inter-State Cases: the practice under the European Convention on Human Rights”, 29 *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht* (1978) pp. 211-231.

mecanismo facultativo, talvez sob a lembrança do princípio da não-intervenção de um Estado nos assuntos internos de outro⁽⁷²⁾, arraigado na tradição e prática latino-americanas desde sua consagração definitiva na Conferência de Montevideú de 1933⁽⁷³⁾ — muito embora no presente contexto equivalesse a um mecanismo de garantia coletiva acionável restritivamente sob uma convenção internacional de direitos humanos devidamente ratificada⁽⁷⁴⁾, e assim fundamentalmente distinto da intervenção discricionária no contencioso diplomático interestatal. Não surpreende que até o presente todos os casos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos tenham assumido a forma de pedidos de pareceres (jurisdição consultiva — cf. infra); em 14 de agosto de 1985 a Corte recebeu o sexto pedido de parecer consultivo⁽⁷⁵⁾.

2. Debate acerca da doutrina do caráter indivisível dos direitos humanos

Paralelamente, outro significativo desenvolvimento de cunho doutrinário ocorreu quando da Conferência Internacional de Direitos Humanos de Teerã, em 1968, decorridas duas décadas da Declaração Universal. Na ocasião, procedeu-se a uma reavaliação dos vinte anos de experiência na proteção dos direitos humanos desde a Declaração Universal. A Proclamação de Teerã, adotada por unanimidade pela referida Conferência, refletiu a tendência mais recente de relacionar os direitos humanos aos “problemas políticos e econômicos mundiais atuais que apresentam um caráter de gravidade e urgência, dando lugar de destaque às denegações em massa dos direitos humanos”; assim, enquanto o indivíduo ocupa posição central na Declaração Universal de 1948, a Proclamação de Teerã de 1968 concentra-se sobretudo na coletividade humana enquanto vítima de denegações maciças de direitos humanos, refletindo evolução marcante no plano global — no período de duas décadas — da concepção dos direitos humanos, de um enfoque individual a uma ótica coletiva⁽⁷⁶⁾.

(72) Nesse sentido, THOMAS BUERGENTHAL, “Las Convenciones Europea y Americana: Algunas Similitudes y Diferencias”, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1980, p. 182.

(73) J. J. CAICEDO CASTILLA, “El Arbitraje en las Conferencias Panamericanas Hasta el Pacto de Bogotá de 1948 sobre Soluciones Pacíficas”, 4 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1948) p. 33; Ch. G. FENWICK, “El Sistema Regional Interamericano: Cincuenta Años de Progreso”, *Anuário Jurídico Interamericano* (1955-1957) p. 47.

(74) Recorde-se, ademais, que, em contexto distinto, a própria Comissão Jurídica Interamericana proferiu, em setembro de 1965, parecer sobre “Diferenças entre Intervenção e Ação Coletiva”; cf. Comité Jurídico Interamericano, 9 *Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales* (1965-1966) pp. 111-127.

(75) OEA/Corte Interamericana de Derechos Humanos, doc. OC-6/CP-1, de 16/08/1985, p. 1.

(76) Th. C. VAN BOVEN, “Les critères de distinction des droits de l’homme”, *Les Dimensions Internationales des Droits de l’Homme* (ed. K. Vasak), Paris, UNESCO, 1978, p. 63.

Ilustração pertinente desta evolução é fornecida pelo próprio sistema da resolução 1.503 do ECOSOC, voltado, como visto acima, a “situações que pareçam revelar um padrão consistente de violações flagrantes de direitos humanos” (supra). E, também no plano regional, os relatórios anuais recentes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, relacionam a questão da proteção dos direitos humanos com sua preocupação com a própria organização política dos Estados-Membros da OEA e o exercício efetivo da democracia representativa como princípio consagrado na Carta da OEA (77); no relatório de 1979-1980, por exemplo, a Comissão constata “a relação orgânica entre a violação dos direitos à segurança física, por um lado, e o descuido dos direitos econômicos e sociais e a supressão da participação política, por outro” (78). Para a Comissão, esta é uma “relação de causa e efeito”, e o descuido dos direitos econômicos e sociais (79), acrescido da supressão da participação política, produz “a classe de polarização social” que conduz a atos de violência. Aqui a Comissão mostra-se “extremamente cautelosa”, ao reconhecer a dificuldade que existe no campo dos direitos econômicos e sociais “para estabelecer critérios que permitam medir o cumprimento pelos Estados de suas obrigações” (80).

Como já vimos, no decorrer dos trabalhos preparatórios dos dois Pactos da ONU, prevaleceu a consagração de duas categorias distintas de direitos: os direitos civis e políticos, suscetíveis de aplicação “imediate”, e os direitos econômicos, sociais e culturais, suscetíveis de aplicação “progressiva”. Esta distinção, no entanto, não se reveste de caráter absoluto, pois o Pacto de Direitos Civis e Políticos também prevê a “possibilidade de uma realização progressiva” de certos direitos, e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contém dispositivos suscetíveis de aplicação a curto prazo; assim, a fronteira entre as duas classes de direitos nem sempre é clara, e talvez a distinção seja antes uma questão de gradação ou de ênfase, voltada às obrigações gerais que vinculam os Estados (81). Mesmo assim, e talvez nesse sentido, foi a distinção consagrada nos dois Pactos da ONU (supra).

(77) *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos — 1978*, OEA, doc. OEA/Ser. L/V/II.47 — doc. 13 rev. 1, de 1979, p. 22. Para um estudo sobre a matéria, cf. P. P. CAMARGO, *La Protección Jurídica de los Derechos Humanos y de la Democracia en América*, México, Cia. Ed. Excelsion, 1980, pp. 367-456 e 224-225, e cf. também pp. 237-260 (sobre a ação coletiva de tutela dos direitos humanos).

(78) *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos — 1979-1980*, OEA, doc. OEA/Ser. L/VII.50 — Doc. 13, rev. 1, de 1980, p. 143.

(79) Cf. o artigo 26 da Convenção Americana, sobre o “desenvolvimento progressivo” de tais direitos.

(80) *Informe Anual... 1979-1980*, cit. supra n. (78), p. 143, A Comissão, no entanto, faz referência *inter alia* à “distribuição desigual da riqueza” em muitos países: *ibid.*, p. 144.

(81) Th. C. VAN BOVEN, *op. cit.* supra n. (76), pp. 55-58.

A Comissão de Direitos Humanos da ONU (*rapporteur*, M. GANJI) deu a público substancial estudo sobre a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais em 1975 (concluído dois anos antes). O estudo ressalta a variedade dos modos de operação para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, que incluem o estabelecimento de padrões, atividades promocionais e serviços de consultoria para assistir os governos. O importante Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que influenciou a maior parte das demais convenções internacionais e regionais nesta área, apresenta, no entanto, a dificuldade de que, particularmente para a maioria dos países menos desenvolvidos, "seus dispositivos só podem ser implementados progressivamente", de acordo com o seu grau de desenvolvimento. Mas mesmo em relação aos países mais desenvolvidos não há aqui propriamente um poder de coerção: a transformação dos padrões (*standards*) em direitos, o estabelecimento de normas criando direitos subjetivos, ficam a cargo das autoridades legislativas nacionais⁽⁸²⁾. Tanto o Pacto da ONU de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 2) quanto a Carta Social Européia aceitam a idéia de que "os direitos econômicos, sociais e culturais podem ser realizados só progressivamente"⁽⁸³⁾.

Os direitos econômicos, sociais e culturais enunciados no referido Pacto recaem em grande parte na competência das agências especializadas da ONU (tais como a OIT, UNESCO, OMS, FAO), mas enquanto os padrões e âmbito de ação do Pacto (e convenções da própria ONU e instrumentos regionais) são abrangentes, os das agências especializadas apresentam-se — como não poderia deixar de ser — direcionados a setores determinados e específicos da atividade humana, sendo, pois, nesse sentido, mais limitados⁽⁸⁴⁾.

Recorde-se que o sistema de relatórios do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais distingue-se do do Pacto de Direitos Civis e Políticos, em que, enquanto os relatórios sob este último são encaminhados

(82) MANOUCHEHR GANJI, *rapporteur*, *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Problems, Policies, Progress*, N.Y., U.N. (Commission on Human Rights), 1975, pp. 252, 275 e 286-287, e cf. pp. 306-307. Recorde-se a atitude dos países de *common law*, que pressupõem a existência de direitos individuais, de modo que medidas constitucionais e outras semelhantes, quando necessárias, "destinam-se antes a protegê-los contra abusos do que a afirmar sua existência" (*ibid.*, p. 7).

(83) *Ibid.*, p. 287.

(84) *Ibid.*, p. 286; K. DAS, *op. cit.* infra n. (85), p. 412. Sobre a atuação das agências especializadas da ONU na salvaguarda dos direitos humanos, cf., e.g., A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. (24), pp. 354-361; FRANCIS WOLF, "Aspects Judiciaires de la protection internationale des droits de l'homme par l'OIT", 4 *Revue des Droits de l'Homme / Human Rights Journal* (1971) pp. 773-838; H. SABA, "L'UNESCO et les droits de l'homme", *Les Dimensions Internationales des Droits de l'Homme* (ed. K. Vasak), Paris, UNESCO, 1978, pp. 479-504; dentre outros estudos.

ao Comitê de Direitos Humanos estabelecidos pelo próprio Pacto de Direitos Civis e Políticos, os relatórios sob o primeiro são endereçados ao ECOSOC, que pode transmiti-los à Comissão de Direitos Humanos da ONU, e que deve estudá-los juntamente com as agências especializadas e enviar em seguida um relato à Assembléia Geral⁽⁸⁵⁾. Note-se que, subjacente ao sistema destes últimos relatórios, está o propósito de “mobilizar” todos os métodos disponíveis (à ONU e agências especializadas). Quer se trate, no entanto, de direitos econômicos, sociais e culturais (e. g., direito ao trabalho, à segurança social, à saúde, à proteção da família, à educação, à participação na vida cultural), quer se trate de direitos civis e políticos, a atuação da ONU em prol de ambas as categorias de direitos está naturalmente longe de se exaurir nas disposições dos dois Pactos de Direitos Humanos, a exemplo de diversas Convenções voltadas especificamente à salvaguarda de determinados direitos⁽⁸⁶⁾.

Para a gradual cristalização de certos direitos contribuíram especialmente a atuação e influência dos países em desenvolvimento, como, e. g., no tocante ao direito à igualdade de tratamento e proibição de discriminação (e. g., racial); é inegável que a ênfase atribuída aos interesses da sociedade — em contraposição aos dos indivíduos — varia de acordo com o sistema de governo e o estágio de desenvolvimento sócio-econômico dos Estados respectivos⁽⁸⁷⁾. Caberia aqui uma série de indagações, da maior importância para a eventual implementação dos direitos reconhecidos, como, por exemplo, até que ponto se deveria harmonizar certos costumes ou práticas prevaletentes em determinados países com os requisitos dos direitos humanos (e. g., a compatibilidade ou não destes últimos com os sistemas de partido único existentes em tantos países em desenvolvimento);

(85) K. DAS, “Institutions et procédures issues des Conventions relatives aux droits de l’homme et aux libertés fondamentales”, *Les Dimensions Internationales des Droits de l’Homme* (ed. K. Vasak), Paris, UNESCO, 1978, p. 410.

(86) E. g., no tocante ao direito à vida, a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (1948) e a Convenção sobre a Supressão e Punição do Crime do *Apartheid* (1973); em relação ao direito ao trabalho, as Convenções da OIT sobre Discriminação relativa a Emprego e Ocupação (1958) e sobre Política de Emprego (1964); com respeito ao direito à educação, a Convenção da UNESCO contra Discriminação na Educação (1960) e Protocolo (1962); no que concerne à liberdade de associação, as Convenções da OIT sobre a Liberdade de Associação e Proteção do Direito de Organizar (1948), sobre o Direito de Organizar e a Negociação Coletiva (1949), e sobre os Representantes dos Trabalhadores (1971); em matéria de refugiados e apátridas, a Convenção relativa ao *Status* dos Refugiados (1951), a Convenção relativa ao *Status* dos Apátridas (1954), e a Convenção sobre a Redução do *Status* de Apátrida (1961); dentre outras.

(87) Th. C. VAN BOVEN, “Some Remarks on Special Problems Relating to Human Rights in Developing Countries”, 3 *Revue des Droits de l’Homme/ Human Rights Journal* (1970) pp. 389-391.

ou ainda, até que ponto se poderia manter um direito de autodeterminação e o direito de ser ajudado na luta de emancipação política (anticolonial)?⁽⁸⁸⁾

A configuração de certos direitos humanos no contexto do desenvolvimento nacional pode ser ilustrada de modo marcante pelo *direito à educação*. Enquanto que, por exemplo, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU adota uma fórmula *positiva*, pela qual se requer dos Estados-Partes medidas que assegurem a realização plena daquele direito (artigo 13), o Primeiro Protocolo da Convenção Européia dos Direitos Humanos utiliza, a seu turno, uma fórmula *negativa*, pela qual a ninguém se negará o direito à educação (artigo 2). O abordamento europeu pressupõe que a infra-estrutura necessária, isto é, “um sistema educacional aberto a todos, já esteja disponível e, com efeito, não impõe aos Estados-Membros nenhuma outra obrigação exceto a de não interferir com o direito à educação”⁽⁸⁹⁾. Tal abordamento só poderia ser devidamente apreciado no contexto histórico particular dos países europeus...

Por outro lado, dificilmente se poderia negar a existência de certos direitos mínimos de aceitação universal (independentemente das estruturas sócio-político-econômicas), como é o caso do *direito inalienável à vida*, pressuposto necessário ao gozo de todos os demais direitos humanos⁽⁹⁰⁾. Indicação valiosa para a identificação desses direitos verdadeiramente

(88) T. O. ELIAS, “Human Rights and the Developing Countries”, *Résumés des Cours de l’Institut International de Droits de l’Homme*, Strasbourg, 1977, pp. 16 e 20-21 (edição mimeografada). Sobre a aceção e as nuances do direito de autodeterminação, tal como desenvolvido no âmbito das Nações Unidas e consagrado em ambos os Pactos de Direitos Humanos da ONU (artigo 1 (1)), cf. H. GROS ESPIELL, *The Right to Self-Determination — Implementation of United Nations Resolutions*, N.Y., United Nations/Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, doc. E/CN.4/Sub-2/405/Rev.1, 1980, pp. 1-69; A. CRISTESCU, *The Right to Self-Determination — Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instruments*, N.Y., United Nations / Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, doc. E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, 1981, pp. 1-125; J. E. S. FAWCETT, “The Role of the United Nations in the Protection of Human Rights — Is It Misconceived?”, in *International Protection of Human Rights — Proceedings of the Seventh Nobel Symposium* (ed. A. Eide e A. Schou, Oslo 1967), ESTOCOLMO, Almqvist & Wiksell, 1968, pp. 95-101; S. CALOGEROPOULOS-STRATIS, *Le Droit des Peuples à Disposer d’Eux-Mêmes*, Bruxelles, Bruylant, 1973, pp. 105-148; A. RIGO SUREDA, *The Evolution of the Right of Self-Determination — A Study of United Nations Practice*, Leiden, Sijthoff, 1973, pp. 17-356.

(89) Th. C. VAN BOVEN, *op. cit.* supra n. (87), p. 387.

(90) F. PRZETACZNIK, “The Right to Life as a Basic Human Right”, 9 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1976) pp. 589 e 603-604.

fundamentais encontra-se na lista ou referência — consignada tanto no Pacto de Direitos Cíveis e Políticos quanto nas Convenções regionais (Europeia e Americana) de Direitos Humanos — a direitos que não admitem qualquer derrogação (cf. *infra*).

Ponto marcante dessa evolução doutrinária da proteção internacional dos direitos humanos constituiu a resolução 32/130, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em dezembro de 1977, sobre o item “Enfoques e Meios Alternativos dentro do Sistema das Nações Unidas para aperfeiçoar o Gozo Efetivo dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais”. A resolução 32/130 endossa a corrente doutrinária — já presente na Proclamação de Teerã de 1968 (artigo 13) — da indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos (tanto os civis e políticos quanto os econômicos, sociais e culturais), a partir de uma perspectiva globalista, e externa o desejo de prioridade a ser dada à busca de soluções às violações em massa e flagrantes dos direitos humanos. Já se observou que este enfoque global talvez tenha descuidado de relacionar o ordenamento internacional aos ordenamentos internos (dos Estados) ⁽⁹¹⁾.

À luz da referida resolução, que reflete as incertezas ainda hoje prevalecentes no debate sobre a matéria, é de se esperar que a ênfase nas Nações Unidas recaia cada vez mais em “formas de implementação destinadas a promover o desenvolvimento econômico e progresso social”: diferentemente dos direitos civis e políticos, que requerem a imposição de limites à ação do Poder público, os direitos econômicos e sociais requerem, ao contrário, a intervenção do Poder público para promovê-los ⁽⁹²⁾ mediante medidas concretas. Mesmo reconhecendo tratar-se de visão dinâmica da matéria, voltamos à velha categorização dos direitos civis e políticos, e econômicos, sociais e culturais (cf. *supra*).

Mas há aqui uma diferença: decorridas três décadas desde a adoção da Declaração Universal de 1948, e tendo em mente as mudanças fundamentais por que passou a chamada sociedade internacional — descolonização, capacidade de destruição em massa, explosão demográfica, condições ambientais, consumo de energia, dentre outras —, a resolução 32/130 parece ter preferido partir do entendimento de que se tornava necessário proceder a uma análise global dos problemas existentes no campo dos direitos humanos. Mas, três décadas depois, a resolução 32/130 se distan-

(91) Th. C. VAN BOVEN, “United Nations Policies and Strategies: Global Perspectives?”, *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B. G. Ramcharan), The Hague, M. Nijhoff, 1979, pp. 88-89.

(92) MOSES MOSKOWITZ, “Implementing Human Rights: Present Status and Future Prospects”, *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B. G. Ramcharan), The Hague, M. Nijhoff, 1979, pp. 126-127, e cf. p. 111.

ciava, por sua própria visão global (das “experiências e contribuições dos países tanto desenvolvidos quanto em desenvolvimento”), da Declaração Universal de 1948, “produto de seu tempo”, que enfocava quase que exclusivamente os direitos do indivíduo sem muito deter-se nos direitos da comunidade e deveres do indivíduo⁽⁹³⁾. Aqui a evolução se faz sentir com clareza.

Se, por um lado, os dois Pactos de Direitos Humanos da ONU sugerem um caráter distinto das obrigações dos Estados-Partes em relação às duas categorias de direitos (cf. *supra*), por outro lado a própria Carta das Nações Unidas propicia a concepção global e a visão da indivisibilidade dos direitos humanos⁽⁹⁴⁾. Mas, acima desse debate, desponta hoje um mínimo de direitos, verdadeiramente fundamentais, que não admitem qualquer tipo de derrogação, a que nos referiremos a seguir.

3. Reconhecimento do caráter inderrogável de certos direitos básicos nos planos global e regional

A inderrogabilidade de certos direitos fundamentais — o mínimo universal — já não é hoje tão-somente uma corrente doutrinária: conquista definitiva da civilização, encontra-se consignada em tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos nos planos tanto global, quanto regional. Identifiquemos primeiramente a razão de ser das derrogações. Como é sabido, instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos como as Convenções Americana e Européia de Direitos Humanos contêm cláusulas de exceção para atender às necessidades dos Estado face a situações de fato de emergência imprevisíveis. A Convenção Americana, por exemplo, que, como a Convenção Européia, resguarda a faculdade do Estado de adotar disposições temporárias em situações de emergência que ameacem a ordem pública, restringe-as porém à medida e ao tempo estritamente limitados às exigências de tais situações e conforme as leis ditadas por razões de interesse geral; as disposições temporárias acima (como suspensão de garantias) são excetuadas para determinados direitos fundamentais e garantias judiciais indispensáveis a sua proteção (artigos 27 e 30). A Convenção Européia contém cláusula semelhante de derrogação (artigo 15), e na prática os órgãos criados pela Convenção jamais impediram que os Estados-Partes tomassem medidas para garantir e manter a ordem e segurança públicas. É entendimento geral de que estas medidas, no entanto, só podem dar-se nos parâmetros aceitáveis “em uma sociedade democrática”, estando vedadas restrições a direitos

(93) Th. C. VAN BOVEN, *op. cit.*, *supra* n. (91), pp. 90-91.

(94) Cf. Th. C. VAN BOVEN, *op. cit.*, *supra* n. (76), pp. 54-55.

e liberdades consagrados na Convenção para qualquer propósito que não seja “aqueles para os quais foram prescritas” (artigo 18) ⁽⁹⁵⁾.

A existência destas cláusulas em instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos tem uma explicação. As últimas décadas testemunharam a gradual emergência do ser humano no plano internacional e *vis-à-vis* seu próprio Estado. O fortalecimento da posição do indivíduo mediante tratados de proteção internacional de seus direitos fez-se acompanhar de um sentimento geral de que as doutrinas tradicionais (sobre a posição do indivíduo no direito internacional) e regras clássicas (assim como a da nacionalidade das reclamações) já favoreciam em demasia o Estado; ora, ao tentar estabelecer, em favor dos direitos humanos, um maior equilíbrio, julgou-se necessário buscar “acomodações em favor das necessidades razoáveis do Estado para desempenhar seus deveres públicos para o bem comum” ⁽⁹⁶⁾. Donde a inclusão das Cláusulas de exceção ou derrogação nos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos.

Estes últimos, por outro lado, consagram certos direitos básicos que não admitem qualquer derrogação: são direitos fundamentais cuja validade se impõe independentemente de manifestação de aceitação. Assim, no plano global, e. g., o Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU não admite qualquer derrogação (artigo 4 (2)) no tocante ao direito à vida; ao direito a não ser submetido à tortura ou a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes; ao direito a não ser submetido à escravidão ou servidão; ao direito a não ser encarcerado por não-cumprimento de obrigação contratual; ao direito a não ser condenado por aplicação retroativa do direito penal; ao direito em todas as partes ao reconhecimento de sua personalidade jurídica; e ao direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião ⁽⁹⁷⁾. No plano regional, a Convenção Européia de Direitos Humanos tampouco admite qualquer derrogação (artigo

(95) Na prática, sob a Convenção Européia tem-se procedido aqui de duas maneiras: ou se têm definido exceções (a um direito individual) restritivamente, de modo a deixar “pouco ou nenhum espaço de manobra” ao legislador nacional, ou se têm facultado ao legislador nacional de modo geral “interferir” ou impor “restrições”, “condições” ou “formalidades” quando estas parecem necessárias à luz das circunstâncias particulares relativas a “considerações de *ordre public* e interesse geral”; PHEDON VEGLERIS, *op. cit.*, supra n. (10), pp. 10-11.

(96) ROSALYN HIGGINS, “Derogations under Human Rights Treaties”, 48 *British Year Book of International Law* (1976-1977) p. 281, e cf. p. 319.

(97) Artigos 6, 7, 8(1) e (2), 11, 15, 16 e 18, respectivamente. Comparar o artigo 4 do Pacto de Direitos Civis e Políticos (supra) com o artigo 4 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (restrições às limitações aos direitos).

15 (2)) no que tange ao direito à vida (98); ao direito a não ser submetido à tortura ou tratamento ou punição desumana ou degradante; ao direito a não ser submetido à escravidão ou servidão; e ao direito a não ser condenado por aplicação retroativa das penas (99). E a Convenção Americana de Direitos Humanos, a seu turno, tampouco admite suspensão de garantias (artigo 27) dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica; à vida; à integridade pessoal; a não ser submetido à escravidão ou servidão; a não ser condenado por aplicação retroativa das penas; à liberdade de consciência e de religião; à proteção da família; ao nome; [direitos] da criança; à nacionalidade; [direitos] políticos (100) (cf. também infra).

O Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, assim como a Declaração Universal de 1948, não contém cláusula de derrogação do gênero aqui considerado, de certo modo corroborando implicitamente a tese de que só se tem contemplado tal cláusula face a mecanismos ou medidas concretas de implementação (101). Constata-se hoje um certo consenso quanto a determinados direitos fundamentais — e.g., direitos à vida, a não ser submetido à tortura ou escravidão, a não ser condenado por aplicação retroativa das penas — que não admitem qualquer tipo de derrogação (cf. supra). Em relação especificamente a esses direitos fundamentais (e não a todos os direitos humanos em geral), talvez não

(98) Exceto no caso de mortes resultantes de “atos lícitos de guerra”.

(99) Artigos 2, 3, 4(1) e 7, respectivamente. Para um estudo geral da evolução da questão sob a Convenção Européia, cf. F. G. JACOBS, *The Restrictions on the Exercise of the Rights and Freedoms Guaranteed by the European Convention on Human Rights: Their Evolution from 1950 to 1975*, Relatório ao IV Colóquio Internacional sobre a Convenção Européia de Direitos Humanos (Roma, 5 a 8 de novembro de 1975), Conselho da Europa, doc. H/Coll. (75)5, Strasbourg, 1975, pp. 1-15.

(100) Artigos 3, 4, 5, 6, 9, 12, 17, 18, 19, 20 e 23, respectivamente. Em dois de seus diversos *Relatórios Anuais*, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos enfatizou que “jamais se pode suspender” o direito à vida, que constitui, “sin duda alguna, el fundamento y el sustento de todos los demás derechos”. *Informe Anual de la CIDH (1980-1981)*, p. 112, e *Informe Anual de la CIDH (1971)* p. 35, cit. in Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez Años de Actividades 1971-1981*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1982, p. 339. Em relação à “longa lista” de direitos inderrogáveis da Convenção Americana, já bem se observou que esta última, “no entanto, permite derrogação em emergências que são bem menos sérias do que as previstas por outros instrumentos, e nesta medida uma lista ampliada de direitos não-derrogáveis é mais justificada”. Th. Buergenthal, “The Inter-American System for the Protection of Human Rights”, in *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (ed. Th. Meron), vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 450.

(101) R. HIGGINS, *op. cit.* supra n. (96), p. 286; e cf. Th. C. VAN BOVEN, *op. cit.* supra n. (76), pp. 46-49.

estejamos distantes do dia em que se verão reconhecidamente investidos de caráter imperativo (*ius cogens*), não admitindo qualquer tipo de derrogação independentemente do disposto em tratados⁽¹⁰²⁾; para tal, caberá verificar, nos próximos anos, o tratamento a ser dado à matéria — a par dos experimentos das Nações Unidas — em sistemas regionais de proteção outros que o europeu e o interamericano.

V. Proteção internacional dos direitos humanos: evolução jurisprudencial

1. Interpretação dos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos

A evolução da proteção internacional dos direitos humanos nas quatro últimas décadas não se esgota no plano doutrinário: há que ser igualmente estudada à luz da jurisprudência internacional. Em relação, e. g., à importante questão da *interpretação* dos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos, a jurisprudência em especial dos órgãos das Convenções (regionais) Européia e Americana de Direitos Humanos tem sido particularmente elucidativa. Enquanto os tratados atinentes à proteção internacional dos direitos humanos estabelecem *sistemas de proteção*, as regras gerais de interpretação de tratados (cf. artigos 31-33 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969) evoluíram primariamente como guias ou diretrizes ao processo de interpretação pelas próprias partes contratantes. Ora, no caso das convenções supracitadas, impõe-se uma interpretação objetiva de seus dispositivos, dado o caráter essencialmente objetivo das obrigações contraídas pelas partes contratantes, visando a proteção dos direitos humanos e não o estabelecimento de direitos recíprocos e subjetivos para as partes contratantes. Isto equivaleria a uma interpretação que buscasse a realização dos propósitos daqueles tratados humanitários. Com efeito, os redatores da Convenção Americana houveram por bem nela incluir um dispositivo (artigo 29) contendo normas de interpretação. Estas não poderiam ser mais claras, ao rejeitarem expressamente uma interpretação das disposições da Convenção que viesse a suprimir ou limitar o gozo e exercício dos direitos reconhecidos

(102) Há quem sustente, de modo mais geral, que o respeito aos direitos humanos situa-se no plano dos princípios do direito internacional de caráter imperativo (*ius cogens*), que não admitem derrogação. Cf. ROGER PINTO, *op. cit.*, infra n. (173), p. 177. Observe-se que, ao fundamentar recente solicitação de Parecer à Corte Interamericana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos argumentou *inter alia* que os dispositivos sobre direitos humanos constituem *ius cogens*; cf. Anexo III: "Solicitud de Opinión Consultiva Presentada [a la Corte Interamericana] por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", in *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* — 1983, p. 50.

na Convenção, na legislação interna dos Estados-Partes, ou em outros atos internacionais sobre direitos humanos.

Os mecanismos das Convenções Americana e Européia de Direitos Humanos divergem, fundamentalmente, de formas regressivas de proteção baseadas no conceito tradicional de reciprocidade e na atividade diplomática; não estamos aqui diante de convenções ou tratados do tipo clássico, compreendendo restritivamente concessões e compromissos recíprocos: os mecanismos das referidas Convenções transcendem os interesses individuais das partes, ao realçarem a predominância de um interesse geral ou *ordre public* e prescreverem obrigações de *caráter essencialmente objetivo*, a serem implementadas *coletivamente*. Assim, a harmonização das normas desses experimentos internacionais com o ordenamento jurídico interno dos Estados-Partes, assim como a posição que aquelas poderão vir a assumir neste último, dependerão não apenas de considerações de ordem constitucional mas também dos desenvolvimentos a cargo dos órgãos (internacionais) das referidas Convenções (103).

A interpretação dos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos tem sido objeto de uma construção jurisprudencial, no âmbito tanto da Convenção Européia quanto da Convenção Americana de Direitos Humanos. Sendo a função e o propósito último das referidas Convenções — instrumentos de caráter normativo — proteger os direitos da pessoa humana, não hão de ser interpretadas restritivamente à luz da soberania estatal. O indivíduo é aqui protegido *qua* indivíduo, não como nacional de qualquer Estado mas como ser humano. O direito de petição individual sob as mencionadas Convenções tem sua razão de ser na insuficiência do indivíduo no procedimento da proteção diplomática, que busca remediar. A supervisão dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes às citadas Convenções é confiada a órgãos *internacionais*, ao contrário de proteção diplomática, em que a tarefa de proteção cabe ao Estado interventor; aqui a premissa básica é a de garantia coletiva, cuja aplicação é confiada a todos os Estados-Partes à Convenção.

Nesse sentido pronunciou-se, por exemplo, a Comissão Européia de Direitos Humanos, no caso *Austria versus Itália* (1961), em que indicou que as obrigações assumidas pelas Partes Contratantes à Convenção possuíam “essencialmente um caráter objetivo”, visando proteger direitos fundamentais de seres humanos individuais contra violação por qualquer das Partes Contratantes, e não criar direitos subjetivos e recíprocos para as próprias Partes Contratantes (104). Posteriormente, no caso *Wemhoff*

(103) ANDREW Z. DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law — A Comparative Study*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 6-26.

(104) Petição nº 788/60, caso *Austria versus Itália*, decisão de 11 de janeiro de 1961, *Report of the Plenary Commission* (adotado em 31 de março de 1963), Conselho da Europa, documento A-84-548, Strasbourg, 1963, pp. 36-37).

(1968), foi a Corte Européia que propôs uma interpretação da Convenção de modo a realizar seu objetivo e não a restringir em demasia as obrigações assumidas pelas Partes Contratantes ⁽¹⁰⁵⁾. No mesmo ano, no *Caso Lingüístico Belga*, lembrou a Corte a proteção eficaz do justo equilíbrio entre a proteção do interesse geral da comunidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais a que se atribuía importância especial ⁽¹⁰⁶⁾.

Em seu relatório de 1º de junho de 1973 sobre o caso *S. E. Golder versus Reino Unido* (1971-1975), a Comissão voltou a defender o caráter objetivo da Convenção e a rejeitar uma interpretação restritiva de seus dispositivos que dificultasse ou impedisse a realização de seus propósitos; para a Comissão, a consideração mais decisiva a manter-se em mente era a de que “a função primordial dessa Convenção é a de proteger os direitos do indivíduo e não a de estabelecer obrigações mútuas entre os Estados a serem interpretadas restritivamente à luz da soberania desses Estados. Ao contrário, a função da Convenção e a função de sua interpretação é tornar a proteção do indivíduo eficaz” ⁽¹⁰⁷⁾. Em seu julgamento de 1975 no mesmo caso *Golder*, a Corte endossou a tese da Comissão de uma interpretação da Convenção à luz de seu propósito fundamental como um passo em direção à implementação coletiva dos direitos humanos ⁽¹⁰⁸⁾.

No âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana observou, no mesmo sentido, no Parecer de 1982 sobre o *Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigor da Convenção Americana*,

(105) Corte Européia de Direitos Humanos, caso *Wemhoff*, julgamento de 27 de junho de 1968, Série A, p. 23, § 8.

(106) Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Lingüístico Belga*, julgamento de 23 de julho de 1968, Série A, p. 32, § 5.

(107) Petição nº 4.451/70, caso *S. E. Golder versus Reino Unido*, *Report of the Commission* (adotado em 1.º de julho de 1973), Conselho da Europa, doc. D-60-355, Strasbourg, 1973, p. 31, e cf. pp. 23/36 e 74/75.

(108) Corte Européia de Direitos Humanos, caso *Golder*, julgamento de 21 de fevereiro de 1975, pp. 9-12 §§ 29-36. Quanto à doutrina, cf., no mesmo sentido: M. SORENSEN, *Do the Rights Set Forth in the European Convention on Human Rights in 1950 Have the Same Significance in 1975?*, Relatório ao IV Colóquio Internacional sobre a Convenção Européia de Direitos Humanos (Roma, 5 a 8 de novembro de 1975), Conselho da Europa, doc. H/Coll. (75)2, Strasbourg, 1975, pp. 4-5; F. G. JACOBS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford Clarendon Press, 1975, pp. 15/20; H. GOLSONG, “International Treaty Provisions on the Protection of the Individual Against the Executive by Domestic Courts”, in *Gerichtsschutz gegen die Exekutive/Judicial Protection Against the Executive*, vol. 3, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Köln, Carl Heymanns Verlag/Oceana, 1971, p. 252. Para um estudo detalhado da matéria, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 14-18; A. A. CANÇADO TRINDADE, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 124-125.

que “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (109)

O direito de petição sob a Convenção, proseguiu a Corte, “indica la gran importancia que la Convención atribuye a las obligaciones de los Estados Partes frente a los individuos, las cuales pueden ser exigidas de una vez, sin la mediación de otro Estado. Desde este punto de vista, y considerando que fue diseñada para proteger los derechos fundamentales del hombre independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro, la Convención no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción” (110).

Em seu Parecer de 1983 sobre as *Restrições à Pena de Morte*, a Corte Interamericana voltou a ponderar que, “en materia de tratados relativos a la protección de los derechos humanos, resulta todavía más marcada la idoneidad de los criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos, frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de las partes” (111). E, no parecer de 1982 sobre “*Outros Tratados*” Objeto da *Função Consultiva da Corte*, ressaltou uma vez mais a Corte Interamericana que os tratados concernentes à proteção internacional dos direitos humanos “están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano” (112).

(109) Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-2/82 sobre El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana*, Série A, n.º 2, 1982, p. 34.

(110) *Ibid.*, pp. 35-36.

(111) Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-3/83 sobre Restricciones a la Pena de Muerte*, Série A, n.º 3, 1983, p. 22.

(112) Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-1/82 sobre “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte*, Série A, n.º 1, 1982, p. 11, e cf. pp. 7 e 14.

Questão distinta da interpretação dos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos, mas a ela relacionada, é a da interpretação, pelos órgãos internacionais voltados à salvaguarda dos direitos humanos, de seus próprios poderes. Sobre este ponto, cabe registrar a experiência singular da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, a partir de sua criação (em 1959), já uma década antes da adoção da Convenção Americana de Direitos Humanos, através de um processo de interpretação liberal e extensiva de seus próprios poderes (como já acentuado supra), logrou de certo modo ampliar gradualmente sua competência *ratione materiae* (113).

2. Aspectos da implementação dos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos: exemplos de construção jurisprudencial *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione temporis*.

A evolução jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos se estende do plano da interpretação ao da aplicação dos tratados humanitários. A jurisprudência sobre esta última, dos órgãos internacionais pertinentes, dirige-se tanto aos mecanismos de implementação propriamente dita (e.g., admissibilidade de petições) (114) dos tratados humanitários quanto ao conteúdo e alcance dos direitos e liberdades (115) neles garantidos. Como já examinamos o ponto de mecanismo de implementação em estudo à parte (116), concentrar-nos-emos aqui no tópico da construção jurisprudencial de determinados direitos garantidos.

No chamado *Caso Grego (Dinamarca, Noruega, Suécia e Holanda versus Grécia, 1967-1970)*, teve a Comissão Européia de Direitos Humanos ocasião de, em relação ao artigo 3 da Convenção Européia de Direitos Humanos (proibição de tortura ou tratamento ou punição desumana ou degradante), precisar os elementos essenciais constitutivos da noção de "tortura" para os propósitos da Convenção. No entendimento da Comis-

(113) Cf., para um estudo da matéria. A. A. CANÇADO TRINDADE, "O Impacto de Tratados e Resoluções nas Relações Internacionais na América Latina", *VIII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* (1981), Washington, Secretaria General de la OEA, 1982, pp. 254 e 257-258; KAREL VASAK, *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme*, Paris, LGDJ, 1968, pp. 38-39.

(114) Cf. N. ANTONOPOULOS, *op. cit.* supra n. (66) pp. 21-85 e 256-261.

(115) J. E. S. FAWCETT, *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1969, pp. 28-257.

(116) A. A. CANÇADO TRINDADE, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, capítulo VIII, pp. 222-264; A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. (24), pp. 331-384.

são, são estes a aplicação *deliberada* de sofrimento, sendo este mental ou físico *severo*, e *injustificável* na situação concreta; o propósito é o de obter informações ou confissões, ou infligir punição, sendo em geral uma “forma agravada de tratamento desumano”, e “degradante” ao configurar-se uma “grande humilhação” do indivíduo perante outros, levando-o a “agir contra sua vontade ou consciência”. A Comissão foi mais além, ao precisar que uma *prática administrativa* de um governo em violação do artigo 3 da Convenção — que é um dos quatro artigos da Convenção Europeia que não admite qualquer tipo de derrogação (cf. *supra*) — é aquele que compreende dois elementos, a saber, uma “repetição de atos” (de tortura ou maus-tratos) que formam a expressão de uma “situação geral” e a “tolerância oficial” (no sentido de que as autoridades — superiores hierárquicos — não tomam qualquer medida para punir tais atos ou impedir sua repetição) (117).

Já se sugeriu que a extensão do sofrimento propriamente dito é elemento “subsidiário” à questão do ato *deliberado* e *injustificável*; o caso *Kornmann versus República Federal da Alemanha* (1966), perante a Comissão Europeia, e.g., ilustra o requisito do ato deliberado, tendo suscitado o comentário de que a “ação das autoridades só será considerada deliberada e portanto possivelmente desumana se a vítima não resistir ou provocar” (118). E o caso *Irlanda versus Reino Unido* (1971-1978) ilustra a gradação entre “tortura” e “tratamento desumano e degradante” (*supra*): enquanto para a Comissão Europeia certas técnicas de interrogatório (usadas na Irlanda do Norte) constituíam tortura e prática administrativa, a Corte Europeia, a seu turno, concluiu que aquelas técnicas constituíam “prática de tratamento desumano e degradante” (em violação do artigo 3 da Convenção) e não tortura propriamente dita (referindo-se esta às ocorrências dos maus-tratos mais cruéis e gravíssimos) (119). Os elementos essenciais constitutivos da noção de “tortura”, acima citados (sofrimento severo, intencionalmente infligido, para obter informações ou confissões, com o consentimento ou aquiescência de autoridades ou funcionários agindo em capacidade oficial), constam hoje, também no plano global, da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outro Tratamento ou Punição Cruel, Desumano ou Degradante (1984, artigo 1). E, no âmbito da OEA, o corrente Projeto de Convenção Americana contra a Tortura também se refere àqueles elementos (sofrimentos graves,

(117) L. DOSWALD-BECK, “What Does the Prohibition of Torture or Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Mean? The Interpretation of the European Commission and Court of Human Rights”, 25 *Netherlands International Law Review* [1978] pp. 32, 36 e 43-44; e cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* infra n. (129) pp. 257-280.

(118) L. DOSWALD-BECK, *op. cit.* supra n. (117), p. 35.

(119) ROSALYN HIGGINS, *op. cit.* infra n. (123), p. 513.

físicos ou mentais, ou métodos tendentes a anular ou afetar a personalidade da vítima, intencionalmente infligidos, como meios intimidatórios de investigação ou punição — artigo 2).

No tocante ao direito à liberdade pessoal (artigo 5 da Convenção Européia), foi igualmente objeto de construção jurisprudencial a precisão do alcance da “duração razoável” da detenção preventiva (artigo 5 (3) da Convenção); isto ocorreu em casos relativos à detenção levados perante tanto à Comissão quanto à Corte Européia, quais sejam, os casos *Wemhoff versus República Federal da Alemanha* (1964), e *Neumeister, Stögmüller e Matznetter versus Áustria* (1964) ⁽¹²⁰⁾. A Comissão elaborou um método de sete critérios, pelo qual seriam considerados: 1) a duração propriamente dita de detenção; 2) a duração da detenção preventiva em relação à natureza da infração; 3) os efeitos pessoais (de ordem material ou moral) sobre o detido; 4) a conduta do acusado; 5) as dificuldades de instrução do caso e sua complexidade; 6) a maneira em que a instrução ou investigação foi conduzida; e 7) a conduta das autoridades judiciárias. Já se sugeriu, em suma, que a detenção, para se conformar com o artigo 5 (3) da Convenção Européia, deve ser “regular, necessária e proporcional” ⁽¹²¹⁾.

No que tange ao direito a um tribunal independente (fair hearing) e imparcial para decidir sobre contestações sobre direitos e obrigações de caráter civil ⁽¹²²⁾ ou acusações em matéria penal (artigo 6 (1) da Convenção Européia), a Comissão e a Corte Européia tiveram ocasião de discutir o sentido da expressão *civil rights and obligations/droits et obligations de caractère civil* sob a Convenção no caso *Ringeisen versus Austria* (1968-1971). Importava saber se a expressão cobriria certos direitos que, em alguns sistemas jurídicos, recaem no âmbito do direito administrativo e não no do direito privado. A jurisprudência da Convenção Européia tem-se inclinado em favor de atribuir àquela expressão um “sentido autônomo” e não apenas se referindo a direitos reconhecidos no plano do direito interno. Assim, no caso *Ringeisen*, esclareceu-se que um

(120) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: An Appraisal”, 10 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* [1977] pp. 159-166, e cf. pp. 141-185.

(121) STEFAN TRECHSEL, “La durée raisonnable de la détention préventive (Art. 5 par. 3 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme)”, 4 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* [1971] pp. 119-152.

(122) Cf., sobre este ponto, CHRISTIAN RASENACK, “Civil Rights and Obligations’ or ‘Droits et Obligations de Caractère Civil’ — Two Crucial Legal Determinations in Art. 6(1) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, 3 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* [1970], pp. 51-82.

direito poderia ser um *civil rights* (sob o artigo 6 (1) da Convenção) mesmo se pertencesse ao domínio do direito público e não do direito privado; para a aplicabilidade do artigo 6(1), o teste era não que ambas as partes devessem ser privadas, mas antes que “as relações preexistentes entre indivíduos sob o direito privado sejam de certo modo afetadas” (123).

Os exemplos acima ilustram a construção jurisprudencial *ratione materiae* no sistema regional da Convenção Européia. No outro sistema regional, o interamericano, indicações que poderão talvez vir a ser úteis para a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos encontram-se, mesmo antes da entrada em vigor desta em 1978, nas resoluções e relatórios (tanto os anuais quanto os sobre a situação dos direitos humanos em determinados países membros da OEA) da Comissão Interamericana, convenientemente coligidos e condensados em volume referente à década 1971-1981 (124). Dos cinco pareceres emitidos até o presente pela Corte Interamericana, há que destacar passagem do parecer sobre *Restrições à Pena de Morte* (1983), em que teve ocasião, além de destacar a tendência limitativa da aplicação da pena de morte, de precisar que “toda reserva destinada a permitir ao Estado a suspensão de um dos direitos fundamentais, cuja derrogação está em toda hipótese proibida, deve ser considerada como incompatível com o objeto e fim da Convenção e, em consequência, não autorizada por esta” (125). Observe-se, no tocante à questão já revista das cláusulas de derrogação, que, se por um lado a Convenção Americana apresenta uma lista mais longa de direitos inderrogáveis em comparação com as de outros tratados humanitários (cf. *supra*), por outro lado permite ela “derrogação em emergências que são bem menos sérias do que as previstas pelos outros instrumentos, e nesse sentido uma lista ampliada de direitos inderrogáveis é mais justificada” (126). O parecer supracitado da Corte Interamericana afigura-se como o primeiro reconhecimento judicial inequívoco de um princípio básico da aplicação dos tratados de direitos humanos — ao menos no âmbito regional — que relaciona ou liga “inderrogabilidade e incompatibilidade”, existente entre

(123) ROSALYN HIGGINS, “The European Convention on Human Rights”, *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (ed. Theodor Meron), vol. II Oxford, Clarendon Press 1984, pp. 529-530, e cf. pp. 532-530 (para o direito à liberdade de expressão); F. G. JACOBS, *op. cit. supra* n. (108), pp. 79-83.

(124) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez Años de Actividades 1971-1981*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1982, pp. 101-394.

(125) Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit. supra* n. (111), p. 27, e cf. p. 25.

(126) Th. BUERGENTHAL, “The Inter-American System for the Protection of Human Rights”, *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (ed. Theodor Meron), vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 450.

“certos direitos humanos fundamentais e normas emergentes de *jus cogens*” (127).

Aspecto dos mais salientes e significativos da evolução jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos, de relevância à adequada aplicação *ratione personae* dos tratados humanitários, encontra-se na prática da Comissão Européia de Direitos Humanos que, nos últimos anos, tem-se inclinado em alguns casos a aplicar presunções claramente em favor dos reclamantes: isto tem ocorrido quando uma petição levanta a questão da compatibilidade com a Convenção Européia de supostas “medidas legislativas e práticas administrativas” (a nível nacional), particularmente quando as alegações estiverem bem fundamentadas. Já nos referimos à noção de “práticas administrativas”, precisada pela jurisprudência da Convenção Européia; a expressão “medidas legislativas”, que em geral acompanha aquela, embora não citada expressamente na Convenção (128), foi também objeto de construção jurisprudencial nos últimos anos. Em casos de reclamações de “medidas legislativas e práticas administrativas” supostamente incompatíveis com a Convenção, seja movidas por Estados (e.g., *Primeiro Caso de Chipre*, 1956; *Primeiro Caso Grego*, 1967-1968; *Segundo Caso Grego*, 1970; caso *Irlanda versus Reino Unido*, 1972), seja iniciadas por indivíduos (caso *Kjeldsen versus Dinamarca*, 1972; *Pedersen versus Dinamarca*, 1973; *Donnelly e Outros versus Reino Unido*, 1972), a Comissão Européia tem aplicado com mais flexibilidade as condições de admissibilidade de petições, e.g., ao dispensar nesses casos o requisito do prévio esgotamento dos recursos de direito interno (129).

Concomitantemente, nesses e outros casos, tem a Comissão Européia, ademais, atribuído à noção de “vítima” (sob a Convenção Européia) uma interpretação cada vez mais ampla: os autores das petições podem ser não mais apenas as vítimas diretas (casos *X versus Irlanda* e *X versus Noruega*, de 1960), mas também as indiretas (que indiretamente sofressem dano resultante de violação da Convenção ou que tivessem “interesse pessoal válido” em assegurar a cessação de tal violação (caso *X versus*

(127) Th. BUERGENTHAL, “Judicial Interpretation of the American Human Rights Convention”, *Derechos Humanos en las Américas — Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, Washington, CIDH/OEA, 1984, p. 258, e cf. M. CISNEROS SANCHEZ, “Algunos Aspectos de la Jurisdicción Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *ibid.*, pp. 267-268.

(128) PHEDON VEGLERIS, “Modes de redressement des violations de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, *Mélanges Offerts à Polys Modinos*, Paris, Pédone, 1968, p. 381, e cf. p. 385.

(129) A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in Relation to Legislative Measures and Administrative Practices — The European Experience”, 18 *Malaya Law Review* [1976] pp. 257-280.

República Federal da Alemanha, 1970), e também as vítimas prospectivas ou futuras (face à ameaça ou probabilidade de dano, e.g., por nova legislação supostamente incompatível com a Convenção, como no caso *Donnelly*, supracitado) (130). Assim, não surpreende que um levantamento geral da aplicação da Convenção Europeia em suas três primeiras décadas (1954-1984) tenha concluído *inter alia* que os “resultados tangíveis” alcançados em casos concretos até o presente se estendem — ou afetam — a um número “muito maior de pessoas” do que o dos próprios reclamantes (131).

A questão específica da evolução da noção de vítima (sob a Convenção Europeia) foi simplificada e bem resolvida no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: diferentemente do experimento congênere europeu, o direito de petição individual não é conferido apenas a vítimas individuais das violações de que se queixa, mas mais amplamente a “peticionários”, “presuntos lesionados”, “personas denunciantes” (132). O atual Regulamento da Comissão Interamericana, nessa linha, refere-se a “peticionario”, “persona o personas denunciantes” e “cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida”, “presunto lesionado” (133); a Comissão se reserva incluir a faculdade de, *motu proprio*, levar em conta “cualquier información disponible” (134) aparentemente idônea e contendo os elementos necessários para iniciar a tramitação de um caso que contenha os requisitos para tal fim. No plano global (Nações Unidas), no sistema da resolução 1.503 (de 1970) do ECOSOC (supra) (135), admite-se que, em casos fornecendo “bases razoáveis para acreditar que possam revelar um padrão consistente de violações graves e seguramente comprovadas de direitos humanos”, as petições admissíveis podem provir não apenas de indivíduos que “se presume razoavelmente” serem vítimas daquelas violações mas também de indivíduos e organizações não-governamentais tendo “conhecimento direto e seguro de

(130) A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 187-213 e 373-382.

(131) European Convention of Human Rights, *op. cit.* supra n. (71), p. 308.

(132) Artigo 9 (bis) do antigo Estatuto da Comissão Interamericana, artigo 38 de seu antigo Regulamento, artigos 29, 34 e sobretudo 36(2) (b) (“peticionario” terceira pessoa, sem mandato da presumida vítima ou sua família), artigos 44 e 46 da Convenção Americana. E cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “A Aplicação da Regra do Esgotamento dos Recursos Internos no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos”, *Derechos Humanos en las Américas — Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, Washington, CIDH/OEA, 1984, p. 229, n. 86.

(133) Artigos 23, 24, 29, 30, 34, 35, 36 e 38.

(134) Artigo 23 (2).

(135) E consoante também a resolução 1 (XXIV) de 1971 da Subcomissão da ONU de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias (supra).

tais violações" (136); fica assim assegurada uma aceção ampla da noção de vítima no presente sistema das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos.

Há, porém, um paralelo significativo entre a jurisprudência da Convenção Européia em casos de "medidas legislativas e práticas administrativas" (supra) e a prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, um dos aspectos salientes da experiência da Comissão Interamericana em matéria de comunicações ou petições tem sido o método de investigação empreendida nas chamadas "situações gerais", ou casos de alegações de violações generalizadas de direitos humanos. Em virtude de uma regra de interpretação fixada na II Conferência Interamericana Extraordinária (Rio de Janeiro, 1965) (137), admitiu-se que o requisito do prévio esgotamento de recursos do direito interno, aplicável em princípio às comunicações enviadas à Comissão (como condição de sua admissibilidade), não se estenderia àquelas "situações gerais". A questão foi objeto de estudos em dezembro de 1968 e maio de 1972 (138), e em 1971-1972 aquela regra de interpretação era aplicada no *caso nº 1.684* (139). Pouco depois, em outro caso, em 1974, a Comissão decidiu examinar uma série de reclamações sobre direitos humanos inter-relacionadas — que incluíam suspensão de garantias de *due process* e outras irregularidades, e ineficiência dos recursos de *amparo* e *habeas corpus* — como uma "situação geral"; desse modo, dispensou a Comissão o pré-requisito do esgotamento dos recursos internos, o que por sua vez possibilitou-lhe proceder de imediato a um estudo amplo e abrangente da situação (140).

Cabe aqui recordar que, no plano global (Nações Unidas), o já revisto sistema da resolução 1.503 (de 1970) do ECOSOC tem a sua implementação voltada não à reparação de violações individuais de direitos humanos, mas mais propriamente de *situações predecidentes*, afetando grupos ou coletividades humanas. Sua significação e seu impacto são da maior importância, por *independe*r da ratificação dos Estados-Membros da ONU. Assim, é possível que a validade desse experimento (141) con-

(136) Artigos 1(6) e 2(a) da resolução 1 (XXIV) de 1971 da Subcomissão.

(137) OEA, documento OEA/Ser.C/II.13, p. 32 (Ato Final da Conferência).

(138) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in the Inter-American System", 18 *Indian Journal of International Law* (1978), p. 348.

(139) OEA, documento OEA/Ser.L/V/II.29 — doc. 5, de 1972, p. 3.

(140) Cf. OEA, documento OEA/Ser.L/V/II.34 — doc. 21, de 1974, pp. 1-177 (para o relatório da Comissão sobre o caso, aprovado ainda em 1974).

(141) Sobre a prática do sistema da resolução 1.503 (de 1970) do ECOSOC, cf., e.g., MARC SCHREIBER "The Development and Main Features of the Existing United Nations Procedures for Dealing with Communications Concerning Human Rights Containing Allegations of Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms", 4 *Revista de Derechos Humanos* — Puerto Rico (1974), pp. 110-114.

tinua a ser reconhecida, a par de experiências paralelas no direito internacional convencional (dependentes de ratificação por parte dos Estados), e mesmo por visar aos casos mais graves e urgentes de padrões consistentes de violações flagrantes de direitos humanos. No mais, é alentador constatar a existência do paralelo acima entre a jurisprudência da Comissão Européia, a prática da Comissão Interamericana e a experiência da Comissão de Direitos Humanos da ONU sob o sistema da resolução 1.503 do ECOSOC, apontando todas no sentido de propiciar o acesso gradual dos particulares lesados às instâncias internacionais e fortalecer assim sua posição no plano internacional. É significativo que isto venha ocorrendo, conforme já ressaltado, em experimentos de conteúdo e efeitos jurídicos variáveis (tanto mandatórios quanto recomendatórios) em relação aos Estados-membros (cf. supra).

A evolução jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos pode também ser apreciada à luz da aplicação *ratione temporis* dos tratados humanitários. Sob a Convenção Européia de Direitos Humanos, já nos anos sessenta se admitia que, se o reclamante alegava que estava privado do benefício de uma situação, garantido pela Convenção, por um período que se prolongava após a entrada em vigor da Convenção, a Comissão Européia era competente *ratione temporis* para examinar a petição⁽¹⁴²⁾. A partir do caso *De Becker versus Bélgica* (1955), a Comissão Européia passou a desenvolver sistematicamente a noção de “*situation (ou violation) continue*” à luz da Convenção⁽¹⁴³⁾. Também a Corte Européia tem-se pronunciado sobre este ponto. Em 1968-1969, em casos em que se constatou uma “*situação continuada*” em período de detenção excedendo um tempo razoável (casos *Stögmüller*, *Matznetter* e *Neumeister*), a própria Corte Européia descartou o requisito do esgotamento dos recursos internos no período de detenção subsequente à interposição da petição, pois se se exigisse do reclamante uma nova petição à Comissão, tal atitude formalista só poderia levar a uma multiplicação, sem sentido, de procedimentos, que tenderia a paralisar o funcionamento dos órgãos da Convenção⁽¹⁴⁴⁾.

(142) Para uma discussão da matéria, cf. MAX SORENSÉN, “Le problème intertemporel dans l’application de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, *Mélanges Offerts à Polys Modinos-Problèmes des Droits de l’Homme et de l’Unification Européenne*, Paris, Pédone, 1968, pp. 304-319, esp. p. 315.

(143) Cf. PAUL TAVERNIER, *Recherches sur l’Application dans le Temps des Actes et des Règles en Droit International Public*, Paris, LGDJ, 1970, pp. 279-282, e cf. pp. 292-297.

(144) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: An Appraisal”, 10 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1977), pp. 159-166, 170-171 e 181-183.

Esta corrente ou orientação encontra paralelo no plano global, na prática do Comitê de Direitos Humanos sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos (e Protocolo Facultativo). Assim, no caso *S. Lovelace versus Canadá* (1981), teve o referido Comitê ocasião de esclarecer que não podia um reclamante, que se julgasse vítima de uma violação, expressar sua opinião sobre a lei *in abstracto*, sem levar em conta a data da aplicação de tal lei à suposta vítima. Contudo, acrescentou o Comitê, eventos anteriores à entrada em vigor do Pacto (e Protocolo Facultativo) que continuassem, ou tivessem efeitos que constituíssem, eles próprios, violações, após a data da entrada em vigor, poderiam ser considerados pelo Comitê; era o que ocorria no *cas d'espèce*, dado que a presente reclamação dizia respeito ao "efeito continuado" da legislação (interna), que persistia após a entrada em vigor do Pacto, e que deveria assim "ser examinado, independentemente de sua causa original" (145). É esta uma significativa ilustração do fator temporal, sempre naturalmente presente nos mecanismos de implementação internacional dos direitos humanos (146).

Do acima exposto, vimos, pois, que a evolução jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos — que outrora já se fazia sentir no próprio plano do direito internacional consuetudinário (147) — se estende tanto ao plano da interpretação quanto da aplicação dos tratados humanitários, e abrange tanto o conteúdo e alcance dos direitos e liberdades consagrados quanto os mecanismos de implementação consignados nos tratados humanitários. Sendo estes últimos — como já bem se ressaltou — "instrumentos jurídicos vivos" (148), a jurisprudência de seus órgãos há de ser devidamente apreciada, sem que se esqueça, no entanto, o papel fundamental exercido também pelos órgãos *internos* dos Estados: a jurisprudência dos órgãos internacionais se vê de certo modo comple-

(145) Petição n.º 24/1977, *S. Lovelace versus Canadá* (1981), in: *International Covenant on Civil and Political Rights, Human Rights Committee — Selected Decisions under the Optional Protocol*, N. Y., United Nations, 1985, p. 86. Cf., no mesmo sentido, petição n. 1/1976, *A et alii versus S* (1978), *ibid.*, p. 17.

(146) Para um estudo da matéria, cf., e.g., A. A. CANÇADO TRINDADE, "The Time Factor in the Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law", 61 *Rivista di Diritto Internazionale* (1978), pp. 232-257.

(147) Cf. BIN CHENG, "The Contribution of International Courts and Tribunals to the Protection of Human Rights under International Customary Law", in *International Protection of Human Rights — Proceedings of the Seventh Novel Symposium* (ed. A. Eide e A. Schou, Oslo 1967), Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1968, pp. 167-175.

(148) MAX SORENSEN, *Do the Rights Set Forth in the European Convention on Human Rights in 1950 Have the Same Significance in 1975?* Relatório ao IV Colóquio Internacional sobre a Convenção Europeia de Direitos Humanos (Roma, 5 a 8 de novembro de 1975), Conselho da Europa, doc. H/Coll. (75) 2, Strasbourg, 1975, p. 22.

mentada pela prática dos órgãos nacionais administrativos e judiciais, aos quais os tratados humanitários (aqui considerados) atribuem responsabilidade primária pela observância dos direitos e liberdades neles consagrados⁽¹⁴⁹⁾. Esta ponderação nos conduz ao próximo ponto a ser examinado, qual seja, o da compatibilização entre dispositivos convencionais e de direito interno na proteção dos direitos humanos.

VI. Proteção dos direitos humanos: compatibilização entre dispositivos convencionais e de direitos internos

Constituindo-se a ratificação (ou adesão) pelos Estados de instrumentos de efeitos jurídicos mandatórios — como as Convenções Americana e Européia de Direitos Humanos (nas respectivas regiões) e os Pactos da ONU de Direitos Civis e Políticos (e Protocolo Facultativo) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — na condição *sine qua non* para um tratamento eficaz por parte dos Estados da questão da proteção dos direitos humanos a níveis internacional e nacional, surge a questão da compatibilização entre dispositivos convencionais e de direito interno neste domínio. A Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo, ao estabelecer a obrigação dos Estados de respeitar os direitos nela reconhecidos e garantir seu livre e pleno exercício (artigo 1º), acrescenta que, se o exercício dos referidos direitos ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, “os Estados-Partes comprometem-se a adotar, *de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção*, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. Para equiparar a legislação interna com as normas da Convenção pode o Estado contar com a cooperação da Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos. Pode esta última, a pedido de um Estado-Membro da OEA, emitir pareceres sobre “a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas” e a Convenção Americana e outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos (artigo 64(2)). Quanto à Comissão, pode “formular *recomendações* aos Governos dos Estados-Membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos, *no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais*, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos” (artigo 41(b)).

(149) *Ibid.*, p. 9; e cf. discussão in A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit. infra* n. (155), pp. 333-370. Cf. também a coletânea: *European Convention on Human Rights, Collection of Decisions of National Courts Referring to the Convention*, Strasbourg, Council of Europe — Directorate of Human Rights, julho de 1969 (coletânea em forma de publicação *loose-leaf*, sem numeração de páginas; ed. mimeografada).

No tocante ao sistema da Convenção Européia de Direitos Humanos, dos 21 Estados que a ratificaram 14 têm até o presente assegurado a esta o *status* de direito interno; mas mesmo nestes países que a incorporaram à ordem jurídica interna há uma certa diversidade quanto ao *status* ou posição *exata* da Convenção na hierarquia legal interna. Não se pode necessariamente deduzir que nos 14 países que incorporaram a Convenção Européia os direitos dos indivíduos são melhor protegidos como consequência *direta* daquela providência: a incorporação não reflete automaticamente “o padrão real de proteção jurídica que um determinado Estado concede aos indivíduos”, sendo medidas muito mais significativas e importantes a aceitação do direito de petição individual e da jurisdição obrigatória da Corte Européia ⁽¹⁵⁰⁾.

Não há, no entanto, como negar que a real significação e o alcance de instrumentos como as Convenções Européia e Americana hão de ser medidos por seus possíveis efeitos no direito *interno* dos Estados-Partes. A esse respeito, cabe recordar o artigo 2º da Convenção Americana, pelo qual, “se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades” ⁽¹⁵¹⁾. Pouco após a adoção da Convenção Americana em San José (novembro de 1969), a Delegação dos Estados Unidos, em relatório de abril de 1970, indicou que o principal efeito desse artigo era o de “permitir aos Estados-Partes tratar os dispositivos substantivos da Convenção como sendo *non-self-executing*”, e comentou que o artigo 2º era “suficientemente flexível, possibilitando a cada país implementar da melhor maneira o tratado de acordo com sua prática interna” ⁽¹⁵²⁾.

(150) ANDREW Z. DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law — A Comparative Study*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 37-191 e 342. Ainda resta por ser elaborado um estudo semelhante a propósito da Convenção Americana de Direitos Humanos: o pouco que já se escreveu a respeito até o presente limita-se a uma exposição do problema; cf. e.g., EDMUNDO VARGAS CARREÑO, “Algunos Problemas que Presentan la Aplicación y la Interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, in *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 149-160, esp. 151-154 (sobre a questão da incorporação).

(151) Texto in: OEA, *Manual de Normas Vigentes em Matéria de Direitos Humanos*, OEA, doc. OEA/Ser./L/V/II.50 — doc. 6, de julho de 1980, p. 30.

(152) “United States: Report of the Delegation to the Inter-American Specialized Conference on Human Rights — American Convention on Human Rights”, 9 *International Legal Materials* (1970), pp. 714-715, e cf. também p. 710.

Na mesma época, comentou-se que, se se interpretar o artigo 2º de modo tal a possibilitar a rejeição de tentativas de invocar a Convenção Americana perante os tribunais nacionais visando a assegurar um direito conflitante com a legislação interna (ou não existente nesta), com base na tese de que, sem a legislação interna adicional, prevista no artigo 2º, um indivíduo não poderia derivar direitos diretamente da Convenção, então a Convenção Americana deixaria de ter “um impacto significativo na administração de justiça quotidiana mesmo nos países americanos que eventualmente a ratificassem. Esta, pelo menos, tem sido a experiência naqueles Estados que, embora tivessem ratificado a Convenção Européia, não lhe atribuem o *status* de direito interno” (153). Tudo indica, no entanto, que o artigo 2º da Convenção Americana não tenha outro alcance senão “o de recomendar aos Estados que incorporem à sua legislação interna as disposições meramente programáticas da Convenção”, visando ao cumprimento dessas disposições “nos casos — que não são muitos — em que estas não se bastem a si próprias” (154).

Conviria aqui recordar o artigo 25 da Convenção Americana, reconhecendo a toda pessoa o direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso *efetivo* perante os juizes ou tribunais nacionais na salvaguarda de seus direitos fundamentais reconhecidos pela Convenção, pela Constituição ou pela lei. Tal dispositivo encontra paralelo no artigo 13 da Convenção Européia, ilustrando um dever imposto aos Estados-Partes e a interação entre o direito interno e as normas da Convenção. Com efeito, o impacto da Convenção Européia no direito interno dos Estados-Membros pode ser apreciado de ângulos distintos, como, por exemplo, “o efeito de determinados casos ao acarretar mudanças legislativas internas para harmonizar as leis nacionais dos Estados-Membros com o sistema da Convenção”, e, por outro lado, a influência — menos analisada até hoje — do direito interno no sistema da Convenção (155). O fato é que ambas as Convenções regionais, a Européia e a Americana, a par de seus próprios órgãos e mecanismos, confiam assim a proteção dos direitos humanos também — e primariamente — à legislação constitucional e ordinária e aos órgãos e procedimentos do direito público interno; esse fato tem sido amplamente reconhecido na experiência sob a Convenção Européia,

(153) THOMAS BUERGENTHAL, “The American Convention on Human Rights: Illusions and Hopes”, 21 *Buffalo Law Review* (1971), pp. 128-129; Th. BUERGENTHAL, “The American Convention on Human Rights: an Illusion of Progress”, *Miscellanea W. J. Ganshoff van der Meersch*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 393-394.

(154) E. VARGAS CARREÑO, *op. cit.* supra n. (150), p. 155.

(155) A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts”, 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977-1978), pp. 337-338.

em que tribunais nacionais dos Estados-Partes têm procedido à sua própria interpretação e aplicação do artigo 13 da Convenção Européia (158).

O problema do artigo 13 surge particularmente em relação aos Estados em que a Convenção Européia não possui o *status* de direito interno; assim, o dispositivo teria uma "natureza processual", incorporado que foi àquela Convenção para o propósito limitado de impedir cautelosamente a interpretação, de um modo ou de outro, de imunidade governamental como objeção a uma ação impetrada perante os tribunais nacionais visando à reparação de supostas violações da Convenção (157). A aplicação do artigo 25 da Convenção Americana poderá assim inspirar-se na rica experiência da aplicação paralela do artigo 13 da Convenção Européia.

Para a compatibilização entre dispositivos convencionais e de direito interno no presente contexto também contribui a possibilidade aberta aos Estados de formulação de *reservas* (158); estas últimas, como é sabido, visam a viabilizar a ratificação ou adesão do maior número possível de Estados a um tratado sem comprometer ou minar as bases deste. As reservas, autorizadas pelo tratado, não poderão, assim, ser incompatíveis com o objeto e propósito do tratado. Foi este o teste estabelecido pelo Parecer de 1951 da Corte Internacional de Justiça no caso das *Reservas à Convenção sobre o Genocídio*, e consagrado na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (artigo 19). A Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu recentemente um esclarecedor Parecer sobre o *Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos*. Embora o Parecer (de 24 de setembro de 1982) enfoque um dos aspectos da matéria (artigos 74 e 75 da Convenção), contém ele indicações de relevância aos presentes propósitos.

Observa a Corte Interamericana que o exame dos trabalhos preparatórios da Convenção Americana de Direitos Humanos revela que a referência por esta feita (em seu artigo 75) à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados teve o "propósito primordial" de *permitir a los Estados adherirse a la Convención con un sistema de reservas muy liberal* (159). O próprio sistema de reservas da Convenção Americana deve,

(156) *Ibid.*, pp. 354-357 (e jurisprudência ali revista).

(157) Poder-se-ia argumentar que um Estado violou a Convenção se tiver ele efetivamente impedido o exercício de um direito garantido na Convenção; *ibid.*, pp. 357-358. Para um estudo geral do problema, cf. PIERRE MER-TENS, *Le Droit de Recours Effectif devant les Instances Nationales en cas de Violation d'un Droit de l'Homme*, Bruxelles, Ed. Univ. de Bruxelles, 1973, pp. 1-151. Cf. também ANDREW DRZEMCZEWSKI, "The Domestic Status of the European Convention on Human Rights: New Dimensions", *1 Legal Issues of European Integration* (1977), pp. 1-85.

(158) E. g., artigo 75 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

(159) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 sobre *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada em Vigencia de la Convención Americana*, Série A, n. 2, 1982, p. 32.

segundo a Corte, ser interpretado à luz do objeto e propósito da Convenção: a proteção dos direitos humanos no continente americano⁽¹⁶⁰⁾. Pode um tratado autorizar expressamente “uma ou mais reservas específicas, ou reservas em geral”; é isto — no entender da Corte — o que ocorre na Convenção Americana, o que significa que “las reservas, así expresamente autorizadas en general, no requieren un tratamiento diferente al de las específicas igualmente autorizadas”⁽¹⁶¹⁾.

Seria simplista e improcedente sugerir que ao próprio Estado que formula a reserva caberia pronunciar-se sobre sua natureza ou caracterização, i.e., se incompatível ou não com o objeto e propósito da Convenção Americana de Direitos Humanos. Não há como sustentar tal poder de auto-interpretação de uma reserva pelo próprio Estado que a formulou. Cabe antes ao Secretariado da OEA, depositário da Convenção Americana, ao receber uma ratificação contendo uma reserva que pareça levantar problema, requerer um Parecer da Corte Interamericana para determinar se tal reserva é ou não compatível com o objeto e propósito da Convenção⁽¹⁶²⁾. Sendo esta uma questão eminentemente jurídica, regulada pelo próprio tratado ou convenção, presta-se perfeitamente à determinação judicial⁽¹⁶³⁾.

Reserva incompatível com o objeto e propósito da Convenção seria, por exemplo, uma reserva que pretendesse permitir a um Estado-Parte a suspensão dos direitos fundamentais que não admitem derrogação (mas não a que visasse a restringir alguns aspectos de um direito não-derrogável sem privar o direito em seu todo de seu propósito básico) — conforme indicado pela própria Corte Interamericana em seu recente Parecer sobre *Restrições à Pena de Morte* (de 8 de setembro de 1983). Neste último, advertiu a Corte que a questão do valor recíproco das reservas “não é plenamente aplicável no âmbito dos direitos humanos”, e reiterou que a interpretação das reservas deve dar-se à luz do objeto e fim da Convenção — a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos —

(160) *Ibid.*, pp. 33-36.

(161) *Ibid.*, p. 36. Concluiu a Corte, por unanimidade, que “la Convención entra en vigencia para un Estado que la ratifique o se adhiera a ella con o sin reservas, en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión”; *ibid.*, p. 37. As reservas, assim, “no están sujetas a la aceptación de ningún otro Estado Parte”; *ibid.*, p. 36.

(162) Cf., nesse sentido, Th. BUERGENTHAL, “Judicial Interpretation of the American Human Rights Convention”, *Derechos Humanos en las Américas — Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, Washington, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1984, p. 257.

(163) D. W. BOWETT, “Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties”, 48 *British Year Book of International Law* (1976-1977), p. 81.

não podendo ser o Estado o único árbitro do cumprimento de suas obrigações internacionais em todas as matérias vinculadas à reserva⁽¹⁶⁴⁾.

A preocupação em prevenir ou evitar conflito entre as jurisdições internacional e nacional esteve sempre presente na elaboração de virtualmente todos os sistemas contemporâneos de proteção internacional dos direitos humanos, que, imbuídos daquele propósito, consagram, por exemplo, o princípio do prévio esgotamento dos recursos de direito interno⁽¹⁶⁵⁾. Um exame dos *travaux préparatoires* de um desses instrumentos, a Convenção Européia de Direitos Humanos, que muito influenciaram os dos demais, subsequentes, revela que a consagração da regra do esgotamento dos recursos internos deu-se para evitar qualquer possibilidade de conflito entre as jurisdições internacional e nacional e tranquilizar aos que porventura temessem uma “violação da soberania nacional”. Aquela regra, acrescida ao poder do órgão internacional encarregado de receber as petições (a Comissão), de rejeitar *de plano* as petições consideradas inadmissíveis, foi considerada suficiente para proteger os Estados contra quaisquer riscos de abuso⁽¹⁶⁶⁾. A adoção da regra dos recursos internos, em virtualmente todos os instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, inclusive a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 46(1)(a) e (2)(b)), foi em grande parte uma solução consensual às preocupações conflitantes com, por um lado, a proteção dos indivíduos contra abusos do poder público, e, por outro, a proteção da soberania dos Estados signatários contra abusos de queixas irregulares.

A antiga regra do direito internacional, transplantada assim ao sistema de proteção dos direitos humanos, veio ademais atender à necessidade

(164) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-3/83 sobre *Restricciones a la Pena de Muerte*, Série A, n. 3, 1983, pp. 27-29

(165) Cf., no plano global: resolução 1 (XXIV), de 13 de agosto de 1971, da Subcomissão da ONU de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, artigo 4 (b), em conformidade com a resolução 1.503 (XLVIII) do ECOSOC, de 27 de maio de 1970, artigo 6 (b) (1); Pacto de Direitos Cívicos e Políticos da ONU, artigo 41 (c); Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, artigos 2 e 5 (2) (b); Convenção Internacional da ONU sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, artigos 11 (3) e 14 (7) (a); Regulamento do Conselho de Tutela da ONU, regra 81. E, a nível regional: Convenção Européia de Direitos Humanos, artigos 26 e 27 (3); Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, artigos 19 (a) e 20 (c); Regulamento da Comissão Interamericana, artigo 34; Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 46 (1) (a) e (2) (b).

(166) Para um exame detalhado, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights”, 58 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1980), pp. 73-88.

de filtrar as queixas e evitar que os órgãos internacionais se vissem sobrecarregados com petições que não merecessem consideração séria, e evitar fricção ou conflito entre as jurisdições internacional e nacional. E, o que é mais significativo, a consagração da regra dos recursos internos veio viabilizar, paralela e concomitantemente, a consagração também do próprio direito de *petição individual* perante os órgãos internacionais de proteção. Mas veio ressaltar, igualmente, a responsabilidade *primária* de proteção que recai sobre os órgãos internos ou nacionais, o caráter *subsidiário* dos procedimentos internacionais. Não pode restar dúvida de que a implementação *internacional* dos direitos humanos depende, em última análise, do funcionamento eficaz dos órgãos (de proteção) *internos* dos Estados; a própria Comissão Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, afirmou a realidade da natureza subsidiária dos procedimentos estritamente internacionais em diversas decisões recentes⁽¹⁶⁷⁾. Já em 1932 WITENBERG ressaltava essa mesma realidade⁽¹⁶⁸⁾. Por outro lado, no caso de Estados que, no exercício de sua soberania, contraem obrigações através de convenções internacionais, o mínimo que se pode sustentar é que os atos internos normativos, administrativos ou jurisdicionais no processo de esgotamento dos recursos de direito interno não estão isentos de verificação quanto a seu valor de prova, para a determinação de sua conformidade com o direito internacional e da responsabilidade internacional do Estado, e uma objeção de domínio reservado dificilmente poderia ser interposta a esse respeito.

As possíveis controvérsias sobre a natureza e alcance da função dos tribunais internos na aplicação do direito internacional podem ser minimizadas quando as condições de tal aplicação (assim como as normas substantivas) encontram-se consignadas em tratado devidamente ratificado. No exercício daquela função, seriam pressupostos básicos a independência dos órgãos judiciários e a eficácia dos recursos internos.

Assim, ao invés de se perder no antagonismo irreconciliável e ocioso entre as posições clássicas dualista e monista, baseadas em falsas pre-

(167) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977-1978) pp. 345-348; e cf. G. DAHM, "Die Subsidiarität des internationalen Rechtsschutzes bei völkerrechtswidriger Verletzung von Privatpersonen", *Vom Deutschen zum Europäischen Recht — Festschrift für Hans Dolle*, vol. II, Tübingen, J. C. B. MOHR (P. Siebeck), 1963, pp. 3-33. Observe-se que a regra dos recursos internos tem sido interpretada não apenas pelos órgãos da Convenção Europeia mas também pelos tribunais internos dos Estados-Partes à Convenção.

(168) J. C. WITENBERG, "La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales", 41 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1932), pp. 51-56.

missas, pode-se deslocar a ênfase para a posição ocupada no ordenamento jurídico interno pelos dispositivos legais internacionais, ou para a consideração ou interpretação do direito interno pelos órgãos judiciais internacionais, ou para a presença e relevância do direito interno no processo legal internacional, ou para a implementação das decisões judiciais internacionais pelos tribunais internos⁽¹⁶⁹⁾. Controvérsias acerca da suposta "primazia" de uma ou outra ordem jurídica tornam-se assim supérfluas.

Um exemplo pertinente, na implementação internacional dos direitos humanos, é fornecido precisamente pela regra do esgotamento dos recursos internos, que é primordialmente — mas não exclusivamente — uma prerrogativa do direito interno, mas aplicada por um órgão internacional como condição de admissibilidade de reclamações internacionais; a aplicação da regra no direito internacional pressupõe a existência de recursos eficazes no direito interno⁽¹⁷⁰⁾. Através dessa interação entre os dois ordenamentos jurídicos pode-se melhor compreender as noções de interesse geral e "garantia coletiva" subjacentes, e.g., aos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos⁽¹⁷¹⁾ (Convenções Européia e Americana de Direitos Humanos). Há uma complementaridade de direitos e deveres na utilização dos recursos internos pelos reclamantes e na garantia de recursos eficazes pelo Estado. É pela operação efetiva dos mecanismos de implementação que os direitos humanos tornam-se uma realidade⁽¹⁷²⁾.

Ao insistirem na função primordial dos órgãos internos dos Estados, os mecanismos de implementação internacional dos direitos humanos provavelmente estarão, nos anos que nos conduzem ao final do século, influen-

(169) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra nº (167), 333-360, e bibliografia. Sobre a atividade criativa dos tribunais internos nessa área, cf., e.g., KARL DOEHRING, "Does General International Law Require Domestic Judicial Protection Against the Executive?", *Gerichtsschutz gegen die Executive*, Max-Planck-Institut, Köln, Heymanns/Oceana, 1971, pp. 221-244.

(170) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra nº (167), p. 334.

(171) A importância hoje atribuída à interação entre os ordenamentos jurídicos nacional e internacional na proteção dos direitos humanos é ilustrada, e.g., pela publicação, em relação à Convenção Européia de Direitos Humanos, da volumosa série *Collection of Decisions of National Courts Referring to the Convention* (e Suplementos I-IV), Council of Europe — Strasbourg, 1969-1974, examinada in A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra nº (167), pp. 333-374. Observe-se, ademais, que o volume do *U.N. Yearbook on Human Rights* (1973-1974), editado em 1971, tem 259 de suas 327 páginas dedicadas aos desenvolvimentos nacionais na proteção dos direitos humanos; cf. ONU, documento ST/HR/SER.A/2, pp. 1-49.

(172) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra nº (167), pp. 360-370; e cf. P. MERTENS, *Le Droit de Recours Effectif devant les Instances Nationales en Cas de Violation d'un Droit de l'Homme*, Bruxelles, Ed. Université de Bruxelles, 1973, pp. 1-151.

ciando no sentido do aprimoramento dos recursos e procedimentos nacionais de administração da justiça, e prestando assim uma contribuição realista e valiosa à causa da proteção internacional dos direitos humanos. Com a sedimentação da experiência e o desenvolvimento da jurisprudência sobre a matéria, parecem os Estados se disporem hoje, mais frequentemente, a não insistirem em objeções formais à admissibilidade de petições, ou ao menos a não avançá-las tão categoricamente como no passado. Estamos aqui diante de instrumentos que têm suas condições de aplicação devidamente previstas em tratados, aos quais os Estados aderiram no exercício de sua soberania, e que, ao confiarem a órgãos internacionais a missão de supervisão, *insistem antes da proteção local como parte integrante do sistema internacional de proteção dos direitos humanos* — um contexto inteiramente distinto do contencioso interestatal discricionário (e.g., proteção diplomática na prática dos Estados). Nestas condições, é difícil conceber que a grande maioria das petições sobre direitos humanos, provenientes de cidadãos comuns reclamando de supostos danos sofridos, implicaria qualquer ameaça real à soberania dos Estados em questão.

VII. Considerações finais

As quatro últimas décadas têm testemunhado o processo de generalização e expansão da proteção internacional dos direitos humanos, em que têm interagido os instrumentos globais e regionais. Entre a concepção “universalista” de RENÉ CASSIN e a “realista” de WOLFGANG FRIEDMAN, na prática tem-se buscado assegurar a coexistência ou compatibilização de instrumentos que, por um lado, reconhecem princípios universais (e.g., inspirando-se na Declaração Universal de 1948) e atestam as “exigências do universal”, e por outro lado atentam para a diversidade das estruturas sociais a nível regional para estabelecer sistemas de proteção suscetíveis de serem aplicados com eficácia”; tem-se assim constatado uma interação contínua e constante entre o global e o regional, na qual tanto os pactos universais quanto as convenções regionais (sistemas europeu e interamericano) têm-se mostrado até o presente igualmente indispensáveis ⁽¹⁷³⁾.

(173) Nesse sentido, ROGER PINTO, “Régionalisme et universalisme dans la protection des droits de l’homme”, *International Protection of Human Rights-Proceedings of the Seventh Nobel Symposium* (ed. A. Eide e A. Schou, Oslo 1967), Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1968, pp. 180-181 e 190-192. Para uma visão geral dos mecanismos regionais de proteção, cf., *inter alia*, e.g., [K. VASAK], “La protection internationale des droits de l’homme dans le cadre des organisations régionales”, 3.05/3.06 *Documents d’Études — Droit International Public* (1973) pp. 3-63; Th. BUERGENTHAL, “Las Convenciones Europea y Americana: Algunas Similitudes y Diferencias”, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 179-190.

Este fenômeno tem-se dado tanto no plano de elaboração normativa quanto no de efetiva implementação dos distintos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos.

Da prolongada fase de elaboração normativa (supra) dos instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos até nossos dias, subsiste a questão da "dicotomia" entre os direitos civis e políticos, e os direitos econômicos, sociais e culturais, tão discutida nas duas últimas décadas (cf. supra) e ainda não resolvida de modo definitivo no continente americano. Recorde-se que sempre houve os que prefeririam que a Convenção Americana de Direitos Humanos, a exemplo dos Pactos de Direitos Humanos da ONU, tivesse procedido a uma regulamentação distinta dos direitos civis e políticos, de um lado, e dos direitos econômicos e sociais, de outro (174). Recentemente, a XII Assembléia Geral da OEA (1982) aprovou resolução contendo o Anteprojeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, contendo um elenco de direitos sociais, econômicos e culturais (175). É interessante observar que, em 1984, em seus comentários ao referido anteprojeto, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos houve por bem advertir para o risco ou dificuldade de ampliação do âmbito dos direitos protegidos de modo a abarcar — sob os mesmos mecanismos de garantia — direitos não exigíveis jurisdicionalmente de modo imediato e pleno (direitos de realização ou desenvolvimento progressivo), como os de cunho econômico, social e cultural; para a Corte, "é necessário antes de tudo definir qual o regime de proteção que melhor convém a tais direitos" (176).

É esta — ao menos no continente americano — uma questão aberta, assim como a questão da coordenação entre os distintos procedimentos de proteção internacional dos direitos humanos a níveis global e regional (cf. supra) se mostra também passível de aperfeiçoamento nos próximos anos. Questões como estas se levantam no quadro geral do complexo *corpus* de instrumentos de proteção dotados — como vimos — de identidade de pro-

(174) Nesse sentido: H. GROS ESPIELL, "Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme", 145 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1975) pp. 40-41 e 19; E. VARGAS CARREÑO, *op. cit.* supra n. (150), p. 156; D. URIBE VARGAS, *Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1972, pp. 295 e 303-305.

(175) Cf. OEA, "Anteprojeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José", documento OEA/Ser.P/AG/CP/doc.350/83, de 2/11/83, pp. 9-32.

(176) OEA, "Observaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José", documento OEA/Ser.P/AG/doc.1.814/84, de 30/10/84, pp. 1-3.

pósito mas apresentando conteúdo e efeitos jurídicos distintos e variáveis (cf. *supra*). A gradual passagem da fase “legislativa” à de implementação dos instrumentos de proteção não se deu sem dificuldades, como exemplificado pelos muitos anos que exigiram a superação da doutrina da “impossibilidade de agir” da Comissão de Direitos Humanos da ONU e a virtual cristalização do direito de petição (individual) nos planos tanto global quanto regional (cf. *supra*). Com os instrumentos de proteção em vigor, coube à própria construção jurisprudencial assentar as bases da interpretação própria e devida dos tratados humanitários assim como das condições de sua aplicação (compreendendo os planos tanto normativo, do conteúdo e alcance dos direitos protegidos, quanto processual, dos mecanismos de implementação). Mas a par dos experimentos de direito convencional, como, e.g., as Convenções regionais (Européia e Americana) e os dois Pactos da ONU de Direitos Humanos além da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, vale ressaltar paralelamente o sistema da resolução 1.503 do ECOSOC (cf. *supra*): ilustração viva do fenômeno da diversidade de conteúdo e efeitos jurídicos dos instrumentos de proteção, a que já nos referimos, e voltado antes a situações *prevalecentes* (afetando grupos de indivíduos) do que a violações individuais de direitos humanos, tem sua significação e seu impacto acentuados por *independe*r da ratificação dos Estados-membros da ONU. Não surpreende, pois, que a validade desse sistema de proteção continue a ser reconhecida, a par de experiências paralelas no direito internacional convencional (dependentes de ratificação por parte dos Estados), e mesmo por visar aos casos mais graves e urgentes de padrões consistentes de violações flagrantes de direitos humanos.

Em perspectiva histórica, os regimes e mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos constituem fenômeno de evolução relativamente recente (177). Há cerca de quatro décadas era objeto de preocupação corrente dos internacionalistas da época a restauração do direito internacional em que viesse a se reconhecer a capacidade processual dos

(177) Para um estudo dos antecedentes históricos e dos atuais mecanismos de implementação internacional dos direitos humanos, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “A Implementação Internacional dos Direitos Humanos ao Final da Década de Setenta”, 25 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (1979), pp. 331-384; KAREL VASAK (ed.), *Les dimensions internationales des droits de l’homme*, Paris, UNESCO, 1978, pp. 1-715; (Vários Autores), *Derechos Humanos en las Américas — Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, Washington, CIDH/OEA, 1984, pp. 1-360; M. GANJI, *International Protection of Human Rights*, Genève Paris, Droz/Minard, 1962, pp. 3-278; G. EZEJIOFOR, *Protection of Human Rights under the Law*, London, Butterworths, 1964, pp. 3-252; P. N. DROST, *Human Rights as Legal Rights*, London, Thames and Hudson, 1967, pp. 7-323; HERSCH LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, pp. 3-463.

indivíduos e grupos sociais no plano internacional (178). Hoje, em meados da década de oitenta, é distinto o quadro com que nos defrontamos: conquista definitiva da civilização, já nos distanciamos gradualmente no tempo da fase inicial "legislativa" de preparo e redação dos tratados e instrumentos internacionais de proteção, e nos adentramos — sem as hesitações dos primeiros passos — na fase de efetiva implementação dos direitos humanos, que provavelmente se estenderá e se aperfeiçoará até o final do século. Comprovam-no dados relativos, por exemplo, às Convenções regionais (Européia e Americana). Até 1984, por exemplo, os *dossiers* provisórios da Comissão Européia de Direitos Humanos totalizavam 25.308, com 10.709 petições registradas (179). Já a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, até 1975, e.g., tinha examinado mais de 1.800 petições (obra considerável para um órgão então operando sem que a Convenção Americana tivesse entrado em vigor); em fins de 1978 os casos examinados pela Comissão Interamericana atingiam a casa dos 3.200 (compreendendo mais de 10 mil vítimas, de 18 ou 19 países), o que significa que a Comissão considerou 20% dos casos em seus primeiros 15 anos de atuação e cerca de 80% dos casos no período de 5 anos entre 1973 e 1978 (180).

É certo que persiste em nossos dias uma brecha ou distância entre o progresso normativo e a realidade dos direitos humanos nos planos tanto global quanto regional, mas como já bem se ponderou, "sem os progressos do direito internacional, a realidade seria ainda mais negativa" (181). A operação dos mecanismos de proteção, a níveis global e regional, tem beneficiado um número bem maior de pessoas do que o das próprias vítimas ou reclamantes (cf. observações sobre a evolução da noção de "vítima", supra). Aos resultados positivos obtidos em inúmeros casos concretos, há de se acrescentar sua função também preventiva; não raro suas recomendações, incorporadas em estudos e relatórios, acarretaram a der-

(178) Cf., e.g., CHARLES DE VISSCHER, "Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international", 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1947) pp. 1-13; A. de LA PRADELLE, "La place de l'homme dans la construction du droit international", 1 *Current Legal Problems* (1948) pp. 140-151; HERSCH LAUTERPACHT, *The International Protection of Human Rights*, Paris, Rec. Strey, 1947, pp. 13-105. E, para um dos primeiros estudos sobre o acesso dos indivíduos aos órgãos internacionais, cf. S. SEFERIADES, "Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales", 51 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1935), pp. 5-119.

(179) European Commission of Human Rights, *Stock-Taking on the European Convention on Human Rights (The First Thirty Years: 1954 until 1984)*, Strasbourg, Council of Europe, 1984, p. 312.

(180) E. VARGAS CARREÑO, "Derechos Humanos: El Perfeccionamiento de los Mecanismos Interamericanos a la Luz de su Experiencia", *Estudios Internacionales: Derechos Humanos y Relaciones Internacionales* (ed. W. Sanchez G.), Santiago, Instituto de Estudios Internacionales, 1979, p. 227; H. GROS ESPIELL, *op. cit.* supra n. (174), pp. 29-31.

(181) H. GROS ESPIELL, *op. cit.* supra n. (174), pp. 52-53, e cf. p. 48.

rogação ou modificação de legislação e outros atos e práticas que ameaçavam ou atingiam os direitos humanos (em diversos países) e o aperfeiçoamento dos procedimentos de proteção daqueles direitos.

Esta evolução, testemunho e reflexo do dinamismo do direito internacional contemporâneo, não pode ser compreendida à luz de uma visão estática e ultrapassada do direito internacional e *a fortiori* das relações deste com o direito interno. Nos dias de hoje, dificilmente se poderia sustentar que a proteção dos direitos humanos recairia sob o chamado domínio reservado dos Estados, como pretendiam certos círculos há cerca de três ou quatro décadas atrás, a começar por não fornecer o direito internacional *critérios* para determinar os assuntos que porventura recaiam sob a chamada competência exclusiva dos Estados ⁽¹⁸²⁾. Em nada surpreende que a interpretação dos atuais sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, orientada para a responsabilidade do Estado pelo tratamento do ser humano ⁽¹⁸³⁾, tenha se conformado aos próprios objetivos daqueles sistemas diretamente voltados não aos chamados direitos dos Estados, mas aos direitos das supostas vítimas, dos mais fracos, em situação de flagrante desigualdade fática *vis-à-vis* o Poder público ⁽¹⁸⁴⁾. No processo de *interpretação* de tais sistemas e instrumentos de proteção, como de tratados em geral, não tem havido — como não poderia haver — lugar para a invocação do dogma da soberania ⁽¹⁸⁵⁾: também no domínio da proteção internacional dos direitos humanos os Estados contraem obrigações internacionais *no exercício pleno de sua soberania*, e a livre aceitação pelos Estados de obrigações, no plano internacional, não há de ser tida — como não o poderia ser — como um abandono da soberania. Com efeito, é de longa data (1923) o reconhecimento judicial de que “o direito de engajar-se em compromissos internacionais é um atributo da soberania do Estado” e as obrigações livremente contraídas por meio de tratados não hão de ser tidas como um abandono da soberania ⁽¹⁸⁶⁾ ao mesmo tempo em que

(182) Para um estudo detalhado, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *O Estado e as Relações Internacionais: O Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, pp. 1-54. Não há matérias que “por sua própria natureza” pertençam ao domínio reservado dos Estados, por depender esta questão essencialmente da evolução do direito e relações internacionais e da existência de instrumentos e tratados a regulamentar a matéria.

(183) Cf., e.g., A. J. P. TAMMES, “The Binding Force of International Obligations of States for Persons under their Jurisdiction”, *Declarations on Principles — A Quest for Universal Peace, Liber Amicorum Discipulorum-que Prof. Dr. B. V. A. Röling*, Leiden, Sijthoff, 1977, pp. 57-69.

(184) A. A. CANÇADO TRINDADE, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 244-245.

(185) Cf. e.g., LORD McNAIR, “Treaties and Sovereignty”, *Symbolae Verzijl — présentées au Professeur J. H. W. Verzijl à l'occasion de son LXX-ième anniversaire*, La Haye, M. Nijhoff, 1958, pp. 230-232 e 235-236.

(186) Corte Permanente de Justiça Internacional (C.P.J.I.), caso do Vapor “Wimbledon” (opondo os Aliados à Alemanha), Série A, nº 1, 1923, p. 25.

não poderá o Estado-Parte alegar dificuldades de ordem interna ou constitucional para tentar justificar o não-cumprimento de tais obrigações (187).

Nos quarenta anos de existência das Nações Unidas, a atuação no campo da salvaguarda dos direitos humanos — paralelamente à dos sistemas regionais (europeu e interamericano) — destaca-se como uma de suas mais relevantes conquistas. E nas quase quatro décadas de evolução da promoção e proteção internacionais dos direitos humanos o traço mais marcante, em perspectiva histórica, talvez seja hoje o do reconhecimento do caráter inderrogável de certos direitos básicos nos planos global e regional. Já se relacionou tal inderrogabilidade às normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*) (188): com efeito, tanto os debates da Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados (1968-1969) quanto as interpretações doutrinárias a respeito desenvolvidas após a Convenção de Viena de 1969 relacionaram as normas imperativas relativas aos direitos humanos ao teste da identificação do *jus cogens* (189).

A inderrogabilidade de certos direitos fundamentais, consagrada hoje em tratados sobre a proteção internacional dos direitos humanos tanto no plano global quanto regional, afigura-se em nossos dias não mais como apenas uma corrente doutrinária mas como conquista definitiva da civilização. Tal inderrogabilidade hoje se impõe não tanto ou apenas por uma questão de forma, por terem as partes contratantes assim disposto em tratados, mas pelo próprio conteúdo de certos direitos fundamentais — o mínimo universal —, que lhes imprime o caráter de normas em relação às quais não se permite qualquer derrogação (190). A contribuição das Nações Unidas — a par dos sistemas regionais (europeu e interamericano) — nesta área é um marco na história da Organização, que não há de passar despercebido ao completar esta seu quadragésimo aniversário.

(187) Já a partir da década de vinte a Corte Permanente de Justiça Internacional desenvolveu a tese de que, do ponto de vista do direito internacional, as leis internas são simples fatos que expressam a vontade e constituem as atividades dos Estados; em 1931 a Corte chegou mesmo a afirmar que "a State cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force". C.P.J.I., caso dos *Nacionais Poloneses em Dantzig*, Série A/B, nº 44, 1931, p. 24.

(188) Cabe aqui, como ressaltado supra, verificar o tratamento a ser dado futuramente à matéria — a par dos mecanismos das Nações Unidas — em sistemas regionais de proteção outros que o europeu e o interamericano.

(189) Cf. A. GOMEZ ROBLEDO, *El 'Jus Cogens' Internacional (Estudio Histórico-Crítico)*, México, UNAM, 1982, pp. 182-204.

(190) Cf. CHRISTOS L. ROZAKIS, *The Concept of 'Jus Cogens' in the Law of Treaties*, Amsterdam, North-Holland Publ. Co., 1976, p. 53. De outro modo, estar-se-ia incorrendo nos excessos e círculo vicioso do voluntarismo estatal; para uma crítica deste último, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment", 59 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatique et Politiques* (1981), pp. 201-240.